
DIRITTO DEL MERCATO ASSICURATIVO E FINANZIARIO

Quaderni, 3

GIANLUCA ROMAGNOLI

Il potere punitivo delle autorità
di vigilanza dei mercati finanziari



Edizioni Scientifiche Italiane

Quaderni de il «Diritto del mercato assicurativo e finanziario»

3

Nella stessa collana:

1. ALESSIO DI AMATO, *I conflitti di interesse degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, 2019.
2. FRANCESCO LA FATA, *Sussidiarietà e risoluzione delle controversie bancarie Il modello dell'ABF*, 2020.

GIANLUCA ROMAGNOLI

Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari



Edizioni Scientifiche Italiane

ROMAGNOLI, Gianluca
Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari
Collana: Quaderni de il «Diritto del mercato assicurativo e finanziario», 3
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020
pp. 288; 24 cm
ISBN 978-88-495-4387-2

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

A Vittoria, Emma e Silvia

Questo scritto conclude una riflessione iniziata all'indomani della pubblicazione del precedente lavoro dedicato a Consob. L'esame dei compiti di quest'ultima mi ha condotto ad interrogarmi sui tratti peculiari della potestà punitiva delle amministrazioni indipendenti dei mercati finanziari.

Il lungo tempo trascorso dall'inizio della ricerca – sviluppata anche in una prospettiva pratica – mi aveva spinto, talvolta, verso posizioni critiche «massimaliste» nei confronti di talune incomprensibili posizioni giurisprudenziali.

Il confronto con alcune colleghe e colleghi – a me vicini – è stato fonte di conforto, incoraggiamento e temperamento delle idee più estreme.

Un sincero ringraziamento devo loro per il sostegno ed anche per la lettura in anteprima di questo volume; nell'ordine: a Paola Santinello per il suo costante invito a chiarezza e rigore; a Luca Raffaello Perfetti – spesso inascoltato – per lo stimolo al coraggio ed all'originalità; a Sandro Amoroso per i suoi moniti ad una concreta pacatezza. Non ultimo, un profondo grazie a Vittorio Domenichelli per il suo insegnamento a ricercare una visione equilibrata d'insieme dell'esperienza giuridica, perché non si può tentare di comprendere il diritto senza considerare la realtà; l'uno, infatti, è pensato in funzione della seconda e da quella non può prescindere.

INDICE

CAPITOLO I

Il potere punitivo delle autorità indipendenti delimitazioni del «campo» della ricerca

1. La pubblica amministrazione tra funzioni conformative e funzione punitiva. Cenni introduttivi 11
2. Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti 13
3. Limitazione del campo d'indagine 18
4. Continua. Alcune specificità delle amministrazioni indipendenti 22
5. Continua. Incidenza pratica e vocazione conformativa sulla futura attività d'impresa delle determinazioni riconducibili alla funzione sanzionatoria 31
6. Indici normativi di rilevanza civilistica delle determinazioni amministrative punitive 34
7. L'impiego «nella pratica» dei provvedimenti come strumento valutativo di condotte e come mezzo di semplificazione dell'onere probatorio a carico di chi fa valere le proprie pretese in un giudizio civile 39
8. Aspetti problematici. Il contrasto tra teoria e prassi. Tendenze divergenti 45

CAPITOLO II

Il problema della natura del potere punitivo delle autorità amministrative indipendenti

1. Il problema. I dubbi in merito alla natura giuridica del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti 49
2. L'oscillazione tra natura discrezionale o vincolata del potere punitivo 55
3. L'esclusione della natura discrezionale del potere sanzionatorio, per l'assimilazione alla discrezionalità giudiziale della prerogativa decisionale 59
4. L'esclusione fondata sulla discrezionalità tecnica presupposta dal potere sanzionatorio. 5. Indici della natura discrezionale del potere sanzionatorio 67

- | | |
|--|----|
| 6. Discrezionalità sul «se» della sanzione | 85 |
| 7. La discrezionalità nella scelta sanzionatoria. Superamento della distinzione tra sanzioni amministrative in senso stretto ed in senso ampio | 88 |

CAPITOLO III

I parametri ordinatori dell'esercizio del potere punitivo

- | | |
|--|-----|
| 1. Il problema dei parametri ordinatori del potere punitivo | 95 |
| 2. L'integrazione dei parametri tramite l'art. 6 Cedu. I diversi percorsi d'implementazione delle indicazioni della l. 689/1981. Il «canale» costituzionale. Il «canale» europeo | 100 |
| 3. Continua. L'art. 117, comma 1, Cost. e gli artt. 6-7 Cedu come disposizioni costituzionali interposte | 105 |
| 4. Continua. L'art. 52 Carta dei diritti fondamentali UE e gli artt. 6-7 Cedu | 113 |
| 5. La posizione della giurisprudenza. L'apertura del giudice amministrativo e la (parziale) chiusura del giudice ordinario | 117 |
| 6. Il principio di legalità. Determinatezza della fattispecie e conoscibilità preventiva della pretesa conformativa | 124 |
| 7. I corollari del principio di legalità. Divieto di interpretazione estensiva e analogica, irretroattività delle sanzioni e retroattiva del regime più mite | 132 |
| 8. Il principio di personalità, proporzionalità e ricadute sulla «quantificazione» della sanzione | 141 |
| 9. Il principio di presunzione di innocenza contro il principio di presunzione di colpevolezza | 147 |
| 10. Il principio del <i>ne bis in idem</i> | 153 |

CAPITOLO IV

Struttura e principi del procedimento e del provvedimento punitivo

- | | |
|--|-----|
| 1. Conflitto ed equilibrio del procedimento punitivo | 161 |
| 2. La limitata rilevanza delle regole e dei principi sul procedimento. Il discutibile impiego della categoria dei vizi «formali» | 165 |
| 3. Principi, struttura e regole generali del procedimento punitivo tra la pluralità delle fonti | 173 |
| 4. Le linee dei regolamenti sanzionatori delle autorità indipendenti dei mercati finanziari | 182 |
| 5. La fase preistruttoria. Quali possibili spazi per il contraddittorio? | 189 |

6. L'avvio del procedimento. La nota di contestazione degli addebiti	195
7. I tempi ed i termini del procedimento. Il termine per la contestazione degli addebiti e i c.d. termini intermedi	199
8. Continua. Il termine per la conclusione del procedimento	206
9. Contraddittorio nella fase istruttoria. L'accesso al fascicolo ed ai documenti amministrativi	215
10. Continua. Contraddittorio nella fase istruttoria. Spazi per un effettivo riconoscimento delle prerogative difensive	218
11. Un'ipotesi di recupero dell'effettività del contraddittorio. La disciplina della concorrenza europea ed il ruolo del consigliere – uditore	225
12. La separazione tra funzione istruttoria e decisoria. Limite alla realizzazione della segregazione delle funzioni	229
13. La separazione come momento di valorizzazione del ruolo dell'organo decidente ed impedimento all'impiego della motivazione <i>per relationem</i>	233

CAPITOLO V

La revisione giurisdizionale del provvedimento punitivo

1. Il giudice e le amministrazioni indipendenti	239
2. I giudici delle amministrazioni indipendenti	245
3. Astratta parità formale dei modelli processuali e differenze sostanziali	250
4. Accidentalità delle disparità processuali ed irrazionalità della differenziazione tra parti nei diversi processi di opposizione	256
5. Latitudine e profondità del controllo giudiziale e l'atteggiamento del giudice	259
6. Esclusione della valenza dimostrativa privilegiata delle determinazioni formate dalla P.A. resistente	267
7. Il diritto ad un ricorso effettivo nella «logica del risultato»	271
8. I livelli diversi di tutela e le spinte riduttive della Cassazione	276
9. Il secondo fronte di ridimensionamento del procedimento: l'erosione della giurisdizione sui regolamenti	280

CAPITOLO I

Il potere punitivo delle autorità indipendenti delimitazioni del «campo» della ricerca

SOMMARIO: 1. La pubblica amministrazione tra funzioni conformative e funzione punitiva. Cenni introduttivi. – 2. Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti. – 3. Limitazione del campo d'indagine. – 4. Continua. Alcune specificità delle amministrazioni indipendenti. – 5. Continua. Incidenza pratica e vocazione conformativa sulla futura attività d'impresa delle determinazioni riconducibili alla funzione sanzionatoria. – 6. – Indici normativi di rilevanza civilistica delle determinazioni amministrative punitive. – 7. L'impiego «nella pratica» dei provvedimenti come strumento valutativo di condotte e come mezzo di semplificazione dell'onere probatorio a carico di chi fa valere le proprie pretese in un giudizio civile. – 8. Aspetti problematici. Il contrasto tra teoria e prassi. Tendenze divergenti.

1. *La pubblica amministrazione tra funzioni conformative e funzione punitiva. Cenni introduttivi*

È dato di comune esperienza che ogni apparato amministrativo opera – avvalendosi dei poteri conferitigli dalla legge – per la soddisfazione degli interessi affidati alle sue cure e che sussiste un'intima connessione tra organizzazione, fini e poteri perché la struttura deve essere tale da consentire l'esercizio in modo appropriato ed efficiente dei terzi per la realizzazione dei secondi. È, parimenti, intuitivo come l'ordinamento domestico – per ora a prescindere dalle indicazioni europee – possa articolare, nel modo ritenuto politicamente più appropriato, il tipo di prerogative da attribuire all'apparato per assolvere i suoi compiti.

Dunque, può accadere che funzioni di regolazione si accompagnino, o meno, a quella di amministrazione attiva e la seconda, ulteriormente, a quella punitiva, intesa come potestà di reazione all'inosservanza delle varie prescrizioni che sono adottate nell'esercizio delle une o delle altre. Quindi, l'amministrazione investita della cura concreta dell'interesse pubblico non necessariamente è preposta a presidiare gli effetti delle proprie scelte ed a reagire all'inosservanza dei contenuti prescrittivi da parte dei loro destinatari. Rispondendo, però, ad una logica di efficienza, si

va nel senso dell'attrazione della sanzione alla regolazione, ritenendosi, per una ragione di coerenza e completezza, che il potere punitivo spetti, nel silenzio delle prescrizioni organizzative, allo stesso soggetto cui è attribuita la prerogativa di conformazione sostanziale¹.

Il potere punitivo, oggetto d'attenzione, viene inteso nella sua accezione più vasta di atto di reazione alla inosservanza d'una prescrizione, intendendolo come prerogativa della P.A. di comminare un'afflizione, di diversa natura, tesa non solo a «retribuire» il soggetto cui è imputabile la trasgressione ma anche ad ovviare od, in qualche modo, eliminare le conseguenze di quella e, dunque, anche in funzione tendenzialmente ripristinatoria. Ampiezza, sottolineo, che impiegata dalla dottrina per distinguere sottocategorie di sanzioni² non sembra più attuale se si ha riguardo non solo alle attribuzioni reattive delle pubbliche amministrazioni ma in particolare a quelle preposte ai mercati finanziari quali Banca d'Italia, Consob, Ivass e Covip. Quella tradizionale distinzione tra sanzioni amministrative in senso stretto ed in senso ampio in principio sembra perdere utilità od interesse; quella distinzione, infatti, pare scolorire a fronte dell'affermazione legislativa della (quanto meno parziale) fungibilità tra la misura meramente afflittiva – che non presuppone la spettanza alla P.A. precedente di una discrezionalità sulla natura del contenuto della reazione – e l'altra che si reputa espressione di una comparazione e ponderazione di interessi pubblici e privati.

¹ In alcuni casi, infatti, la giurisprudenza – Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341, in *www.giustizia-amministrativa.it* – ha ritenuto di poter trarre dalla articolazione e complementarietà delle funzioni, affidate alle autorità amministrative indipendenti, anche nel silenzio del legislatore, il corollario della spettanza della funzione sanzionatoria al soggetto pubblico «nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione».

² Sulla portata del concetto di sanzione amministrativa è d'obbligo il rinvio a due testi che possono ritenersi «classici» nel panorama della trattazione contemporanea, M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, p. 2 ss.; C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili problematici*, Milano, 1988, p. 4 ss. La distinzione nonché la differenziazione della sanzione amministrativa da quella penale e tra sanzioni «in senso ampio ed in senso stretto» è, poi, ripresa da tutti gli studi recenti sul fenomeno (sanzionatorio) d'interesse. Tra i più si segnalano, cui si rinvia per ulteriore bibliografia, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno scritto critico*, Napoli, 2017, p. 28 ss.; S. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, p. 11 ss.; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018, p. 49 ss.

2. *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*

L'attribuzione di un più o meno esteso potere sanzionatorio alle amministrazioni indipendenti può ritenersi una costante di ogni sistema giuridico contemporaneo che si affida ad organizzazioni diverse da quelle tradizionali per la regolazione di particolari «settori» od ambiti d'attività le cui specificità inducono a ritenere, quanto meno opportuna una vigilanza specialistica, imparziale e terza rispetto agli indirizzi politici di un dato paese³.

Tanto è, peraltro, confermato dalla normativa europea che individua negli apparati amministrativi, imparziali ed indipendenti, uno degli «strumenti» per la realizzazione effettiva di quel mercato unico, o piano giuridico uniforme, indispensabile per l'esercizio di quelle libertà fondamentali e di quei diritti che sono riconosciuti tanto dai trattati quanto dal diritto c.d. derivato⁴. È intuitivo, infatti, come non sia dato immaginare la realizzazione di un mercato unico, o d'uno spazio senza barriere, in cui operano e si muovono a parità di condizioni tanto soggetti economici che persone fisiche – se non si prevedano strumenti idonei a garantire l'osservanza di quei precetti che prima sono stati oggetto di armonizzazione⁵. Strumenti che, per avere pari efficacia nell'intero ter-

³ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Il rapporto tra politica e tecnica. Le autorità di vertice*, in AA.VV. *Manuale di diritto bancario e finanziario*², a cura di F. Capriglione, Padova, 2019, p. 101, per ulteriori riferimenti si veda G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Torino, 2012, p. 47 ss.

⁴ D'altronde, come è stato sottolineato da chi ha approfondito la portata del principio, è alla P.A. che spetta il compito di trasformare in fatto quanto indicato dalle disposizioni normative. È, dunque, la prima che è «determinante nello scarto che intercorre «tra il dire ed il fare», responsabile (prima del giudice) e corresponsabile (con il legislatore) dell'effettività del diritto che ordina la vita comune», M. DI BENEDETTO e N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 748-749.

⁵ In tal senso si veda W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, p. 21, che sottolinea come «condizione essenziale perché la regolazione del mercato finanziario sia efficace è la previsione e la corretta implementazione di un adeguato impianto sanzionatorio attivabile da parte dell'Autorità di vigilanza del settore». Analogamente, per una considerazione allargata dell'intervento punitivo delle P.A., si veda, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 131, che sottolinea come l'azione sanzionatoria tendendo «a prevenire la lesione di certi beni è un modo particolarmente efficiente per tutelarli».

ritorio dell'Unione, a loro volta, debbono essere non solo formalmente ma anche sostanzialmente uniformi⁶ sul versante punitivo; dunque, s'impone un'armonizzazione anche della loro capacità dissuasiva/preventiva e deterrente contro la violazione delle prescrizioni sostanziali⁷. Pena, altrimenti, il rischio del rallentamento della forza propulsiva di quelle regole che sono state costruite per soddisfare un fine comune e superare le peculiarità dei singoli Stati che appartengono all'Unione europea.

La stretta complementarità della funzione sanzionatoria con le altre consente di ricondurla agevolmente nell'ambito di quella di regolazione in senso ampio; intendendola, cioè, come uno degli strumenti di condizionamento delle condotte dei vigilati ed, in specie, quale elemento di chiusura⁸ rispetto a tutte le altre che in vario modo, definiscono, od applicano le regole di comportamento⁹. La prima, infatti, si pone quale presidio d'effettività delle seconde, disincentivando dalla violazione dei precetti, appunto con la prospettazione di una sanzione che si presenta quale forma di reazione alla loro trasgressione e prima come reale monito al loro rispetto¹⁰.

⁶ L'effettività del diritto, infatti, dipende anche dalla capacità di garantirne l'applicazione in modo sostanziale tramite l'impiego di adeguate misure d'intervento. Cfr. M. DI BENEDETTO e N. RANGONE, *op. cit.*, p. 764 ss.

⁷ In tal senso si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo «*Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*» dell'8 dicembre 2010 [COM(2010) 716], spec. pp. 4-5. La Commissione, dopo aver premesso che le «sanzioni sono una componente importante di qualsiasi sistema normativo» e fungono «al tempo stesso da deterrente e da catalizzatore per garantire la conformità con la normativa UE», ne sottolinea la «centralità» nel settore finanziario. In tale ambito, infatti, evidenzia come «regimi sanzionatori efficaci sono un elemento fondamentale per l'instaurazione di un regime di vigilanza atto a garantire la solidità e la stabilità dei mercati finanziari nonché, in ultima analisi, la tutela di consumatori e investitori». La garanzia della piena applicazione della normativa UE richiede un apparato di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive a carattere omogeneo che non si riscontra, però, per varie ragioni, nei paesi UE e di qui la necessità di promuovere iniziative tese a conciliare le varie tradizioni nazionali allineandole a livello quantitativo, qualitativo ed applicativo, in modo tale da garantire in concreto rispetto ed uniforme osservanza del diritto dell'Unione.

⁸ Oltre alla dottrina delle note precedenti, si vedano, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Bologna, 2019, p. 172; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, p. 475, cui *adde*, F. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e S. Cimini, 2014, in *www.giustamm.it*, p. 85 e p. 86.

⁹ Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341, *cit.*

¹⁰ Nel tracciare i profili caratterizzanti il «sistema» delle sanzioni delle autorità am-

È da segnalare, peraltro, come tale stretta complementarità tra funzioni di regolazione par trovare riscontro nel dato positivo e nelle scelte del legislatore proprio per quanto concerne le autorità (Banca d'Italia, Consob, Covip ed Ivass) incaricate di presidiare i più delicati settori dell'economia. Si deve ricordare, infatti, come la presa d'atto di quella reciproca integrazione e completamento tra poteri¹¹ ha condotto alla concentrazione di tutte le prerogative conformative in capo alle autorità di vigilanza finanziaria a lungo soggette ad un regime particolare che prevedeva un procedimento sanzionatorio diviso in due fasi. Infatti, sino al

ministrative indipendenti, non è certo nuova l'idea di chi – E. CHIELI, *Osservazioni in ordine al potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 330 – muovendo dal tipo di valori generali dalle stesse attuati e tutelati con la loro opera, ritiene debba privilegiarsi la finalità di prevenzione. Si dovrebbe, dunque, almeno a fronte delle violazioni più gravi, valorizzare la loro forza dissuasiva, rispetto a quella retributiva, attesa la loro capacità di produrre effetti indiretti destinati a prolungarsi del tempo. Negli stessi termini, si vedano, G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO e A. SAIJA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 401, che ritengono che dalla lettura dei documenti normativi dell'Unione, si possa inferire che «l'obiettivo primario dell'*enforcement* non è sanzionare ma evitare che sorgano i presupposti della sanzione». Ancora di recente, per una valorizzazione dell'attività di supporto all'adempimento rispetto all'azione deterrente punitiva – al fine di realizzare l'efficacia del diritto – si esprimono, M. DI BENEDETTO e N. RANGONE, *op. cit.*, p. 780 ss. L'azione delle amministrazioni, in un'ottica di valorizzazione dei diversi strumenti a loro disposizione, dunque, dovrebbe porsi in una prospettiva preventivo collaborativa agevolando il superamento dei dubbi sollevati dalla disciplina applicativa. In questa prospettiva, viene sottolineato (p. 774) come l'azione amministrativa dovrebbe essere orientata anche dai dati raccolti, e da quelli relativi all'inosservanza delle regole, per fornire utile supporto al legislatore ma prima, credo, anche per l'autocorrezione dell'attività della stessa autorità procedente. Sembra ragionevole, invero, ritenere che non ogni incomprensione od inosservanza di regole complesse o formulate per principi possa essere scaricata sul vigilato o vista come espressione del dilagare di prassi non conformi alle buone prassi operative, come sembra sostenere M. SANDULLI, *Le sanzioni*, in AA.Vv., *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, a cura di G. Mollo, Roma, 2015, p. 147. Infatti, l'opzione dell'autorità, per disposizioni di principio, impone di ritenerla gravata da puntuali obblighi di indicazione, utili per far comprendere ai vigilati la reale portata di quanto l'amministrazione si attende o delle condotte preferibili, pena altrimenti, far sopportare al vigilato la scelta incompleta operata dalla stessa regolatrice, che per varie ragioni, possono condurla a ritenere opportuno non compiere scelte precise.

¹¹ Sottolineano, con specifico riferimento all'autorità di vigilanza assicurativa, questo rapporto di complementarità, M. SCALISE e P. MARIANO, *L'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private e sociali (Isvap)*, in AA.Vv., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di P. Cirillo e R. Chieppa, Padova, 2011, pp. 892-893.

2005, la normativa assicurativa, bancaria e finanziaria affidava la fase istruttoria, terminante con la proposta del provvedimento, all'amministrazione di settore mentre riservava la fase decisoria al ministro competente, cui s'imputava l'atto finale d'archiviazione o d'applicazione della pena. La concentrazione formale di tutto il procedimento punitivo in capo alle amministrazioni specialistiche – realizzata da un'iniziativa legislativa razionalizzatrice (art. 26, l. 28 dicembre 2005, n. 262)¹², costituisce ragionevole conferma di quella compenetrazione tra funzioni, rispetto cui la competenza sanzionatoria assume rilievo non marginale o residuale, integrandosi profondamente con le potestà conformative e d'indirizzo. Infatti, l'ampio ricorso alla tecnica legislativa dell'impiego delle clausole generali per ciò stesso implica la devoluzione di ampi spazi valutativi, attuativi ed applicativi; cioè lo svolgimento d'una significativa opera di loro «riempimento» attraverso una serie di determinazioni, anche informali, i cui limiti di tolleranza e margini d'elasticità vengono definiti e corroborati pure in sede sanzionatoria. Anche in questa, infatti, si può ritenere che, in concreto, vengono «testati» i margini di libertà concessi dai documenti normativi la cui portata non è preventivamente ed immediatamente individuabile in modo rigoroso.

Tanto rilevato, si deve osservare come, stante il carattere non residuale della funzione sanzionatoria rispetto alle altre di regolazione ed il conseguente necessario obbligo di coerenza e tutela dell'affidamento che la P.A. deve osservare nell'esercizio delle varie prerogative, paiono quanto meno dubbie quelle scelte legislative, pur non obbligate dall'Unione, di frazionare l'attribuzione punitiva, o dissociarla da quella normativa, conformativa. In particolare, risulta discutibile la soluzione adottata dalla

¹² La stessa relazione introduttiva al disegno di legge sul risparmio individuava la *ratio* della specifica previsione «nella ritenuta opportunità di ricondurre all'autorità di vigilanza attribuzioni considerate omogenee rispetto a quelle già da esse esercitate», superando, così, anche con specifico riferimento ai provvedimenti di applicazione delle sanzioni amministrative previste da Tuf e Tub, con scelta coerentemente estesa a Isvap e Covip – una separazione tra autorità e ministro competente che appariva «un aggravio procedurale di modesta utilità». Concentrazione tanto più opportuna se si considera che il secondo, pur godendo d'una autonomia decisionale – Cons. St., sez. V, 29 marzo 2011, n. 1900, in *www.giustizia-amministrativa.it* – nella prassi appariva «appiattito» sulle proposte dell'autorità di vigilanza tanto da far concludere che quella spartizione non garantiva agli indagati «il diritto ad un equo esame delle proprie ragioni» innanzi all'organo investito del potere di definire il procedimento, E. BANI, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV., *La nuova legge sul risparmio*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2006, p. 406.

normativa sulla repressione delle pratiche commerciali scorrette (art. 27, comma 1-*bis*, cod. consumo) che non consente quella valutazione unitaria delle condotte che dovrebbe essere una caratteristica di un'azione amministrativa affidabile e rispettosa della posizione del soggetto passivo delle varie determinazioni conformative e poi dell'azione punitiva¹³. Quando si contempla una competenza sanzionatoria generale dell'Autorità garante della concorrenza, ferma quella delle amministrazioni di settore nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta, s'espone il soggetto passivo ad un costo in termini d'incertezza applicativa; quello, infatti, sconta il differente modo d'intendere i concetti giuridici indeterminati, la diversa consistenza delle prassi seguite dalla distinte autorità, il loro diverso modo di valutare la conformità o difformità di una condotta non solo dai precetti ma anche rispetto ad eventuali determinazioni esecutive precedentemente confermate o che vengono a porsi come autovincoli della stessa P.A. emanante. Dunque, a prescindere dal venir meno dell'unità dell'azione amministrativa, la scelta, di fatto «scarica» sugli amministrati quelle difficoltà che dovrebbero essere affrontate dal titolare del potere normativo che, per la tecnicità dell'oggetto di disciplina e per il rischio di una sua velocissima obsolescenza, adotta disposizioni formulate tramite clausole generali, o tramite rinvio a *standard*; questo modo di disporre – che pur è presentato come apertura all'autoresponsabilità e come arretramento del potere impositivo ampiamente inteso – mortifica quella libertà dei soggetti privati, esposti ad una grave incertezza perché espropriati di chiari indici su cui improntare le proprie condotte¹⁴.

¹³ Per un esame critico della scelta e delle asserite giustificazioni che l'avrebbero imposta, mi si consenta il rinvio a G. ROMAGNOLI, *L'espansione della competenza sanzionatoria di Agcm. Note sulla – dubbia – separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2016, I, p. 493 ss.

¹⁴ Così, A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 627 ss., che rileva come dovrebbe essere intuitivo che non sia dato concepire una funzione punitiva senza che sia possibile individuare, con ragionevole certezza, il contenuto del precetto violato. Negli stessi termini, F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 85-86 e p. 90, che afferma la contrarietà al principio di legalità di un *drafting* normativo poco accorto e di disposizioni generiche che rendono, da un lato, dubbia la certezza della legge – intesa in termini di prevedibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche delle condotte – e, dall'altro, sfuggenti i limiti sostanziali e procedurali del potere pubblico.

3. *Limitazione del campo d'indagine*

Il «diritto positivo» se, da un lato, evidenzia come la funzione sanzionatoria (non penale) non sia riservata solo alla P.A., dall'altro, giustifica la scelta di concentrare l'attenzione solo sulla prerogativa «reattiva» delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari poiché diversi elementi ne evidenziano la peculiarità. Quella prerogativa, infatti, si distingue tanto da quella spettante all'autorità giudiziaria quanto da quella propria delle amministrazioni c.d. tradizionali.

La differenza rispetto alla prerogativa sanzionatoria del giudice risulta evidente sol si considera l'estraneità formale di quello all'apparato amministrativo, e da qui l'esclusione da parte sua della ponderazione di interessi pubblici o privati ulteriori rispetto a quello della reazione all'inosservanza della legge anche se quelli possono incidere sulla determinazione della sua decisione¹⁵. È più che significativo, in particolare, di come l'accertamento e l'applicazione della sanzione avviene nel contesto e con le regole del processo¹⁶. L'art. 34, d. lg. 8 giugno 2001, n. 231, relativo alla «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche» affida al giudice penale, nell'ambito del processo penale, l'accertamento di quei particolari illeciti che hanno quale presupposto la commissione di taluni reati mentre l'art. 123 cod. proc. amm. affida al giudice amministrativo il compito di applicare con la sentenza che accerta l'illegittima applicazione del contratto di appalto, alternativamente o cumulativamente, la sanzione pecuniaria e/o quella della riduzione della durata del contratto concluso in spregio di talune disposizioni tese a garantire l'effetto utile del ricorso giurisdizionale.

La potestà d'interesse, poi, si differenzia da quella attribuita alla più ampia ed eterogenea schiera di soggetti pubblici, chiamati ad attivarsi con diversi margini di «elasticità», e che – anche in ragione del settore di competenza – sono gravati di accertamenti preliminari, più o meno semplici o complessi, che richiedono lo svolgimento anche d'un'articolata attività istruttoria.

Di massima, l'amministrazione tradizionale, all'esito dell'istruttoria ai fini dell'accertamento, conclude la sua attività con una fase decisoria, in principio, riducibile ad un'opera di sussunzione della condotta concreta nella fattispecie punitiva astratta. La reazione, dunque, consegue al ri-

¹⁵ Capitolo II, par. 2.

¹⁶ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 17.

scontro di una condotta non conforme ad un parametro normativo. Si colpisce la condotta con una misura di carattere reattivo che stigmatizza e si concentra sul comportamento, eventualmente messo in relazione con gli accadimenti pregressi. La reazione pubblica, di per sé – salvo gli estremi di misure interdittive od ablatorie – non è, però, in grado di condizionare profondamente l'attività futura del sanzionato.

Come sottolineato dalla più autorevole dottrina specialistica, è quasi intuitivo che è quanto meno dubbio che possa applicarsi lo stesso modello quando si discute di accertamenti di violazioni semplici (quelle previste dal codice della strada) o complesse (per l'inosservanza di normative formulate tramite concetti giuridici indeterminati) che riservano all'autorità «uno spazio valutativo più ampio rispetto al mero accertamento del superamento di un limite di velocità»¹⁷.

Chi si pone, dunque, in una prospettiva di studio del diritto dell'economia, ragionando in chiave di complementarità degli strumenti di regolazione, risulta pressoché obbligato a limitare il proprio campo d'indagine al potere sanzionatorio delle autorità c.d. amministrative indipendenti. Molteplici indici positivi, invero, conferiscono alla funzione punitiva attribuita a questo «sottoinsieme» di pubbliche amministrazioni caratteristiche affatto peculiari che tendono a differenziarla radicalmente da quella propria degli apparati amministrativi tradizionali. Differenze, si sottolinea, che si riscontrano tanto a livello teorico e normativo quanto su quello pratico applicativo svelando come la potestà d'interesse sia caratterizzata da molteplici profili di specialità e ciò a prescindere dalle sistematiche deroghe che disposizioni di settore introducono alla normativa generale della l. 24 novembre 1981, n. 689¹⁸, cui le stesse rinviano

¹⁷ M. CLARICH, *Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, p. 81.

¹⁸ Le principali leggi economiche presuppongono l'applicazione della l. 689/1981, accompagnando alla previsione di regole procedurali e sostanziali specifiche una, più o meno ampia, serie di deroghe. L'art. 187-ter.1, comma 10, Tuf, prevede che «Alle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente articolo non si applicano gli articoli 6, 10, 11 e 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689»; l'art. 187-septies comma 8, Tuf, dispone che alle sanzioni amministrative previste dal capo III, parte VI «non si applica l'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689»; l'art. 195-quinquies, comma 1, Tuf, esclude l'applicazione alle sanzioni amministrative del titolo II del capo IV, l'applicazione degli «articoli 6, 10, 11 e 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689.», salvo poi disporre che, in deroga alla previsione dello stesso comma 1, alle sanzioni amministrative previste dall'articolo 196 si applicano le disposizioni contenute nella legge 24 no-

in modo selettivo, così ragionevolmente relegandola ad un ruolo di disciplina di carattere residuale¹⁹.

vembre 1981, n. 689, ad eccezione dell'articolo 16. Sulla stessa linea si pone il Tub il cui art. 145, comma 10, prevede che alle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal titolo VII «non si applicano le disposizioni contenute negli articoli 6, 10, 11 e 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689». Il medesimo modello disciplinare si rinviene nel codice delle assicurazioni ove, accanto a precetti relativi a particolari aspetti del procedimento o della violazione, si rinvencono articoli, oltre che di deroga, di richiamo espresso «selettivo». L'art. 311-*quater*, comma 1, cod. ass., richiama l'art. 8-*bis*, l. 689/1981, relativo alla reiterazione delle violazioni, per la determinazione delle regole per l'accertamento unitario delle violazioni di specifiche disposizioni della disciplina assicurativa; l'art. 328, comma 4-*bis*, dispone che alle sanzioni amministrative previste dal titolo XVIII, dello stesso codice «non si applicano le disposizioni contenute negli articoli 6, 10, 11, 14, commi 1, 2 e 5 per la parte relativa alla facoltà di pagamento della sanzione in misura ridotta, 16 e 22 della legge 24 novembre 1981, n. 689». Nella disciplina delle forme pensionistiche complementari del d. lg. 5 dicembre 2005, n. 252, l'art. 19-*quater*, comma 4, dispone che le sanzioni pecuniarie interdittive, così come quella decadenza da cariche o funzioni direttive sono applicate «nel rispetto dei principi della l. 24 novembre 1981, n. 689» ed il suo comma 4-*bis* dispone l'applicazione alle stesse sanzioni della normativa dell'art. 8, comma 2, l. 689/1981, riguardante le violazioni in materia di assistenza e previdenza obbligatoria. Nel codice del consumo si rinviene una distinzione che conferma la divaricazione tra misure sanzionatorie rimesse alla verifica delle P.A. tradizionali rispetto a quella di Agcm. Infatti, per quanto concerne quelle relative all'indicazione dei prodotti, l'art. 12 cod. cons. opera un generale rinvio alla l. 689/1981. Diversamente, il successivo art. 27, comma 13, cod. cons., pone, per quelle riscontrate ed applicate dalla Autorità della concorrenza, una c.d. clausola di compatibilità, disponendosi che «per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni», salvo obbligo di pagamento della somma nei 30 giorni dalla notifica del provvedimento affittivo. Negli stessi termini, ancora, si veda la disciplina del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale il cui art. 45, comma 5, d. legis. 93/2011, esclude l'applicazione dell'art. 26, l. 689/1981 e prevede un termine speciale di notifica dell'atto di contestazione degli addebiti pari a 180 giorni dall'accertamento. Per una clausola di compatibilità opta, ancora, l'art. 32, l. 10 ottobre 1990, n. 287, in punto di sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti all'accertamento della disciplina della concorrenza ivi posta; per quelle si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689». L'art. 213, comma 13, del più recente codice degli appalti, prevede che l'Autorità di anticorruzione, possa «Nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689 (...) irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento».

¹⁹ E ciò sempre che non si intendano i richiami selettivi a specifiche disposizioni

L'attenzione per l'autorità dei mercati finanziari, peraltro, si impone non solo per il modo con cui esercitano le loro prerogative, l'ampiezza delle stesse od ancora l'ambito in cui vengono ad essere esercitate ma per essere esse stesse autorità indipendenti.

La riconduzione, a questo insieme peculiare di amministrazioni, di Banca d'Italia, Consob, Ivass e – ragionevolmente – anche se controversa, di Covip²⁰, e, dunque, la loro posizione istituzionale di sottrazione a possibili pressioni esterne e la tecnicità dei compiti da loro svolti in condizione di tendenziale imparzialità, hanno contribuito ad attribuire alle loro determinazioni, anche punitive, una particolare considerazione. Quelle, infatti, per provenire da una P.A. che nell'esercizio delle proprie funzioni non persegue un «interesse diretto proprio» ma quello del buon funzionamento del mercato o la protezione dei suoi utenti, sono considerate espressione di poteri «quasi giudiziali», limitatamente verificabili, pena, altrimenti, la vanificazione della loro opera o la negazione della ragione stessa della loro istituzione²¹. Le caratteristiche dell'organizzazione, tra cui la competenza e autorevolezza dei suoi vertici, investiti di un incarico temporaneo ma non revocabile, che si sviluppa in un'azione esterna resa possibile da un apparato professionale proprio e da un'accentuata autonomia organizzativa, normativa e finanziaria²², incide sulla

della l. 689/1981 come meri rinvii materiali che presuppongono una disciplina completamente autonoma, i cui vuoti ed i relativi principi vanno ricercati nella normativa dello specifico settore in cui opera l'autorità.

²⁰ G. ROMAGNOLI, *Profili di vigilanza e dei controlli sui prodotti della previdenza complementare*, in AA.Vv., *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, a cura di P.E. Corrias e G. Racugno, Milano, 2010, p. 88 ss. In senso contrario, per l'esclusione per difetto di indipendenza invece, si veda, G. PUCCINI, *Il problema di identificazione delle autorità indipendenti fra giurisprudenza e decreto «Salva Italia»*, 2012, p. 7 ss., in www.osservatoriodellefonti.it.

²¹ In tal senso si vedano alcune considerazioni rinvenibili in un passo d'una sentenza della Corte regolatrice sui limiti al controllo del giudice sugli atti di Agcm, estensibili ad ogni altra autorità indipendente; Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, p. 1057 ss., giustifica la insindacabilità di valutazioni tecniche opinabili da parte del giudice perché una simile eventualità «significherebbe misconoscere» la ragione stessa per cui «il legislatore ha stimato necessario dare vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali».

²² Sugli indici di indipendenza, mi sia consentito richiamare a G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 51 ss., anche per ulteriori riferimenti. Rimanendo a quanto scritto nel lavoro che precede, deve ricordarsi come l'endiadi autorità indipendenti indichi convenzionalmente un insieme di apparati organizzativi il cui unico minimo comun denominatore – in negativo – è la sottrazione all'indirizzo politico amministrativo dell'esecutivo e – in

considerazione degli atti, dunque, ha una ricaduta significativa sulla valutazione dei singoli interventi. Infatti, si trae da quel generale principio di corrispondenza tra caratteristiche delle funzioni ed organizzazione della P.A.²³ il corollario della riserva di valutazione perché solo quello garantirebbe la correttezza delle determinazioni che danno luogo ai singoli atti d'esercizio di potere.

4. *Continua. Alcune specificità delle amministrazioni indipendenti*

La restrizione del campo d'indagine, come anticipato, risulta imposta da una molteplicità di ragioni che potremmo definire sistemiche e, dunque, tali da mettere in dubbio l'utilità d'un esame allargato non solo a tutti gli apparati pubblici domestici investiti di funzioni punitive ampiamente intese ma anche alle amministrazioni indipendenti diverse da quelle «finanziarie». A prescindere dal tipo di reazione all'inosservanza

positivo – la sottoposizione ad un «regime legale» che si ritiene nel complesso idoneo a garantire l'esercizio delle funzioni loro affidate in modo accentuatamente imparziale, in uno stato di «sola soggezione alla legge». Dunque, l'indipendenza dell'autorità è la conseguenza di un giudizio di sintesi compiuto in esito al riscontro di una serie di indici che non devono tutti concorrere (professionalità, inamovibilità e temporaneità dei componenti dei loro organi di vertice; potestà normativa e provvedimentale ad incidenza puntuale; autonomia finanziaria, contabile ed organizzativa; ruolo di personale proprio) ma che nel loro complesso avvicinano molto l'azione dell'amministrazione a quella del giudice. Amministrazione che, si sottolinea, se opera in posizione per lo più «arbitrale», regolando un dato settore, rimane pur sempre tale perché per il fatto di essere chiamata a garantire il buon funzionamento di un segmento del mercato, eventualmente reagendo alle condotte illegali, non ha mai quella posizione ed imparzialità che è caratteristica del giudice, come recentemente ricordato da Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 13, par. 5-8 considerazioni di diritto, in www.cortecostituzionale.it. Per un esame della atipicità delle amministrazioni indipendenti e dei profili problematici delle rispettive discipline, si veda la *Relazione conclusiva del 2 febbraio 2010 alla indagine conoscitiva della Camera sulle amministrazioni indipendenti*, in www.parlamento.it. Per ulteriori riferimenti dottrinali, F. ZAMMARTINO, *Le autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, 2020, in www.dirittifondamentali.it; A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, I, p. 1 ss.; G. MONTEDORO, *Le amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, a cura di M. Pellegrini, Padova, 2012, p. 271 ss. E, comunque, imprescindibile è ricordare G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 165 ss.

²³ C. FRANCHINI, *Autonomia e indipendenza dell'organizzazione europea*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 90.

del precetto – e dunque dalla circostanza che possa essere applicata o meno una sanzione in senso stretto²⁴ – ciò che distingue quelle di interesse da quelle delle P.A. tradizionali è che le ultime operano in un contesto tendenzialmente «municipale», reagiscono, cioè, all'infrazione avendo riguardo al contesto interno magari anche per garantire l'osservanza di disposizioni del diritto dell'Unione o da esso derivato.

Diversamente l'azione punitiva delle amministrazioni indipendenti si colloca in un contesto sovranazionale, caratterizzato da distinte forme di collaborazione, di intensità crescente, con le omologhe autorità amministrative dei paesi membri. Si passa, infatti, dalla c.d. partecipazione alle reti a quella alle autorità indipendenti dell'Unione. Nel primo caso, come ad esempio nel settore delle comunicazioni elettroniche, i vari soggetti nazionali si aggregano in funzione della definizione di soluzioni comuni al mercato interno che poi applicano nel «segmento spaziale/merceologico» di loro competenza; dunque, la loro azione risulta definita in un contesto extramunicipale con l'apporto di ciascuna amministrazione dei paesi membri dell'Unione. Nel secondo le singole autorità nazionali di settore sono coinvolte – a livello istituzionale – e concorrono al funzionamento di organizzazioni europee dotate di competenza e obiettivi propri che danno luogo a forme incomparabili di integrazione tra P.A. appartenenti al sistema. In tale ipotesi, infatti, viene prevista e realizzata la trasmissione di dati ed informazioni dalla «periferia al centro», la fissazione dal centro di *standard* operativi e principi comuni, la determinazione di criteri procedurali e dell'attività che generano una «osmosi» disciplinare e regolatoria ben più intensa di quella registrabile quando le amministrazioni domestiche sono impiegate come «gangli» di quella europea.

Ad esemplificazione della seconda delle situazioni sopra delineate – e, dunque, della differenza fondamentale tra P.A. tradizionale ed ammi-

²⁴ Cioè una sanzione amministrativa pecuniaria, oggetto di considerazione da parte della l. 689/1981, le cui disposizioni di principio, raccolte nel capo primo, sono dichiarate applicabili, se non diversamente disposto (art. 13), a tutte le violazioni per cui è previsto il pagamento di una somma di danaro. A contrario, nel macroinsieme delle sanzioni, in senso ampio, sono ricondotte tutte quelle altre eterogenee forme di reazione non penali che si sostanziano in misure punitive di carattere interdittivo/ablatorio o parzialmente reintegratorio, sui cui oltre ai riferimenti di nota 2, si veda anche A. M. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, p. 2; C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. del dir.*, XLI, 1989, p. 345 ss.

nministrazione indipendente domestica, si può confrontare la «posizione/situazione» di un ente territoriale, quale il Comune con quella di Ivass.

L'amministrazione comunale quando si occupa di un'infrazione urbanistica vede incanalata la propria azione dalla normativa interna ed opera per la tutela d'un interesse pubblico locale ed, in prospettiva, nazionale al rispetto delle disposizioni che ordinano uso e trasformazione del territorio. La sua decisione è il risultato di un apprezzamento della situazione di fatto alla luce dei principi e della normativa domestica la cui osservanza è rimessa all'amministrazione procedente che opera come centro esclusivo ed autonomo di competenza, anche per l'operare del principio di sussidiarietà (art. 118, comma 1, Cost.).

Diversamente Ivass, amministrazione che presidia il settore assicurativo, operando in un ambito ricompreso tra le competenze della UE, si trova inserita in un sistema di autorità di vigilanza che variamente ne condiziona le decisioni ed è soggetta all'osservanza di principi e regole che le si impongono in ragione dell'operare per l'attuazione del diritto dell'Unione²⁵.

In primo luogo, si ricorda come l'azione dell'Istituto di vigilanza assicurativo (al pari delle omologhe dei paesi della UE) è condizionata dagli sviluppi di quella forma di organizzazione stabile – l'Autorità europea sulle assicurazioni – cui partecipa, tramite il suo presidente (art. 40, par. 1, lett. b, reg. 1094/2010/UE del 24 novembre 2010); quest'ultima, invero, incide su tutte le funzioni regolatorie – e, dunque, anche su quella punitiva dell'amministrazione domestica – per essere stata investita della elaborazioni di prassi ed indirizzi di vigilanza efficienti ed uniformi²⁶. L'unità della regolazione del mercato assicurativo, identicamente a quanto previsto per gli altri settori del mercato finanziario²⁷, è affidata ad isti-

²⁵ Per una riflessione sulle diverse modalità di integrazione dell'azione delle varie autorità di vigilanza, impostasi anche per l'ampiezza della c.d. globalizzazione, si segnala F. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, p. 871 ss.

²⁶ L'art. 9, par. 1, reg. 1094/2010/UE, le riconosce un «ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato dei prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori in tutto il mercato interno»

²⁷ Per consentire la formazione di prassi uniformi ed efficienti di vigilanza l'Autorità europea degli strumenti finanziari emana orientamenti e formula raccomandazioni cui le autorità domestiche sono tenute ad uniformarsi o ad indicare le ragioni per cui non intendono adeguarsi (art. 16, par. 1-3, reg. 1095/2010/UE). Ancora, vigila sull'osservanza del diritto dell'Unione, attraverso il compimento d'indagini che possono con-

tuzioni «centrali», dotate di poteri di indirizzo e vincolanti, chiamate anche ad elaborare, tramite procedimenti di condivisione con le amministrazioni partecipanti, i principi che quest'ultime devono, poi, applicare. Infatti, per rendere quanto più effettivamente omogenee le condizioni in cui operano le imprese appartenenti ad un mercato «formalmente» unico – si mira a superare anche quelle differenze conseguenti alle non lievi diversità delle tradizioni culturali dei regolatori – assoggettando tutti gli attori locali ad un dovere di ossequio alle indicazioni dell'autorità «federale» chiamata ad elaborare e diffondere indicazioni vincolanti sul modo d'essere e d'intendere la vigilanza. Modo d'essere e d'intendere che, appunto, incide profondamente sulla stessa politica di vigilanza, orientando le preferenze, privilegiando alcuni tra i molteplici profili d'osservazione dei fenomeni economici, condizionando così profondamente – quanto inevitabilmente – quella autonomia di cui godono le amministrazioni incaricate di attuare e garantire valori generici quali correttezza, efficienza, stabilità e concorrenza di un settore del mercato finanziario.

Il diverso operare – o se si vuole la distinta prospettiva – dell'azione delle autorità indipendenti dell'economia ed, in particolare, di quelle dei mercati finanziari rispetto al Comune risulta particolarmente evidente quando le prime agiscono attraverso forme di coamministrazione²⁸. La

cludersi con una raccomandazione contenente l'indicazione di misure «correttive» ritenute necessarie per l'allineamento al diritto dell'Unione (art. 17, par. 1-3, reg. 1095/2010/UE). Prescrizioni, si sottolinea, che, in principio, sono vincolanti per la destinataria ed, in caso di mancata osservanza, possono portare all'adozione di un parere formale della Commissione UE in merito alla necessità da adottare determinate misure atte a garantire il rispetto del diritto dell'Unione (art. 17, par. 4, primo periodo, reg. 1095/2010/UE) con effetti diretti nei confronti di un partecipante al mercato finanziario, imponendo a quest'ultimo specifici obblighi di comportamento o la cessazione di ogni eventuale pratica non conforme al diritto europeo e, comunque, ferma la possibilità per l'esecutivo europeo di avviare una procedura d'infrazione (art. 258 TFUE) nei confronti dello Stato cui appartiene l'autorità inadempiente (art. 17, par. 6, primo periodo, reg. 1095/2010/UE). Da ultimo, al fine, di promuovere la comune cultura della vigilanza, Esma è chiamata a stimolare il più efficace scambio di informazioni ed a contribuire allo sviluppo di *standard* di vigilanza uniformi e d'elevata qualità, sviluppando ogni strumento utile a favorire la definizione di «approcci e prassi comuni» (art. 29, reg. 1095/2010/UE), agendo come ente catalizzatore per il miglior coordinamento dell'azione delle autorità domestiche (art. 31, reg. 1095/2010/UE). Per un efficace quadro di insieme della composizione e delle relazioni tra i vari livelli delle vigilanze economiche, per tutti, F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 105 ss.; ID, *La finanza come fenomeno di dimensione internazionale*, in AA.Vv., *Manuale di diritto bancario e finanziario*², cit., p. 60 ss.

²⁸ Sulla cui portata si veda, C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'U-*

disciplina UE, infatti, talvolta rende il loro agito fungibile rispetto a quello delle autorità indipendenti europee pur conservando a queste ultime una posizione di supremazia funzionale che le rende sostanzialmente serventi anche se non sempre è riconosciuta una potestà avocativa sostitutiva.

Una forma di coamministrazione del secondo tipo della funzione sanzionatoria può individuarsi nella disciplina del meccanismo unico di vigilanza bancaria²⁹. Questa affida la potestà punitiva delle condotte degli intermediari a Bce mentre quella delle persone fisiche, che sono membri degli organi di amministrazione e controllo dei primi, all'autorità dello Stato in cui ha sede l'ente vigilato. Il regolamento europeo, infatti, pone una forma di coordinamento stretto tra le spettanze punitive dell'autorità dell'Unione e quella nazionale prevedendo la strumentalità della seconda a garanzia dell'efficienza ed efficacia dell'azione della prima, talché quest'ultima può stimolare l'azione dell'altra per assicurare l'applicazione delle sanzioni anche nei confronti delle persone fisiche che – per ragioni di competenza – non può punire direttamente (art. 18, par. 5, reg. 1024/2913/UE)³⁰.

nione europea, in AA.Vv., *Diritto amministrativo europeo*², a cura di M. Chiti, Milano, 2018, p. 225 ss.

²⁹ Per una sintesi del sistema integrato Bce – autorità bancarie nazionali, si veda C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*³, Bologna, 2020, pp. 252-255; M. DE POLI, *European banking law*, Padova, 2017, p. 158 ss. Per una più approfondita riflessione sul sistema, competenze e strumenti di intervento, d'obbligo è il rinvio a S. ANTONIAZZI, *Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013, spec. p. 49 ss.

³⁰ Il regolamento attributivo alla Banca centrale europea di specifici compiti in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, nel 36° considerando, riconosce la necessità d'attribuire a Bce un potere sanzionatorio sugli enti creditizi, per poi dar atto, nel successivo 53° considerando, della conservazione della potestà punitiva sulle persone fisiche alle autorità nazionali, salvo, comunque, il potere della prima «di chiedere alle autorità nazionali competenti di intervenire per assicurare che siano imposte sanzioni appropriate». Quindi, l'art. 18, par. 1, prevede la sanzione da applicare agli enti creditizi ed agli altri soggetti vigilati da Bce per il caso di violazione dolosa o colposa degli obblighi previsti dal pertinente diritto europeo e, quindi, nel seguente par. 5, dispone che per tutte le altre ipotesi diverse da quelle del suo par. 1, «laddove necessario all'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento, la Bce può chiedere alle autorità nazionali competenti di avviare procedimenti volti a intervenire per assicurare che siano imposte sanzioni appropriate in virtù degli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, e di qualsiasi pertinente disposizione legislativa nazionale che conferisca specifici poteri attualmente non previsti dal diritto dell'Unione. Le sanzioni applicate dalle autorità nazionali competenti sono efficaci, proporzionate e dissuasive». Sul

L'accertamento riservato a Bce, dunque, costituisce il presupposto dell'atto d'impulso d'ufficio conseguente al riscontro dell'inosservanza tanto del diritto interno dello Stato che di quello UE³¹ e fa scattare l'obbligo di verifica da parte dell'autorità domestica destinataria delle condizioni per l'applicazione della misura punitiva alle persone fisiche.

Ancora, una forma di coamministrazione che si caratterizza per la tendenziale fungibilità dell'agito dell'autorità europea e domestica – pur con riserva di supremazia funzionale – si riscontra nella disciplina della concorrenza, settore che interessa per una duplice ragione. L'organizzazione della concorrenza è un modello che costituisce fonte di ispirazione per la definizione dell'assetto delle amministrazioni europee settoriali e per il loro coordinamento con l'azione di quelle domestiche. L'azione dell'autorità della concorrenza ha un'incidenza trasversale – a carattere tendenzialmente espansivo – così come quella di repressione delle pratiche commerciali scorrette – e, dunque, ha una capacità di incidere sensibilmente sulla valutazione della correttezza delle condotte dei soggetti operanti nei diversi segmenti dei mercati finanziari.

Nel modello organizzativo della concorrenza, l'accertamento dell'inosservanza del diritto sostanziale e l'applicazione delle ulteriori misure punitive, può essere disposto, in principio, tanto dall'autorità europea che da quella del singolo paese in cui si avvertono gli effetti della condotta concorrenziale³².

In esito alla riforma operata con il reg. 1/2003/CE, infatti, Agcm e la Commissione UE, nella sua veste di autorità della concorrenza, si trovano a presidiare l'osservanza dello stesso diritto (art. 5, reg. 1/2003/CE), in posizione pari ordinata, salvi i temperamenti necessari per garantire un intervento coerente, uniforme e coordinato su tutto il territorio del-

sistema punitivo bancario, si veda M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca impr. soc.*, 2014, p. 333.

³¹ Infatti, la peculiarità del modello, come rileva M. MACCHIA, *Le nuove funzioni. L'Unione bancaria europea*, in AA. VV, *Diritto amministrativo europeo*², cit., p. 179, è data dalla c.d. inversione del modello. Nel caso di interesse, infatti, è Bce che si fa carico dell'applicazione delle regole dei paesi membri e del diritto UE e non, invece, come è normale, le loro autorità nazionali.

Invero, non ci si trova di fronte ad una pluralità di amministrazioni nazionali incaricate di applicare uno stesso diritto ma ad un'unica amministrazione (Bce) investita del potere di amministrare e riscontrare il rispetto di quello che gli Stati membri legiferano.

³² Su punto mi sia consentito rinviare a G. ROMAGNOLI, *I procedimenti di accertamento della violazione della disciplina della concorrenza (reg. CE 1/2003). Pluralità di autorità a presidio di uno stesso diritto*, 2014, in *www.giustamm.it*.

l'Unione. La seconda, infatti, si vede riservato un generale potere d'avvocazione delle questioni che sono all'esame delle autorità nazionali (art. 11, par. 6, reg. 1/2003/CE), conserva una generale prerogativa di indirizzo interpretativo (art. 11, par. 5, reg. 1/2003/CE) e d'orientamento delle azioni delle amministrazioni decentrate anche indicando le modalità più efficienti per la distribuzione del lavoro, quando, come è tipico del diritto europeo, ci si trovi innanzi a fattispecie che riguardando fenomeni non localizzabili solo all'interno di un paese membro, involgono la competenza di più autorità³³, peraltro, rendendo recessivo l'obbligo di sviluppare l'accertamento quando lo stesso tema sia oggetto d'indagine da parte di un'altra d'esse³⁴.

Ulteriormente, le autorità di vigilanza dei mercati finanziari operando in ambiti oggetto di competenza europea – agendo per l'attuazione e il rispetto del diritto dell'Unione – sono soggette, in via diretta, anche agli obblighi derivanti dalla Carta europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza) ed alla conseguente apertura e richiamo alle disposizioni e principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu)³⁵. La Carta UE, invero, enuncia in termini ampi, a prescindere dalla natura del procedimento, prescrizioni conformative di ogni azione amministrativa (e fonte di diritti per i privati) e, poi, contempla un generale modello di loro integrazione tramite «l'importazione» dei principi e criteri del diritto Edu.

³³ Per quanto concerne i criteri di c.d. divisione del lavoro tra autorità nazionali interessate allo stesso caso, tendenti a privilegiare l'amministrazione che risulta in grado di garantire l'azione più efficace, si veda la comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004), in *www.eurolex.eu*, spec. cap. 2.

³⁴ Il coordinamento tra iniziative della Commissione e quelle delle amministrazioni nazionali si rinviene poi anche rispetto alla possibilità di concludere l'istruttoria già avviata da una d'esse relativamente ad un fatto che un'altra si trovi ad esaminare per seconda. Invero, l'art. 13, par 1, reg. UE n. 1/2003 prevede che «il fatto che un'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce, per l'altra autorità, un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia. La Commissione può analogamente respingere una denuncia qualora questa sia all'esame dell'autorità garante della concorrenza dello stato membro». Il paragrafo successivo prosegue poi disponendo che «qualora un'autorità garante della concorrenza o la Commissione abbiano ricevuto una denuncia contro un accordo, una decisione di una associazione o una pratica concordata già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza, tale denuncia può essere respinta».

³⁵ Capitolo III, par. 5.

L'art. 41, comma 1, della Carta europea dei diritti fondamentali, dispone che «ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» e, quindi, elenca alcuni dei possibili piani su cui quella protezione deve essere garantita, riprendendo – come i successivi artt. 51 e 53 – il dato testuale dell'art. 6 Cedu.

In forza d'una serie di prescrizioni contenute nel diritto primario europeo, dunque, le autorità di vigilanza domestica – Banca d'Italia, Consob, Ivass, Covip, Agcm – devono rispettare i principi Cedu, come intermediati dalle singole disposizioni della Carta UE e poi, il giudice, nel sindacare la legittimità dell'operato dell'autorità, deve impiegare i parametri delineati dalla Carta europea, come interpretati alla luce delle disposizioni Cedu³⁶. Risulta così imposto alle autorità di vigilanza finanziaria domestiche un obbligo più intenso rispetto a quello desumibile dai richiami compiuti ai principi UE dalla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241) o dalle specifiche disposizioni delle leggi economiche (art. 6, comma 1, Tub). Infatti, la Carta UE richiama non solo quei principi individuati dalla Corte di giustizia³⁷ ma anche quelli elaborati dalla Corte Edu³⁸.

L'art. 52, rubricato «Portata e interpretazione dei diritti e dei principi», nel suo paragrafo 3, pone una significativa regola interpretativa che impone l'omogeneità e sintonia di lettura tra documenti UE e Cedu; il testo, invero, prescrive che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

³⁶ Peraltro, l'obbligo delle amministrazioni indipendenti di osservare i principi europei, come fissati o desumibili della Carta dei diritti fondamentali UE, si ricava autonomamente dalle indicazioni d'apertura di tutti i principali testi normativi economici che dispongono un recepimento quanto più ampio di ogni indicazione proveniente dagli organi dell'Unione indicando tra i primi i regolamenti, ma nel cui insieme va inserita anche la c.d. Carta di Nizza il cui valore è equiparato a quello dei trattati.

³⁷ Cui spetta, in via esclusiva, la competenza alla loro individuazione, D. U. GALLETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in AA.Vv., *Diritto europeo*, cit., p. 107.

³⁸ Sui «canali» d'importazione dei principi, si rinvia a Capitolo III, par. 2-6.

Ulteriormente, nel precisare le ricadute pratiche delle previsioni d'interesse, il successivo paragrafo 5 dello stesso art. 52, prescrive che «le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

A prescindere dalla natura del potere punitivo, le autorità amministrative indipendenti si differenziano, poi, dalle amministrazioni tradizionali per il maggior margine d'elasticità loro riconosciuto nell'esercizio della funzione repressiva; quelle, invero, godono d'una potestà di scelta e valutazione che non si riscontra in capo alle c.d. amministrazioni tradizionali. In specie, le autorità dei mercati finanziari, a fronte dell'emersione di una difformità della condotta rispetto al paradigma normativo, non risultano, in principio, tenute ad applicare la sanzione pecuniaria, potendo scegliere se e come reagire alla riscontrata inosservanza. Ancora, altre prescrizioni conferiscono ad alcune autorità la potestà di definire con proprio regolamento la soglia di rilevanza degli illeciti o di valutarne l'offensività individuando preventivamente o apprezzando, volta per volta, in quali casi la violazione non espone a sanzione.

L'esame dei testi unici economici, come novellati nel 2015, nel delegare, in vario modo, le autorità di vigilanza alla ponderazione dell'offensività dell'inosservanza del precetto sostanziale, rompono quel rapporto di derivazione necessaria, che molti reputano sussistere, tra rilevazione della condotta non conforme e l'applicazione della sanzione se non si riscontrano le cause di giustificazione contemplate dalla l. 689/1981, «svelando» appunto la discrezionalità del potere punitivo³⁹.

Il codice delle assicurazioni affida al regolamento Ivass (art. 311-*bis* e 324-*ter* cod. ass.)⁴⁰ l'individuazione delle caratteristiche di rilevanza

³⁹ Capitolo II, par. 5-7.

⁴⁰ Art. 311-*bis*, cod. ass., dispone che «1. Le sanzioni previste dall'articolo 310, comma 1, 310-*bis*, comma 1, e dall'articolo 310-*quater* si applicano quando le infrazioni rivestono carattere rilevante, secondo i criteri definiti dall'Ivass con regolamento tenendo conto dell'incidenza delle condotte sulla tutela degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative sulla complessiva organizzazione e sui profili di rischio aziendale nonché sull'esercizio delle funzioni di vigilanza». Con formula identica il successivo art. 324-*ter* cod. ass. prevede, salvo alcune deroghe, che «1. Le sanzioni previste dagli articoli 324 e 324-*bis* si applicano quando le infrazioni rivestono carattere rilevante,

delle infrazioni cui applicare talune sanzioni contemplate da disposizioni ad ampio spettro.

Ulteriormente, si prevede, se non si riscontra un'infrazione trascurabile, che Ivass, per il caso di violazioni contemplate dagli artt. 324 e 324-*bis* cod. ass., valutate le circostanze concrete, possa disporre, in luogo della sanzione pecuniaria, quella alternativa consistente in un ordine di eliminazione delle infrazioni, eventualmente indicando le misure da adottare e il termine di adempimento (art. 324-*quater* cod. ass.).

Anche Consob, limitatamente ad alcune inosservanze informative, si vede riconoscere la medesima possibilità di non applicare la sanzione pecuniaria se reputa l'infrazione trascurabile (art. 194-*sexies* Tuf) optando, in luogo della sanzione, per l'ordine di pubblicazione di una dichiarazione contenente la violazione riscontrata con l'indicazione del soggetto responsabile.

Sulla stessa linea, infine, si pone la normativa bancaria. Questa, per l'ipotesi di scarsa entità/offensività delle violazioni di talune disposizioni recanti obblighi di condotta generali o specifici (art. 144-*bis*, comma 1, Tub)⁴¹, permette a Banca d'Italia d'optare per l'alternativa dell'ordine di porre fine all'infrazione con indicazione di modalità attuative e termine di adeguamento.

5. *Continua. Incidenza pratica e vocazione conformativa sulla futura attività d'impresa delle determinazioni riconducibili alla funzione sanzionatoria*

Quella peculiare caratteristica regolatoria – che proietta verso il fu-

secondo i criteri definiti dall'Ivass con regolamento tenendo conto dell'incidenza delle condotte sulla tutela degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative e sull'esercizio delle funzioni di vigilanza. 2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica alle violazioni degli articoli 324, comma 3, e 324-*bis*, comma 2».

⁴¹ Facoltà esercitabili in caso di accertamento delle violazioni previste dall'art. 144, comma 1, lett. a, Tub e cioè per: inosservanza degli articoli 18, comma 4, 26, 28, comma 2-*ter*, 34, comma 2, 35, 49, 51, 52, 52-*bis*, 53, 53-*bis*, 53-*ter*, 54, 55, 61 comma 5, 64, commi 2 e 4, 66, 67, 67-*ter*, 68, 69-*quater*, 69-*quinquies*, 69-*octies*, 69-*novies*, 69-*sexiesdecies*, 69-*noviesdecies*, 69-*vicies-semel*, 108, 109, comma 3, 110 in relazione agli art. 26, 52, 61, comma 5, 64, commi 2 e 4, 114-*quinquies*.1, 114-*quinquies*.2, 114-*quinquies*.3, in relazione agli art. 26 e 52, 114-*octies*, 114-*undecies* in relazione agli art. 26 e 52, 114-*duodecies*, 114-*terdecies*, 114-*quaterdecies*, 114-*octiesdecies*, 129, comma 1, 145, comma 3, 146, comma 2, 147, o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie.

turo il potere punitivo di alcune P.A. – che possono ordinare la cessazione dell'infrazione con la prescrizione delle misure correttive, si concilia con quella facoltà riconosciuta da alcune leggi di settore ai soggetti indagati di chiedere di porre fine al procedimento con «l'accettazione di impegni».

Anche quest'ultima ipotesi, che pur presuppone l'istanza del soggetto passivo, credo, ben possa evidenziare la particolarità dinamica della funzione sanzionatoria delle amministrazioni indipendenti e, se si vuole, la sua rilevanza prospettica, non meramente punitiva, e preventiva, cioè intendendola come diretta a sortire effetti ulteriori rispetto alla dissuasione dalla reiterazione dell'illecito contestato o di cui è sospetta l'esistenza.

Quella modalità alternativa di chiusura del procedimento senza sanzione, prevista dalla normativa sulla concorrenza (art. 14-*ter*, l. 287/1990)⁴², è, poi, ripresa da altre leggi relative a segmenti di mercato regolamentato e presidiato da amministrazioni indipendenti (art. 27, comma 7, cod. cons.⁴³; art. 14-*bis*, d. lg. 223/2006⁴⁴; art. 45, comma 3, d. lg. 93/2011⁴⁵; art. 37, comma 2, lett. a, e comma 3, lett. f, d.l. 201/2011⁴⁶).

La conclusione del procedimento senza l'accertamento dell'infrazione, in una prospettiva pratica, si rivela dotata di una capacità conformativa e modificativa dell'attività futura dell'impresa ben più intensa di quella che può derivare dall'ordine di porre fine alla infrazione accompagnato dalla indicazione delle misure eliminatorie/correttive che devono essere adottate. La dinamica procedimentale è, infatti, tale per cui l'indagato – similmente a quanto accade nella definizione degli accordi integrativi del

⁴² Corrispondente all'art. 9 reg. 1/2003/CE. Per quanto concerne il diritto interno si veda la comunicazione concernente la procedura d'applicazione dell'art. 14-*bis*, l. 287/1990, adottata con delibera n. 238636 del 6 settembre 2012, in *www.agcm.it*.

⁴³ Attuato con l'art. 9 «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore», approvato con delibera n. 25411 dell'1° aprile 2015, in *www.agcm.it*.

⁴⁴ In punto di rilevanza degli impegni nei procedimenti sanzionatori avviati nei confronti degli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche, si veda la delibera n. 130/08/CONS del 12 marzo 2008, modificativa del regolamento sui procedimenti punitivi e del regolamento in materia di impegni approvato con delibera 645/06/CONS, in *www.agicom.it*.

⁴⁵ Per i cui termini di rilevanza si rinvia al regolamento sui procedimenti sanzionatori degli operatori nel settore dei servizi a rete, come modificato dalla delibera n. 388/2017/E/COM dell'1 giugno 2017, in *www.avera.it*.

⁴⁶ In punto di impegni assunti nei confronti dell'autorità dei trasporti, si rinvia al regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori approvato con delibera n. 57/2015 del 22 luglio 2015, in *www.autorità-trasporti.it*.

procedimento (art. 11, comma 1, l. 241/1990) – offre qualche cosa in più rispetto al minimo teorico necessario per fugare i dubbi della scorrettezza. Infatti, per orientare a suo favore la valutazione discrezionale della P.A., e sottrarsi al rischio di un rigetto, formula proposte contenenti ipotesi di «misure correttive» ampiamente superiori a quanto emerge dagli atti di avvio del procedimento sanzionatorio per evitare che l'autorità concluda in termini di una loro manifesta insufficienza e prosegua lungo il percorso ordinario.

L'amministrazione procedente, se non reputa la proposta manifestamente insufficiente, avvia una diversa istruttoria tendente a raccogliere gli elementi utili al fine di valutare l'idoneità di quanto prospettato a soddisfare gli interessi affidati alle sue cure ed, in caso positivo, definisce il procedimento con un provvedimento che rende obbligatori gli impegni in precedenza esaminati. Nella sostanza, dunque, l'adempimento che deriva dall'atto finale, che rende obbligatori gli impegni, solo formalmente è definito dall'iniziativa del «debitore» poiché è nella sostanza il risultato di una «contrattazione» in posizione asimmetrica tra il primo e l'autorità.

Come è stato rilevato per Agcm – ma generalizzabile per ogni altra autorità di vigilanza – quel modo di agire, pur su impulso privato, assume una sostanziale «caratura regolatoria» se considerato nel suo insieme⁴⁷. Anzi si può dire che è proprio la considerazione d'insieme delle decisioni di conclusione dei procedimenti con impegni di ciascuna singola autorità, risultato dell'osservanza di indicazioni e criteri omogenei alla base delle soluzioni peculiari, che conferma l'originalità della loro azione punitiva per non sostanzarsi in reazioni isolate a singole infrazioni atomisticamente considerate ma per inserirsi in un piano complessivo, con obiettivi più ampi della semplice riaffermazione della legalità violata nel singolo caso.

Se non mi inganno, la caratura regolatoria dell'azione delle autorità di vigilanza ben può essere rappresentata dal modo con cui, non solo Agcm intende la sua funzione. Infatti, l'Autorità garante per la concor-

⁴⁷ Così, F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, 2015, in *www.giustamm.it*, secondo il quale l'operato di Agcm ha acquisito un'inevitabile «caratura regolatoria», finendo con fissare regole di comportamento che incidono in un determinato ambito di mercato, mirando ad individuare i comportamenti ripetitivi potenzialmente dannosi per i consumatori, al fine di orientare e conformare in maniera diversa le scelte imprenditoriali di settore.

renza – nel presidiare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette – s'è progressivamente disinteressata degli episodi aventi rilevanza individuale – cioè delle infrazioni a danno di uno od ad una ristretta cerchia di consumatori – dichiarando di volersi concentrare sulle pratiche potenzialmente in grado d'aver effetti ad ampio raggio, privilegiando la funzione generale di prevenzione, mirando a correggere – sostanzialmente – le disfunzioni che derivano, in tesi, dall'inadeguatezza dell'organizzazione dell'impresa. Dunque, l'azione amministrativa non è finalizzata di per sé a combattere la singola violazione ma mira alla realizzazione d'un disegno di mercato tramite la definizione di linee di condotta ottimali che vengono precisate in occasione del caso peculiare.

Ed è da sottolineare, ancora, come quelle determinazioni regolatorie, derivando dall'accettazione degli impegni, risultano non solo ben più stringenti per il privato ma anche ben più stabili di quelle adottate per esclusiva scelta dell'autorità. Infatti, poiché il provvedimento finale è il risultato dell'adesione ad una proposta del privato lo si reputa non impugnabile e, dunque, sostanzialmente «non rivedibile». Il proponente non lo può, invero, contestare per un suo eventuale eccesso né può imputare all'autorità di non aver rilevato la sua «sovrabbondanza». Tanto perché la proposta sorge da una scelta tendenzialmente libera dell'istante e perché si reputa che l'autorità sia tenuta unicamente a valutare l'offerta nel suo insieme, e nella sua capacità di fugare i dubbi e preoccupazioni iniziali, a prescindere dal fatto che in questa siano presi in considerazione effetti od incluse misure che, per l'operare del principio di proporzionalità, mai avrebbero potuto essere oggetto di imposizione in sede sanzionatoria⁴⁸.

6. *Indici normativi di rilevanza civilistica delle determinazioni amministrative punitive*

La peculiarità delle funzioni delle autorità amministrative indipendenti e, dunque, anche della loro potestà sanzionatoria, può ricavarsi da alcuni indici normativi che attribuiscono un particolare rilievo ai loro apprezzamenti e valutazioni. Disposizioni, quindi, che costituiscono elementi di emersione speciale di quella multiforme capacità di generaliz-

⁴⁸ Corte giust., 29 giugno 2011, C. 441/07, in www.europa.eu.

zata persuasione che trova fondamento nelle loro caratteristiche organizzative, nella loro preposizione ad un peculiare segmento sofisticato di mercato e nella loro specializzazione⁴⁹. Disposizioni che sembrano volere impiegare quella loro *expertise* per risolvere in modo più agile questioni e problemi che altrimenti il giudice risolverebbe anche grazie al confronto, in contraddittorio, delle parti.

La disciplina delle azioni collettive risarcitorie prevede che il tribunale possa differire la valutazione di ammissibilità della causa – sospendendo il processo – «quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un’istruttoria davanti ad un’autorità amministrativa indipendente ovvero un giudizio avanti al giudice amministrativo» (art. 140-*bis*, comma 6, d.lg. 206/2005). All’evidenza si attribuisce rilievo espresso alla decisione amministrativa definitiva, considerata per la sua provenienza fonte qualificata di convincimento⁵⁰.

La presenza di una speciale causa di arresto della dinamica processuale – per consentire al magistrato di avvalersi di quelle determinazioni dell’amministrazione – costituisce, ragionevolmente, un indicatore della fiducia in esse riposta dal legislatore che giunge a sacrificare la celerità dell’azione giudiziale. Infatti, pur di consentirne l’utilizzo, ammette che il magistrato si determini nell’attendere non solo la chiusura del procedimento amministrativo ma anche l’esito ultimo delle impugnazioni che possono durare alcuni anni.

La normativa sull’azione risarcitoria dei danni da violazione delle regole della concorrenza si spinge oltre poiché non si limita ad attribuire al giudice una facoltà ma eleva il contenuto dei provvedimenti amministrativi a «fattore di condizionamento decisionale». Nelle cause tese ad eliminare gli effetti delle condotte «anticompetitive» la legge pone un vincolo rigoroso alla valutazione del giudice per quanto concerne la trasgressione dei relativi precetti, disponendo (art. 7, comma 1, d.lg. 3/2017) che si considera «definitivamente accertata ai fini dell’azione per il risarcimento del danno, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del

⁴⁹ Cfr. A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle autorità amministrative indipendenti*, 2017, in www.federalismi.it.

⁵⁰ Per un caso d’applicazione pratica si segnala, Trib. Venezia, 25 maggio 2017, in www.ilcaso.it, che ai fini dell’ammissibilità d’un’azione collettiva contro un produttore d’auto, muove dall’accertamento – compiuto da Agcm – dell’esistenza d’una pratica commerciale scorretta del primo che pubblicizzava come veicoli minimamente inquinanti motori che era emerso non avessero tali caratteristiche.

mercato di cui all'articolo 10, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato».

Per semplificare la decisione della causa, per evitare il contrasto tra risultato dell'azione amministrativa e civile, in una prospettiva d'agevolazione della parte debole, si prevede che dal provvedimento amministrativo inoppugnabile si traggano direttamente gli elementi di giudizio relativamente alla «natura della violazione» ed alla «sua portata materiale e temporale»⁵¹.

L'idea europea dell'esistenza di una strettissima sinergia/connesione tra azione anticoncorrenziale pubblica (amministrativa) e privata (giurisdizionale) conduce ad attribuire il massimo rilievo alla determinazione della P.A. in quanto strumento complementare e imprescindibile per garantire una tutela effettiva del diritto della concorrenza. La specifica normativa europea e le pronunzie del giudice del Lussemburgo, da cui «deriva» la disciplina italiana, offrono ulteriori argomenti per sostenere la peculiarità regolatoria dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza ed, in una prospettiva quanto meno materiale, delle altre amministrazioni indipendenti.

La Corte di giustizia da tempo afferma che il diritto della concorrenza ha una rilevanza che trascende i rapporti tra imprese e le autorità di vigilanza regolando anche quelli correnti tra le prime ed i consumatori finali. Questi, quindi, sono, non solo legittimati a partecipare ai procedimenti d'accertamento avviati dalle amministrazioni, ma possono anche direttamente reagire alla violazione della pertinente normativa sostanziale traendo beneficio dalla statuizione amministrativa tanto più che la loro domanda, tesa al ristoro del danno derivante dal diritto violato, costituisce un apporto imprescindibile ai fini della garanzia di effettiva

⁵¹ Per una riflessione critica su tale soluzione si veda, P. FABIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionale dopo il «decreto enforcement»* (d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3), in *Analisi giur. dell'ec.*, 2017, p. 367 ss. La scelta legislativa, per quanto salutata con favore dall'opinione pubblica, peraltro, non ha mancato di sollevare dubbi sulla sua legittimità. La più attenta dottrina, infatti, ha rilevato come la soluzione potrebbe violare il diritto di difesa dell'impresa per non esserle garantito, nella pratica, sia a livello amministrativo che giurisdizionale, un pieno contraddittorio con l'autorità procedente. In tal senso di veda F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Critiche sull'art. 7, comma 1, d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA, Persona e Amministrazione*, 2018, p. 199 ss.

osservanza della disciplina *antitrust*⁵². Infatti, l'insieme delle iniziative processuali dei singoli dà luogo ad una forma di controllo diffuso, concorrente con quello pubblicistico, ancorché svolto innanzi al giudice civile⁵³.

Il diritto UE della concorrenza (reg. 1/2003/CE del 16 dicembre 2002), peraltro, da tempo riconosce la coesistenzialità di iniziativa pubblica e privata e, quindi, per garantire una loro coerenza, pone delle indicazioni per il loro coordinamento⁵⁴. A mente della fonte europea il giudice non può trascurare le decisioni dell'amministrazione competente poiché proprio investito di un ruolo definito «complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza» (settimo considerando); pur rette da diversi principi procedurali, l'azione pubblica e l'azione privata – l'una tesa alla tutela di un interesse generale, l'altra a quello particolare del singolo – infatti, non si situano su piani separati e non comunicanti – perché dirette a realizzare, con diverse prospettive, l'obiettivo del rispetto sostanziale del diritto della concorrenza⁵⁵.

Chiarita la complementarietà tra le due sfere d'azione, il regolamento pone un obbligo di coerenza delle decisioni dei giudici rispetto a quelle dell'amministrazione europea (art. 16, reg. 1/2002/CE). Si prescrive, infatti, che quando i primi sono chiamati ad esprimersi su fatti già conosciuti e valutati con propri provvedimenti dall'autorità *antitrust* «non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione»⁵⁶.

⁵² Cort. giust., 12 settembre 2001, G-453/1999, in *Foro it.*, 2002, VI, c. 84; Cort. giust., 13 luglio 2006, C-295/04, in *Danno e resp.*, 2007, p. 43.

⁵³ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 455-456.

⁵⁴ R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno*, in *Società*, 2014, p. 784.

⁵⁵ Cfr. Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *De Jure*, secondo cui dalla disciplina europea si ricaverebbe una forma di sinergia tra i due piani d'azione. In particolare, per la Corte regolatrice «(...) le due tutele sono tra loro complementari, come in ambito comunitario non ha mancato di sottolineare il reg. 1/2003/CE (nel considerando 7), affermando che le giurisdizioni nazionali svolgono un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità *antitrust* nazionali e della stessa Commissione. La sinergia delle due tutele, infatti, accresce l'efficacia complessiva della normativa *antitrust*. Inoltre, il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento del Garante nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di una unitaria finalità».

⁵⁶ Per alcuni, M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 434, il regolamento prevede un vincolo «forte»

Ulteriormente, lo stesso documento normativo impone al giudice nazionale di evitare di assumere decisioni in contrasto con quelle che potrebbero definire un procedimento amministrativo già avviato e non concluso, valutando l'opportunità di disporre la sospensione del processo in attesa dell'esito finale dell'attività dell'autorità⁵⁷.

In modo ancora più deciso, si muove una recente direttiva europea (art. 9, dir. 2004/104/UE)⁵⁸ che impone agli Stati membri di adottare misure processuali tali da garantire che la decisione definitiva di un'autorità della concorrenza – anche relativa all'applicazione del diritto *antitrust* interno – sia considerata atto di accertamento dell'illecito nel giudizio civile da chiunque instaurato per ottenere il risarcimento del danno cagionatogli direttamente od indirettamente⁵⁹.

per il giudice, chiamato a pronunciarsi sulle domande dei privati, sia rispetto all'accertamento dei fatti che alla qualificazione giuridica dei medesimi. Conseguentemente «(...) se la Commissione ha accertato l'esistenza d'un'intesa o di un abuso di posizione dominante, il giudice non potrà automaticamente rifare l'istruttoria sui fatti già accertati dalla Commissione né giungere ad una qualificazione giuridica diversa».

⁵⁷ Coordinamento che, peraltro, dovrebbe essere agevolato da una collaborazione «strutturale» tra amministrazione ed autorità giudiziaria. L'art. 15, par. 1, prevede che i giudici nazionali possono richiedere all'autorità garante europea la trasmissione di informazioni, pareri «in merito a questioni relative all'applicazione delle regole della concorrenza comunitarie». Il successivo par. 3 ammette l'autorità europea a presentare, d'ufficio, osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali «in merito a questioni relative all'applicazione dell'art. 81 o dell'art. 82 del trattato». Ulteriormente, nello stesso paragrafo si contempla, per consentire un'adeguata predisposizione del contributo dell'amministrazione che «le autorità garanti degli Stati membri e la Commissione possono chiedere alla competente giurisdizione dello Stato membro di trasmettere o garantire che vengano trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso trattato».

⁵⁸ Dir. 2014/104/UE del parlamento e del consiglio del 26 novembre 2014, «*relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per la violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*». Per una prima analisi si vedano, G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1153 ss.; S. VICRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1153 ss.

⁵⁹ Tra i primi commentatori non sono mancate letture riduttive della disposizione dirette a limitare la compressione della libertà d'apprezzamento del giudice. In tal senso si veda la proposta interpretativa di chi – S. VICRE, *op. cit.*, par. 14 – reputa che l'art. 9, dir. 2014/104/UE possa essere letto come disposizione che abilita il magistrato a trarre dal provvedimento dell'autorità «una prova inconfutabile di un fatto antiggiuridico secondo le regole pubblicistiche di settore che ha l'effetto di produrre nel processo una

7. *L'impiego «nella pratica» dei provvedimenti come strumento valutativo di condotte e come mezzo di semplificazione dell'onere probatorio a carico di chi fa valere le proprie pretese in un giudizio civile*

La peculiarità della funzione punitiva delle autorità indipendenti ed, in specie, di quelle dei mercati finanziari, può essere ulteriormente rappresentata ricordando come la valorizzazione delle loro determinazioni sanzionatorie (di censura) è una tendenza diffusa in ogni settore regolato, anche a prescindere da indicazioni normative espresse, come evidenza proprio il diritto della concorrenza. Ben prima del recepimento della dir. 2014/104/UE la giurisprudenza era orientata ad attribuire un valore rilevantissimo – se non insuperabile – all'accertamento amministrativo definitivo di Agcm⁶⁰. In particolare, il giudice della nomofilachia s'era spinto in due discutibili direzioni.

Seguendo una prima direttrice, la Cassazione aveva attribuito alle decisioni d'Agcm il rango di fonte di prova indiziaria di natura «rinforzata». Le presunzioni ritraibili dal provvedimento sanzionatorio e dalle valutazioni di disvalore della condotta dell'impresa furono ritenute non agevolmente superabili, ricavandosi il fatto ignoto della responsabilità civilistica da un fatto noto, considerato «prova privilegiata» per attenersi a materia complessa e per essere l'atto il prodotto d'una P.A. altamente specializzata⁶¹. Dunque, dal provvedimento sarebbe stato inferibile un elemento che avrebbe avuto una stabilità superiore alla presunzione semplice – superabile con una critica in punto di logica/attendibilità – perché l'inversione sarebbe stata subordinata all'allegazione o produzione di «contro elementi» particolarmente attendibili.

Seguendo una seconda direttrice, la Corte regolatrice aveva ritenuto superabili le presunzioni tratte dal provvedimento amministrativo solo in caso di produzione di nuove prove od alla deduzione di circostanze diverse da quelle «(...) che l'Agcm ha tenuto presente nel formulare il

relevatio dall'onere probandi». Più di recente riconduce il provvedimento dell'autorità ad elemento della fattispecie acquisitiva del diritto al risarcimento del danno da violazione della concorrenza, G. COSTANTINO, *Note su authorities e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 36.

⁶⁰ Per una serrata e condivisibile critica all'impostazione giurisprudenziale antecedente al recepimento della dir. 2014/104/UE è d'obbligo il rinvio a A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust*, in *Mercato regole conc.*, 2013, p. 433 ss.

⁶¹ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *De Jure*.

suo giudizio e che ha ritenuto irrilevanti» al fine di escludere l'illecito anticoncorrenziale⁶². La partecipazione al procedimento, quindi, avrebbe «consumato» l'argomento difensivo, impedendo a chi fu indagato di reimpiegarlo per contestare l'attendibilità di quanto evincibile, in via critica, dal provvedimento sanzionatorio.

In ogni caso, l'attendibilità «semiassoluta» della valutazione di Agcm consentiva al privato d'ottenere la condanna al risarcimento del danno dell'impresa sanzionata con la semplice produzione del provvedimento sanzionatorio e del contratto che si assumeva condizionato negativamente dall'intesa anticoncorrenziale svelata in sede amministrativa. L'ultimo documento individuava la lesione per cui veniva avanzata la pretesa risarcitoria mentre il primo tutto il resto, attestando la violazione della regola di condotta, la colpevolezza ed anche il danno che in forza del contratto era imputato alla convenuta nonché effetto dell'intesa anticoncorrenziale vietata.

Come anticipato, le determinazioni amministrative afflittive e le valutazioni in esse contenute, così come gli atti istruttori svolti a monte nel procedimento d'accertamento, sono tenuti nella massima considerazione per la loro qualificata provenienza, anche in altri settori ove non si rinvergono elementi normativi espressi⁶³. Tanto si rileva nelle contro-

⁶² Cass., 16 gennaio 2013, n. 5327, in *De Jure*; Cass., 10 maggio 2011, n. 20212, in *De Jure*.

⁶³ La segnalata impostazione giurisprudenziale è stata, peraltro, salutata con favore da chi si è occupato delle pronunzie che riconoscevano una rilevanza, comunque, «qualificata» ai fini dell'affermazione della responsabilità degli amministratori di banche, agli accertamenti svolti dalla competente autorità di vigilanza. I nostri giudici, secondo alcuni – A. GALANTI, *Sul valore probatorio del rapporto ispettivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 66 ss. – seguendo una «logica di buon senso», valorizzando la peculiare esperienza e competenza tecnica di Banca d'Italia, da tempo, sarebbero inclini a riconoscere valore di prova privilegiata, tendenzialmente, ad ogni dato contenuto nei suoi rapporti ispettivi. La terzietà e l'alta specializzazione dell'autorità indurrebbero il magistrato a riconoscere un rilievo speciale a quanto risultante dalla verbalizzazione anche quando questa non abbia un contenuto descrittivo di quanto rilevato dal pubblico ufficiale ma contenga valutazioni od apprezzamenti degli ispettori. Cioè rispetto a qualificazioni od apprezzamenti che implicano il compimento di un giudizio di valore, unilateralmente espresso senza che sia consentito un confronto con chi può essere inciso dalle conseguenze degli eventuali apprezzamenti negativi. La più attenta dottrina – M. PASSALACQUA, *Le ispezioni economiche*, Padova, 2005, p. 241 ss. – da tempo ha richiamato tale criticità, sottolineando come la peculiare complessità delle indagini ispettive delle amministrazioni indipendenti, così come la successiva formulazione delle risultanze ispettive, imporrebbero di garantire al soggetto passivo dell'indagine un effettivo con-

versie in cui era in discussione la responsabilità d'amministratori di imprese bancarie od assicurative. In quelle, infatti, le valutazioni delle autorità di vigilanza poste a base di provvedimenti sanzionatori (indifferentemente a carico di persone od imprese) sono state, con continuità, utilmente spese come elementi indicativi di una trascuratezza del componente dell'organo amministrativo della società; se si vuole, come se contenessero una sorta di «preaccertamento» dell'inosservanza dei doveri specifici dell'ufficio – presupposti dall'assunzione d'una carica che richiede altissima professionalità. La produzione dell'atto punitivo – con la valorizzazione della sua motivazione – è stata impiegata come strumento di “attestazione” dell'inadempimento all'obbligo – anche degli amministratori privi di deleghe – di concorrere alla definizione di un appropriato assetto organizzativo e di controllo interno e di non essersi adeguatamente interessati alla conduzione dell'impresa sociale⁶⁴.

La semplificazione probatoria derivante dall'impiego nel contenzioso civile delle determinazioni punitive delle autorità di vigilanza risulta particolarmente elevata quando la richiesta risarcitoria si basa sull'inosservanza di precetti privi di carattere specifico o determinato⁶⁵. L'accreditata valutazione negativa svolta dalle P.A. di settore – per la loro com-

traddittorio proprio perché la relazione finale non si limita a dar conto dello svolgimento di una mera attività di riscontro materiale o descrizione di fatti semplici. Si tratta di una garanzia che, a prescindere dalla natura procedimentale dell'attività ispettiva, dovrebbe essere assicurata solo in considerazione del fatto che una risalente giurisprudenza attribuisce ai contenuti del documento non coperti da fede privilegiata, comunque, una forte o particolare attendibilità. Affrontando la rilevanza delle valutazioni contenute nei verbali d'un ente previdenziale, la Corte regolatrice – Cass., Sez. un., 3 febbraio 1996, n. 916, in *De Jure* – ha ritenuto che le altre indicazioni e valutazioni, per la loro provenienza da una P.A., abbiano una particolare attendibilità superabile solo con «specifica» prova contraria.

⁶⁴ Cass., 27 aprile 2011, n. 9348, in *De Jure*, ove, ai fini dell'affermazione della responsabilità degli amministratori di una società assicurativa, viene valorizzato il provvedimento sanzionatorio dell'autorità di settore relativo alla contestazione dell'esercizio di attività non consentita pur a fronte di un dubbio interpretativo, oggetto di chiarimento da parte della medesima P.A. Ulteriormente, per la valorizzazione della rilevanza di fatti «addebitati alla società contenuti in un rapporto Isvap» ai fini della giusta causa di revoca dell'amministratore si veda, Cass., 14 maggio 2012, n. 7425, in *De Jure*.

⁶⁵ Caratteristica tipica della normativa bancaria formulata tramite disposizioni di principio oggetto di precisazione da parte di altre di natura subprimaria, a loro volta di principio, che pongono obiettivi senza indicare a quali parametri o comportamenti l'amministratore si deve attenere per andare esente da responsabilità, come rilevato da S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016, p. 135 ss. e p. 139.

petenza specialistica, imparzialità ed assunta capacità d'orientamento interpretativo – consente di ricavare dal contenuto dei provvedimenti tutti gli elementi di colpevolezza intesa come negligenza / imperizia nel rispetto della normativa specifica e, quindi, del venir meno degli amministratori al dovere di osservare la legge (art. 2392, comma 2, cod. civ.), come attuata ed integrata dalla disciplina subprimaria⁶⁶.

L'accertamento che è alla base dell'applicazione della sanzione pecuniaria è, dunque, considerato quale indicativo della violazione dei limiti posti a quel potere di scelta «delegato» o «conferito» dalla normativa agli organi di gestione della società e che dovrebbe essere imbrigliato da disposizioni formulate tramite precetti a contenuto giuridico indeterminato per essere espressi tramite l'indicazione di *standard* o principi.

La parte valutativa del provvedimento punitivo, quando è «impiegata» ai fini processuali, dunque, agevola l'onere dell'attore alla precisa allegazione dei fatti attinenti alla condotta del convenuto perché è apprezzata per la sua «presunta» capacità d'indicare il momento in cui chi ha condotto l'impresa ha superato – anche per colpa omissiva – quei mobili limiti che vorrebbero garantire un equilibrato temperamento tra la libertà e la tutela degli interessi pubblici⁶⁷. In altri termini, la scelta organizzativa od imprenditoriale – anche se non compressa da precisi vincoli normativi – pur se non limitata da regole di condotta che impongono comportamenti specifici – diviene di per sé censurabile in quanto oggetto di disapprovazione da parte della P.A. che si è determinata nel senso indicato dopo aver individuato una carenza.

La decisione amministrativa punitiva – rimanendo in ambito bancario, prototipo della disciplina finanziaria – attesta che i convenuti hanno errato, violando quel principio di proporzionalità che deve guidare le loro doverose scelte di definizione d'adeguati sistemi organizzativi – o di «solidi dispositivi e processi e meccanismi di governo societari» (2° considerando, reg. 124/2013/UE). Gli esponenti aziendali, poiché colpevoli, devono, in altri termini, pagare perché non hanno realizzato degli assetti organizzativi e di governo societario idonei a garantire la piena tutela degli «interessi dell'impresa» e ad «assicurare condizioni di sana

⁶⁶ Che appare normalmente disattesa perché il soggetto non riesce mai a raggiungere quella sempre più elevata soglia mobile – S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 136 – che si rivela così praticamente insuperabile anche perché *a priori* non conoscibile.

⁶⁷ Cfr. C. BARBAGALLO, *I doveri e le responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, 2014, pp. 14-16, in www.bancaditalia.it.

e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza»⁶⁸. Poiché gli interessi della società sono soddisfatti tramite l'appagamento dei secondi, conseguentemente, dalla violazione degli ultimi si ricava una lesione dei primi con tutto ciò che ne consegue in termini di soccombenza. Ed il tutto, è da sottolineare, benché di consueto le determinazioni sanzionatorie sono sorrette da una motivazione che non spiega le ragioni della valutazione amministrativa negativa, limitandosi a contrapporre alla soluzione organizzativa dell'impresa uno o più dati negativi indicati negli atti di contestazione degli addebiti come significativi dell'insufficienza e quindi delle responsabilità.

La determinazione sanzionatoria, poi, rileva su d'un altro piano. Individuata la negligenza da quella si reputa potersi desumere anche l'elemento ulteriore del nesso di causalità tra la stessa ed il fatto dannoso. L'omissione di cautele in astratto idonee ad impedire il fatto consente di ritenere quest'ultimo conseguenza della negligenza che ha impedito di apprestare sistemi di prevenzione dell'evenienza patrimoniale o reputazionale negativa. Così la censura in termini di insufficienza /non adeguatezza dei processi di valutazione del merito creditizio – evidenziando una violazione del dovere di apprestare un adeguato sistema di controllo, consente di rendere imputabile, in via presuntiva, agli amministratori, sotto il profilo causale, il danno da scorretto affidamento⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. tit. IV – cap. 1, sez. I, par. 1, della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (*Disposizioni di vigilanza sulle banche* – versione aggiornata al 4 dicembre 2019), in www.bancaditalia.it.

⁶⁹ Cfr. Trib. Catania, 5 febbraio 2016, n. 1835, in www.dirittofallimentaresocietà.it. Se si scorrono le relazioni informative all'assemblea dei soci, convocata per deliberare le azioni di responsabilità, si può, dunque, individuare una sorta di minimo comun denominatore, o struttura obbligata, che può essere così sintetizzata: 1) contestazione agli esponenti aziendali di rilievi emersi in esito a verifiche ispettive dell'autorità di vigilanza; 2) applicazione di sanzioni amministrative previo riscontro della imputabilità agli indagati delle criticità riscontrate in sede verifica amministrativa; 3) evidenziazione del giudizio negativo dell'autorità in punto di mancato rispetto della normativa prudenziale e di omessa od insufficiente predisposizione da parte degli amministratori di adeguati controlli interni o regole procedurali in adempimento alle prescrizioni della normativa settoriale; 4) il carente assetto dei controlli costituisce inadempimento all'obbligo civilistico a carico dei componenti degli organi gestori di garantire la persistenza di un adeguato sistema organizzativo e, dunque, fonte di una loro responsabilità, quanto meno omisiva; 5) inclusione nell'area del danno di tutti i crediti in sofferenza perché derivanti da processi di valutazione del rischio carenti.

L'attendibilità probatoria delle determinazioni delle autorità di vigilanza, peraltro, non pare scalfita, in principio, dalla tendenza della giurisprudenza a distinguere il valore

La «cementificazione» del giudizio negativo risulta poi confermata dall'attribuzione di incontestabilità ai rilievi contenuti nell'eventuale verbale ispettivo dell'autorità di vigilanza, spesso elevato a dorsale sia dell'accertamento che della motivazione, stante la tendenza del giudice dell'opposizione al riconoscimento, ad ogni sua parte, di una valenza dimostrativa privilegiata quando non v'è spazio per riconoscergli la natura di fonte legale di prova⁷⁰.

delle diverse parti dei verbali ispettivi. Ragionevolmente, infatti, la loro particolare «attendibilità» non è scalfita dalla considerazione per cui «gli accertamenti ispettivi (...) fanno piena prova ex art. 2700 c.c., fino a querela di falso, con riguardo ai fatti attestati dal pubblico ufficiale nella relazione ispettiva come avvenuta in sua presenza o da lui compiuti o conosciuti senza alcun margine di apprezzamento, nonché con riguardo (...) alle dichiarazioni delle parti» ma non si estende gli «apprezzamenti ed alle valutazioni ivi contenute né ai fatti di cui i pubblici ufficiali hanno avuto notizia da altre persone, ovvero ai fatti che si assume veri in virtù di presunzioni o personali considerazioni logiche» e dunque quest'ultime – tra cui le valutazioni ed ipotesi conclusive «costituiscono elementi di convincimento con i quali il giudice deve confrontarsi criticamente e tuttavia, sebbene provengano da una fonte autorevole, non possono essere recepite in modo aprioristico e possono essere contraddette con gli strumenti istruttori adeguati, quale è, ad esempio, la c.t.u. svolta nel contraddittorio tra le parti» (Cass., 30 maggio 2018, n. 13679, in www.dirittobancario.it).

In realtà, però, la valutazione critica da parte del giudice risulta essere una ipotesi meramente teorica, tanto più quando oggetto di discussione sono questioni assolutamente complesse come evidenzia una recente decisione della Corte regolatrice relativa all'accertamento delle condizioni integranti lo stato di insolvenza di una banca, Cass., 11 giugno 2020, n. 11267, par. 5 di motivazione, in *De Jure*, pur riconoscendo che le valutazioni di Banca d'Italia debbono essere sottoposte ad «analisi critica sulla scorta delle risultanze processuali e della conseguenza logica delle valutazioni espresse» non esclude che quelle, pur non coperte da fede privilegiata, non abbiano peculiare valenza dimostrativa. Infatti nulla impedisce che quegli «atti proprio a causa della loro origine e per le finalità perseguite dalla legge di fornire, attraverso l'intervento delle autorità di controllo e l'opera dei commissari, ogni più ampio elemento di valutazione sulle condizioni in cui versa l'istituto di credito – costituiscono una legittima fonte di formazione in merito all'accertamento dei fatti di causa in senso stretto, che, ove non sia validamente contraddetta, ben può concorrere alla formazione del convincimento del giudice di merito. Ed il valore probatorio attribuibile a questa legittima fonte di informazione fa sì che il giudice, se può ammettere le prove che le altre parti deducono per contrastare le risultanze di detta relazione, non sia però tenuto ad acquisire d'ufficio per controllare la rispondenza al vero degli elementi di valutazione offerti dall'autorità di vigilanza e dai commissari». Per un esame critico dell'impostazione giurisprudenziale si veda Capitolo V, par. 6.

⁷⁰ S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in AA.VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, pp. 4-5.

8. *Aspetti problematici. Il contrasto tra teoria e prassi. Tendenze divergenti*

A conclusione d'una rassegna dei tratti peculiari della potestà punitiva delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari si deve segnalare la sussistenza di altri aspetti che giustificano la concentrazione dell'indagine sulla funzione «repressiva» d'un ristretto numero di amministrazioni indipendenti. Quella prerogativa, quando è esercitata in settori delicati e complessi, in veloce evoluzione, oggetto di una regolazione multilivello, ed altamente tecnica tende ad esasperare quelle criticità che sono coesenziali ad ogni regolazione amministrativa di attività economiche, ed in specie, quando ogni fatto non può essere disciplinato da una disposizione normativa precisa. L'esercizio della funzione punitiva si misura con il principio di legalità e determinatezza del precetto ed a monte presuppone una considerazione di tecnica legislativa in punto di formulazione delle regole dei vari segmenti del mercato finanziario. La scelta per disposizioni indeterminate, formulate tramite rinvio a clausole generali o *standard*, pone in primo piano la questione della conoscibilità preventiva del comando e della tutela dell'affidamento del suo destinatario.

Ulteriormente, ci si deve chiedere sino a che punto sono accettabili – oltre che compatibili con il vigente sistema multilivello (costituzionale ed europeo) – quelle semplificazioni dimostrative, anche in termini di presunzione dell'elemento soggettivo, che vengono tollerate nella pratica giudiziaria in nome dell'asserita prevalenza dell'interesse della P.A. al contrasto dell'illegalità⁷¹.

Ancora, ci si deve interrogare su quali caratteristiche dovrebbe avere un procedimento che – come si è evidenziato – non è destinato a produrre una determinazione finale che ha una rilevanza in sé, ma a più ampio raggio; in particolare, sino a che punto si deve dar seguito a quelle indicazioni che spingono per un sensibile irrobustimento del diritto al contraddittorio ampliando le prerogative difensive del soggetto passivo e, nel contempo, comprimendo la libertà dell'autorità nella conduzione dell'istruttoria?

Non ultima, ma necessariamente conseguente, si impone una rifles-

⁷¹ Tra le tante pronunzie occasionate da impugnazioni di sanzioni Consob, si esprimono nel senso indicato, Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, *cit.* e Cass., 20 gennaio 2014, n. 1065, in *De Jure*.

sione sui principi che devono orientare la decisione delle autorità e che, poi, necessariamente, orientano la successiva revisione giudiziale che – essendo estesa al merito – dovrebbe condurre all’eventuale sostituzione della decisione del giudice a quella, in tutto o in parte, scorretta della P.A.

In fine, un momento d’attenzione dovrebbe essere dedicato agli strumenti di revisione giudiziaria e, dunque, al processo che può derivare dall’impugnazione della sanzione.

L’interesse per il tema, in tutte le sue evidenziate componenti, ancora, risulta accresciuto non solo dal progressivo incremento dell’attività sanzionatoria ma anche dal contrasto frontale ed assoluto tra dottrina e giurisprudenza che, pur in diversa prospettiva, si sono occupate dell’azione sanzionatoria delle autorità di vigilanza e del regime della contestazione degli atti applicativi.

A fronte dell’apertura degli studiosi verso letture evolutive e contestualizzate dell’attività sanzionatoria⁷², collocata in un contesto allargato di funzioni di regolazione, si contrappone una lettura del giudice ordinario assolutamente chiusa e restrittiva. Questa, infatti, da un lato, confina l’attività punitiva al ruolo di mera funzione reattiva, dall’altro, esclude che alla base di quella possa rinvenirsi alcun margine per una comparazione d’interessi riducendosi tutto e sempre ad una attività vincolata, cui si accompagna una assoluta svalutazione della dinamica procedimentale intesa come una sorta di «parentesi» in cui il privato gode d’una tutela limitata, in attesa della successiva revisione giudiziale, cui si ritiene rinviabile ogni prerogativa difensiva.

L’atteggiamento di chiusura della giurisprudenza ordinaria – cui risulta riservata la cognizione dei provvedimenti di Banca d’Italia e Consob – appare, peraltro, più incomprensibile se confrontata con la diversa impostazione del giudice amministrativo cui spetta la giurisdizione sulle determinazioni punitive delle altre autorità di vigilanza e su quelle di alcuni enti che sono succeduti alle prime nello svolgimento di talune attività di controllo sulle condotte dei soggetti operanti nel settore creditizio⁷³.

⁷² Su cui si rinvia al Capitolo II, per il «profilo sostanziale» del potere, ed al Capitolo III, per quanto concerne gli aspetti procedimentali.

⁷³ Come quelle di alcuni organismi che sono subentrati in talune funzioni di vigilanza prima spettanti ad alcune autorità di settore su taluni intermediari. Sono soggette al controllo del giudice amministrativo, infatti, le determinazioni dell’ente di cui all’art.

Il giudice speciale, infatti, ha avviato una progressiva riflessione che lo ha portato ad allargare il sindacato sulle determinazioni punitive abbandonando quella lettura conservativa su cui si è arroccato quello ordinario e che pare ormai giustificata unicamente da un'astratta coerenza con massime più risalenti che esprimerebbero una «giurisprudenza consolidata» che non richiederebbe alcun aggiornamento. Una forma di irrigidimento dai tratti grotteschi che, razionalmente, potrebbe spiegarsi con esigenze deflattive e produttivistiche, consentendo al magistrato – nascosto dietro lo schermo del vincolo di nomofilachia (art. 65, comma 1, r.d.12/1942) – d'assolvere agevolmente e meccanicamente il suo obbligo di rendere una sentenza motivata richiamando un principio di diritto enunciato dalla Corte regolatrice.

È, ancora, da segnalare come quell'atteggiamento di chiusura sul potere punitivo e sulla rilevanza del procedimento viene frequentemente giustificato dal giudice ordinario attraverso un percorso di mistificazione e fraintendimento della giurisprudenza amministrativa cui si dovrebbe necessariamente far riferimento quando si riflette e si discute di provvedimenti amministrativi e cioè sul frutto dell'esercizio di poteri amministrativi.

Al di là di quella diversità di visione culturale tra giudice ordinario e giudice amministrativo si deve poi ricordare come a quella segua anche una diversa tutela sia in punto di articolazione del controllo giurisdizionale che di atteggiamento pratico del decidente.

Le determinazioni di Ivass e Covip, o di altra amministrazione indipendente, sono soggette ad un controllo di doppio grado di merito da parte del giudice amministrativo, chiamato a verificare la correttezza sotto ogni aspetto dell'esercizio del potere e, dunque, anche l'immunità dell'atto dai tradizionali vizi e, tra questi, anche l'eccesso di potere. Le decisioni di Banca d'Italia e Consob, invece, sono sottoposte ad un'eventuale revisione da parte della Corte d'appello, che si svolge in unico grado, con un rito sostanzialmente sommario, con tutto ciò che consegue in punto di sviluppo dell'istruttoria⁷⁴.

108-*bis* cod. ass. e di quello chiamato a vigilare su mediatori assicurativi, consorzi fidi ed enti che praticano il c.d. microcredito, art. 145-*bis*, comma 2, Tuf.

⁷⁴ La scelta legislativa di differenziazione in punto di revisione giudiziale risulta peraltro dubbiamente rispettosa del principio di razionalità, E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 153. Infatti, se è vero che il «doppio grado di giurisdizione» a cognizione piena non è garantito dalla Carta fondamentale, non è men vero che lo stesso costituisce un

Alla ragionevole prudenza del giudice amministrativo – aperto al più ampio esame critico della determinazione delle autorità – si contrappone la deferenza del giudice ordinario, chiamato a vagliare la correttezza delle determinazioni di Banca d'Italia e Consob che si traduce in un sostanziale depotenziamento del controllo successivo, che – di fatto – solo per effetto d'un'autoqualificazione può essere considerato di piena giurisdizione⁷⁵.

principio generale dell'ordinamento, la cui deroga deve essere oggettivamente giustificata. Il dubbio, peraltro, appare ancora più consistente se si considera che quella limitazione è una peculiarità del solo controllo giurisdizionale delle sanzioni pecuniarie di Banca d'Italia e Consob. Infatti, ciò che viene negato a chi è punito gravemente per condotte non rigorosamente predeterminate, viene pacificamente concesso a chi è stato sanzionato con pene bagatellari per aver infranto precetti definiti; infatti, il nostro legislatore, con il d.lg. 150/2011, ha esteso alle sanzioni di cui alla l. 689/1981, la revisione di doppio grado a cognizione piena da svolgersi con il rito del lavoro.

⁷⁵ S. AMOROSINO, *Effettività della tutela*, cit., pp. 18-19.

CAPITOLO II

Il problema della natura del potere punitivo delle autorità amministrative indipendenti

SOMMARIO: 1. Il problema. I dubbi in merito alla natura giuridica del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti. – 2. L'oscillazione tra natura discrezionale o vincolata del potere punitivo – 3. L'esclusione della natura discrezionale del potere sanzionatorio, per l'assimilazione alla discrezionalità giudiziale della prerogativa decisionale. – 4. L'esclusione fondata sulla discrezionalità tecnica presupposta dal potere sanzionatorio. – 5. Indici della natura discrezionale del potere sanzionatorio. – 6. Discrezionalità sul «se» della sanzione. – 7. La discrezionalità nella scelta sanzionatoria. Superamento della distinzione tra sanzioni amministrative in senso stretto ed in senso ampio.

1. *Il problema. I dubbi in merito alla natura giuridica del potere delle autorità amministrative indipendenti*

La stretta integrazione tra le diverse funzioni delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, unitamente alla peculiarità della loro potestà sanzionatoria, se non ci si inganna, rileva anche ai fini della individuazione della natura giuridica di quest'ultima. L'essere posta a garanzia dell'osservanza di prescrizioni a carattere elastico, formulate tramite norme di principio, o che rinviano a *standard*, dovrebbe riflettersi anche sul potere punitivo. Quest'ultimo, per operare come «elemento» di c.d. chiusura¹ a presidio di un sistema prescrittivo particolare, da cui non è «staccato», parrebbe subire una contaminazione in punto di elasticità del suo esercizio. Infatti, come una disposizione rigida e predefinita non potrebbe, verosimilmente, soddisfare l'interesse pubblico, parimenti inadeguata si rivelerebbe una sanzione applicata in modo draconiano; infatti, la punizione potrebbe rivelarsi ben più dannosa dell'infrazione, magari conducendo al «fallimento» dell'impresa «colpita», con tutto ciò che ne consegue sulla continuità della sua operatività ed in termini di spese

¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Bologna, 2019, p. 181.

per la stessa collettività, magari chiamata a sostenere gli effetti negativi e i costi di procedure di carattere liquidatorio².

È la stessa considerazione integrata di tutte le funzioni delle autorità – il loro stretto collegamento³ – che le conduce a considerarle espressione d'amministrazione attiva⁴ e che, quindi, evidenzia come anche nella fase punitiva non venga mai meno la rilevanza dell'interesse pubblico presidiato. Dunque, non è consentito considerare la prerogativa in esame come un qualcosa di assolutamente separato dal tutto, il cui unico obiettivo è quello di fare seguire in modo meccanicamente obbligato all'accertamento d'un'infrazione la sua punizione. Anche quando le autorità svolgono un ruolo arbitrale, per non curare un interesse proprio ma agiscono per garantire il rispetto delle c. d. «regole del gioco», operano in modo diverso dal giudice anche se identico è il processo interpretativo che seguono per individuare la norma giuridica applicabile. Se si vuole,

² E proprio ponendosi nell'ottica di una valutazione d'insieme degli interessi del mercato vigilato che la Commissione europea – nella sua veste di autorità garante della concorrenza – ammette la possibilità di non disporre l'applicazione o concedere l'esenzione dalla sanzione pecuniaria in caso di accertamento di gravi infrazioni agli obblighi previsti dal Trattato e dal diritto derivato, se la misura afflittiva pecuniaria possa «pregiudicare irrimediabilmente la redditività dell'impresa», p. 35, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lett. a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, in www.europa.eu. Per la necessariamente coerente trasposizione interna, si veda il par. 31 della delibera Agcm 22 ottobre 2014, n. 25152 relativa alle *Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, l. 287/90*, in www.agcm.it.

³ Cfr. F.E. CAMILLI e M. CLARICH, *Poteri quasi-giurisdizionali delle autorità indipendenti*, in AA.Vv., *Arbitri e mercati*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Bologna, 2010, p. 110, per i quali una delle peculiarità della funzione amministrativa delle autorità indipendenti sarebbe rappresentata dalla linea sostanziale di continuità che lega i suoi due estremi costituiti, rispettivamente, dall'esercizio della potestà normativa e da quella di pronunce di mera applicazione della legge, tra cui sembrano includersi anche quelle sanzionatorie.

⁴ F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982, p. 41. Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna⁴, 2019, p. 172. Per la stretta connesione tra funzione punitiva e le altre di amministrazione attiva, si veda, altresì, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 122. Più recentemente, si veda l'ampio ed approfondito lavoro di S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, p. 58 ss.

medesima è la base di partenza ma non il percorso per giungere al risultato⁵.

Il giudice, nelle speciali ipotesi in cui può comminare una sanzione amministrativa per una stretta connessione con la questione a lui sottoposta a titolo principale⁶, esamina il fatto passato senza doversi preoccupare delle conseguenze future e del modo con cui la propria decisione potrebbe incidere sulle condotte di quell'insieme di soggetti cui appartiene il candidato responsabile. Al contrario, la P.A., incaricata di garantire la tenuta del segmento a lei affidato, è istituzionalmente obbligata a mediare le varie componenti che la legge le impone d'osservare, anche avendo riguardo alle ricadute future. A tal fine si può richiamare la situazione in cui può trovarsi Consob nel caso di una contestazione in merito alla adeguatezza d'un sistema procedurale d'un intermediario a garanzia della corretta profilatura dei clienti cui offre servizi d'investimento⁷. Una valutazione più o meno rigorosa di quanto oggetto di esame dell'autorità dipende in buona parte⁸ dalle scelte «di politica» amministrativa⁹. Se l'autorità reputa di dover dare la prevalenza all'interesse degli investitori – conservare la percezione di affidabilità delle imprese di investimento – giudicherà insufficiente/inadeguato un modello non

⁵ Come evidenza, F. GOISIS, *op. cit.*, p. 123 ss., un'attività punitiva non è incompatibile con la contemporanea cura dell'interesse pubblico affidato alla P.A. che, quindi, può essere tutelato anche attraverso la modulazione del contenuto del provvedimento sanzionatorio.

⁶ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 153 ss.

⁷ La necessità d'una continua mediazione/contemperamento di interessi, per quanto riguarda Consob, si ricava agilmente dalla disposizione di apertura del Tuf dedicata alla disciplina degli intermediari. La Commissione è investita della funzione di regolazione relativamente alla correttezza e trasparenza dei comportamenti dei soggetti abilitati alla prestazione di servizi d'investimento (art. 5, comma 3, Tuf) al fine di soddisfare: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria (art. 5, comma 1, Tuf).

⁸ Comunque, nelle ipotesi in cui non sia dato riscontrare un sistema palesemente inadeguato o nei fatti sistematicamente disatteso.

⁹ È, infatti, osservazione risalente quella secondo cui l'indipendenza delle autorità non implica l'assenza di politicità della disciplina da loro posta e delle successive scelte applicative. In tal senso è d'obbligo rinviare a G. MORBIDELLI, *Il regime giuridico delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, pp. 175-176, e per una recente conferma dell'attualità di quel rilievo, si veda F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità indipendenti ieri e oggi*, 2019, spec. p. 13, in www.federalisimi.it.

assolutamente preciso che si caratterizza per un qualche margine di errore. Al contrario, se intende dare rilievo alla dinamicità del mercato degli investimenti non stigmatizzerà quel modello operativo che risulta definito in ossequio alla buona tecnica aziendale ma, comunque, non previene ogni margine di errore¹⁰.

Sempre rimanendo a livello di considerazioni di sistema, la caratterizzazione dell'azione amministrativa come attività orientata alla soddisfazione dell'interesse affidato all'autorità procedente emerge non solo dalla sua differenziazione rispetto alla funzione giurisdizionale¹¹ quanto anche da talune indicazioni normative sia generali che specifiche proprie delle amministrazioni indipendenti dei mercati finanziari.

Nella prima prospettiva si può richiamare la disciplina dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241) da cui si trae, in principio, la prevalenza del valore della stabilità del modo con cui la P.A. ha soddisfatto l'interesse affidato alle sue cure rispetto alla rigorosa legalità del suo agito¹². Per la disposizione, infatti, l'emersione di un vizio invalidante non è di per sé solo sufficiente per disporre l'eliminazione, in via di autotutela, della decisione non conforme alla legge. L'autoannullamento, invero, risulta condizionato alla sussistenza d'un interesse pubblico ulteriore alla rimozione dell'atto che, in esito ad una ponderazione discrezionale, risulti prevalente.

L'amministrazione, dunque, se pur obbligata al rispetto della legge,

¹⁰ Peraltro, la valutazione «politica» dell'amministrazione risulta ancor più rilevante a fronte degli illeciti sanzionati dalle autorità amministrative indipendenti, normalmente considerati di pericolo e non di danno, per cui la violazione della disposizione si reputa avvenuta per il semplice «fatto» della non conformità della scelta concreta del vigilato rispetto alla prescrizione. Tra le tante, con specifico riguardo ad una sanzione Consob, si veda Cass., 7 aprile 2017, n. 9126, in *De Jure*, che, relativamente all'art. 190 Tuf, afferma che quello punisce mere condotte di pericolo presunto e che comprende «una serie assai ampia di c.d. illeciti di “mera trasgressione” destinati a salvaguardare procedure e funzioni incentrate sulla mera condotta, secondo un criterio di agire od omettere doveroso». Condotte, si deve sottolineare, però, la cui adeguatezza è valutata di volta in volta proprio dall'autorità sanzionante e il cui rigore dipende dalla sensibilità del momento per i beni tutelati, tanto poiché, la eventuale lesione concreta, come conferma la stessa pronunzia, è destinata, ai nostri fini, a rimanere nello sfondo, incidendo unicamente sulla quantificazione della sanzione.

¹¹ Cfr. L. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 116; ID, *Funzione e compito della teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.

¹² M. CLARICH, *op. cit.*, pp. 225-226.

in quanto tenuta a disporre, cioè soddisfare i bisogni a lei affidati nei modi e termini indicati dalla normativa, si pone in modo diverso dal giudice per esserle riservato un margine di discrezionalità che non compete al secondo¹³.

Il riconoscimento della necessaria preminenza della valutazione degli interessi affidati alla cura delle amministrazioni dei mercati finanziari anche rispetto all'iniziativa dell'autorità giudiziaria ragionevolmente emerge prepotentemente pure dalle sostanzialmente identiche disposizioni dedicate al segreto d'ufficio dei rispettivi testi di settore (art. 7, comma 2, Tub; art. 4, comma 11, Tuf; art. 10, comma 2, cod. ass.). Tutti quelli, infatti, subordinano la quanto più pronta informativa della magistratura e, dunque, l'avvio di un'indagine di quest'ultima, alla ponderazione delle autorità amministrative che hanno rilevato, nel corso delle loro attività istituzionali, eventuali illeciti.

In considerazione delle peculiarità dei mercati vigilati e della delicatezza degli interessi pubblici loro connessi, il legislatore ha rimodulato l'obbligo di rapporto posto a carico dei pubblici ufficiali (art. 361 cod. pen.), che impone loro di informare, senza ritardo, l'autorità giudiziaria della notizia di reato di cui hanno avuto conoscenza a causa delle loro funzioni.

La normativa speciale, dopo aver qualificato pubblici ufficiali i dipendenti delle autorità nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, pone a loro carico il diverso obbligo di riferire ai rispettivi organi di vertice delle loro amministrazioni «tutte le irregolarità riscontrate anche quando integrino ipotesi di reato». Sarà, dunque, il direttorio di Banca d'Italia, di Ivass od il collegio dei commissari di Consob, previa adozione degli opportuni provvedimenti «cautelari» e svolti i necessari approfondimenti, ad informare il pubblico ministero¹⁴. All'evidenza anche la più sollecita repressione degli illeciti penali viene subordinata ad una valutazione discrezionale delle amministrazioni di settore.

L'autorità, almeno per due ordini di ragioni, non può mai prescindere

¹³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. cost.*, 2019, p. 1826.

¹⁴ Con specifico riferimento agli abusi di mercato, il temperamento dell'obbligo di rapporto viene ulteriormente precisato disponendosi che il presidente della Commissione nazionale per le società e la borsa ha la facoltà di rinviare l'informativa al Pubblico ministero degli elementi che facciano presumere l'esistenza di un reato per il tempo necessario allo svolgimento dell'attività di accertamento amministrativo della violazione (art. 187-*decies*, comma 2, Tuf).

dere dalla considerazione degli altri interessi e tra questi pure di quello del «sanzionando», anche quando reagisce alla violazione della legge e ciò non solo per il margine di discrezionalità che le deriva dalla formulazione di regole di comportamento di principio od elastiche¹⁵. Una prima, di fondo, sembra ricavabile dalla circostanza che la P.A. è vincolata ad agire tramite la modalità obbligata del procedimento¹⁶. Ciò s'impone poiché quello è un percorso prescritto per garantire la soddisfazione dei precetti legali i quali indicano o ricomprendono una serie di fini eterogenei tra cui quelli regolatori propri nonché quello «di procurare il più alto possibile godimento delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone e, quindi, nell'interesse di quest'ultime»¹⁷.

La seconda ragione, invece, pare individuarsi nel fatto che la sanzione è applicata con un provvedimento che è il risultato finale d'un procedimento tramite cui viene concretizzato un precetto legale che affida alla P.A. un potere d'accertamento e contestualizzazione del fatto. L'esercizio di quel potere si interpone tra la norma e l'effetto¹⁸ che è subordinato all'esito d'una valutazione amministrativa che si sviluppa attraverso un percorso predeterminato – dalle regole sul procedimento – che, ulteriormente, lascia ampi margini di apprezzamento anche nel corso del suo divenire. Infatti, alle autorità indipendenti è data la possibilità preliminare di valutare verso che infrazioni polarizzare la loro attenzione e sul livello minimo di rilevanza degli indizi sospetti; possono valutare quando avviare il procedimento e, poi, quando la relativa istruttoria può ritenersi conclusa. Sono ancora abilitate a ponderare se la violazione me-

¹⁵ Cfr. S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016, p. 136.

¹⁶ Sede di acquisizione e ponderazione di interessi e di sintesi degli stessi. Come ricorda, sviluppando la prospettiva «benvenutiana», L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 122, l'interesse pubblico soddisfatto dal provvedimento amministrativo è il risultato del procedimento ove si compie la sintesi d'un complesso di altri eterogenei interessi riferibili ad una pluralità di soggetti ed il cui esito si presenta come il risultato di una «somma vettoriale».

¹⁷ L. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria della procedure amministrative. Metateoria sul procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 66.

¹⁸ Come evidenzia la più autorevole dottrina, infatti, ciò che caratterizza l'azione amministrativa anche vincolata è l'imprescindibilità dell'atto d'esercizio del potere, G. GRECO, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. pubb.*, 2016, p. 110. Infatti, anche a fronte di un'attività vincolata, residua sempre un margine di scelta, diverso da quello discrezionale, dato dal potere di dare seguito effettivo alle scelte compiute dalla legge, rendendole giuridicamente rilevanti con l'adozione del provvedimento, cfr. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*², Torino, 2017, p. 78.

riti una sanzione oppure possa essere altrimenti punita¹⁹. Infine, possono graduare l'entità della punizione accompagnandola eventualmente ad altre misure punitive (pubblicazione del provvedimento, sospensione od incapacità temporanee)²⁰.

2. *L'oscillazione tra natura discrezionale o vincolata del potere punitivo*

Gli ampi margini d'apprezzamento che le disposizioni sanzionatorie attribuiscono alle autorità indipendenti dei mercati finanziari, così come il fisiologico dominio che spetta alla P.A. per quanto concerne la conduzione – con metodo inquisitorio – del procedimento, dovrebbero ragionevolmente indurre a considerare discrezionale il relativo potere. Da

¹⁹ Come riconosciuto da un fine giurista, già in «forza» a Banca d'Italia – E. GALANTI, *Le sanzioni amministrative nel settore bancario*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2012, pp. 527 e 528 – l'autorità di vigilanza «nell'esercizio del potere sanzionatorio riconosciute dalla legge più per buon senso pratico che per adesione ad una teoria ben precisa ritiene questo esercizio non scevro da discrezionalità». Discrezionalità, sottolinea, in *bonam partem* perché altrimenti l'amministrazione avrebbe dovuto applicare la sanzione anche a violazioni minime che non hanno «messo a rischio il bene tutelato». Inoltre, per Galanti una considerazione della caratteristica della materia bancaria ove la vigilanza «fa applicazione di scienze non esatte (ragioneria, aziendalistica) e di criteri giuridici indeterminati (la «sana e prudente gestione», l'adeguatezza degli assetti organizzativi) che costituiscono il cuore della discrezionalità». L'inesistenza di parametri obiettivi di riferimento al cui superamento consegue la sanzione amministrativa – come nella disciplina stradale o dell'inquinamento – per Galanti impone, dunque, di non colpire ogni infrazione. È, il prudente impiego della discrezionalità, che, pertanto, permette «di conciliare l'esigenza che tutte le disposizioni di vigilanza siano assistite da sanzioni (quindi, *perfectae*) con quella di colpire, nel caso concreto, solo i comportamenti che abbiano comportato un effettivo rischio o una lesione per il bene tutelato».

²⁰ D'altronde è pacifico che la discrezionalità dell'esercizio del potere possa emergere in momenti diversi dell'azione amministrativa. Nei più diffusi manuali moderni – M. CLARICH, *op. cit.*, p. 127 – viene evidenziato come la discrezionalità amministrativa, intesa come comparazione di interessi pubblici primari e secondari – può incidere su quattro aspetti logicamente distinti quali: l'*an*, ovvero, se emanare un dato provvedimento a fronte di una data situazione concreta; sul *quid*, cioè, sul contenuto del provvedimento da adottare all'esito del procedimento ed alla ponderazione degli interessi; sul *quomodo*, intendendosi l'insieme delle modalità di celebrazione del procedimento che la P.A. può adottare indipendentemente dalle sequenze di atti imposti dalla legge; sul *quando*, cioè sulla scelta del momento più opportuno per esercitare un dato potere d'ufficio ed, una volta aperto, per emanare il provvedimento, sia pure nel rispetto dei termini di legge, sia per l'esercizio del potere che per la conclusione dello stesso.

quella premessa dovrebbe derivare, come corollario, la necessità d'una particolare attenzione per le modalità di sviluppo dello stesso procedimento punitivo. L'emergere di un significativo margine di elasticità di valutazione e comparazione degli interessi, infatti, impone di concentrarsi sullo svolgimento di quel percorso tramite cui viene definito il contenuto del provvedimento e dove il potere si «consuma». Infatti, la legittimità delle valutazioni dell'amministrazione – cui non si sottrae quella punitiva che nella sua essenza ultima è espressione di una prerogativa oblativa – dipende dal rispetto dei principi e delle regole che ordinano l'attività amministrativa²¹.

Quell'attenzione per il procedimento, poi, si dovrebbe ulteriormente ravvivare nell'ipotesi di revisione giudiziale. Il confronto tra l'atto – in specie con la sua motivazione – e la dinamica procedimentale, ben può indicare – anche grazie all'impiego delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere – un vizio della decisione che, al pari della violazione della legge²², ne evidenzia la scorrettezza e, dunque, giustifica la pronuncia di annullamento o, nel caso di giurisdizione di merito, di quella «sostitutiva».

Se si svolge una ricognizione delle posizioni di dottrina e di giurisprudenza si rileva una articolata diversità di orientamenti rispetto cui quella che afferma la natura vincolata del potere sanzionatorio pare prevalere.

Alcune voci, pur premettendo che la discrezionalità non è coesistente ad ogni potere pubblico, reputano che la potestà sanzionatoria delle autorità indipendenti abbia natura discrezionale, quanto meno per ciò che riguarda la quantificazione della misura sanzionatoria, facendo leva sullo stretto legame sussistente tra quella e l'attività regolatoria²³.

Altri intravedono una componente discrezionale del potere punitivo

²¹ Pur ricordando la relatività di ogni classificazione, si deve segnalare come tradizionalmente le sanzioni, e più in generale i provvedimenti punitivi reattivi, vengono ricondotti nell'ampio insieme degli atti limitativi; cioè in quella categoria estesa di misure che privano il destinatario di una qualche facoltà (divieti, diffide) od utilità (ingiunzioni, atti espropriativi), modulate – quanto meno in ossequio al generale principio di proporzionalità – per la soddisfazione dell'interesse pubblico rimesso alla cura della P.A. precedente.

²² Che può intendersi come applicazione della sanzione in carenza dei presupposti previsti dalla legge, dunque, come violazione del principio di legalità.

²³ R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione ed autorità indipendenti*, Milano, 2007, p. 474 ss.

quantomeno nella facoltà data all'autorità d'affiancare alla sanzione pecuniaria quella «accessoria» della pubblicazione (pubblicizzazione) della deliberazione sanzionatoria (art. 195, comma 3, Tuf)²⁴, previa valutazione d'opportunità e comparazione dell'interesse all'informazione con gli altri interessi pubblici e privati eventualmente collidenti²⁵.

Una lettura sostanzialmente «atomistica» delle funzioni delle autorità di vigilanza, accompagnata da una pressoché totale svalutazione del ruolo d'apprezzamento dei fatti da loro svolto in sede decisionale, conduce la tesi prevalente, seguita in modo assoluto dal giudice ordinario, a ricondurre la potestà sanzionatoria nell'ambito di quelle a natura vincolata.

La conclusione, ampiamente criticata dalla dottrina specialistica²⁶, può essere così schematizzata²⁷: i) la funzione sanzionatoria si distinguerebbe dalla «comune» funzione amministrativa che si estrinseca in atti provvedimenti; ii) le determinazioni che applicano le sanzioni amministrative pecuniarie, pur essendo atti amministrativi autoritativi, non sarebbero «propriamente» dei provvedimenti perché ciò che caratterizza quest'ultima categoria di determinazioni è il fatto d'essere sempre ispirate da un interesse pubblico particolare; iii) la sanzione amministrativa in senso proprio, al contrario, ha una mera finalità afflittiva; iv) la sanzione amministrativa non è diretta alla cura di un interesse pubblico particolare ma solo a punire chi trasgredisce le regole; v) la sanzione amministrativa soddisfa (solo) l'interesse generale all'osservanza della legge ed a punire chi la contravviene.

Quelli su riportati sono i passaggi argomentativi da cui – magari diversamente combinati – viene ricavata la natura vincolata del potere. Potere, si sottolinea, che si differenzerebbe profondamente da quello che è a monte delle misure reattive, a carattere anche ripristinatorio. Quest'ultimo, infatti, si materializzerebbe in veri e propri provvedimenti in quanto alla finalità punitiva si accompagnerebbe quella di soddisfazione dell'interesse pubblico specifico, con l'eliminazione delle conseguenze

²⁴ Disposizione che trova corrispondenza nell'art. 145, comma 3-bis, Tub, nell'art. 325-ter cod. ass. nonché nell'art. 19-quinquies, comma 5, d. lg. 5 dicembre 2005, n. 252.

²⁵ W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, p. 200 ss.

²⁶ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 92. E prima, ampiamente F. GOISIS, *op. cit.*, p. 99 ss., che espone una condivisibile analisi critica dell'impostazione c.d. prevalente.

²⁷ R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, 2013, pp. 4-5, in www.astridonline.it.

della violazione, grazie alla realizzazione di quelle prescrizioni attuative discretamente individuate dalla P.A.²⁸.

La Corte regolatrice giunge ad una conclusione «riduttiva» verosimilmente condizionata da due ordini di fattori. Da un lato la storica difficoltà del giudice civile ad occuparsi dei procedimenti e dei motivi dell'azione pubblica²⁹; dall'altro, l'omaggio alla tradizione e, dunque, la ferma determinazione nel conservare la giurisdizione dell'AGO altrimenti posta in dubbio dalla discrezionalità che richiama l'interesse legittimo e, quindi, l'ambito di cognizione elettivo del giudice amministrativo.

A diversa conclusione relativamente alla natura del potere giunge, invece, il giudice amministrativo chiamato a sindacare anche le sanzioni pecuniarie di Ivass e Covip che non sono assolutamente distinguibili da quelle di Banca d'Italia e Consob³⁰.

Per il giudice speciale ogni forma di potere punitivo è il risultato d'una comparazione di interessi il cui esito finale può essere messo in dubbio prospettando anche il vizio di eccesso di potere³¹. La considerazione dell'apporto valutativo della P.A., quindi, apre la strada alla proposizione d'un vizio che consenta d'andare a controllare l'apprezzamento in profondità sino al limite dell'opinabilità. Infatti, se all'esito dell'indagine si giunge alla conclusione che la P.A. ha adottato la decisione più plausibile, tra le possibili, ci si dovrebbe arrestare per l'emergere di profili di una discrezionalità tecnica, ricompresa nel c.d. merito ammini-

²⁸ Nel caso delle sanzioni pecuniarie, espressione del potere punitivo in senso stretto, per R. GIOVAGNOLI, *op. loc. cit.*, il provvedimento affittivo e le conseguenze negative per il suo destinatario «non sono mai lo scopo o la causa dell'esercizio del potere ma la conseguenza indiretta di un atto che ha come obiettivo principale la cura di un interesse pubblico determinato».

²⁹ Cfr. E. FOLLIERI, *Il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, 2014, p. 2 ss., in *www.giustamm.it*.

³⁰ E, peraltro, singolare rilevare come la Corte regolatrice – Cass., Sez. un., 29 novembre 2007, n. 24816, in *De Jure*, ha ritenuto correttamente attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione sulle sanzioni pecuniarie previste dalla disciplina assicurativa in quanto in questo ambito rileverebbero «una molteplicità di interessi di natura collettiva» a presidio dei quali sarebbe «funzionalmente istituita ed ordinata la vigilanza sull'esercizio delle attività amministrative» e, dunque, «le sanzioni pecuniarie sono operazioni che non rimangono fini a se stesse, esaurendosi nel procedimento sanzionatorio a carico del trasgressore, ma si riverberano anche nell'esercizio di poteri autoritativi propri della funzione, che travalicano l'ambito della semplice sanzione amministrativa pecuniaria (...)».

³¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 6983, in *www.giustizia-amministrativa.it*, relativa alla natura discrezionale delle sanzioni urbanistiche.

strativo. In conclusione, per il giudice speciale l'esercizio del potere punitivo postula un'ampia discrezionalità anche se conserva un residuale e sempre più compresso margine di insindacabilità.

Se ora si considerano e si confrontano le posizioni dei due ordini giurisdizionali, sembra potersi trarre l'impressione che entrambi, in modo più o meno intenso, perseguano una politica di stabilizzazione degli atti punitivi dell'autorità. Il giudice ordinario riconducendo la determinazione impugnata ad una prerogativa decisionale solo formalmente amministrativa, meramente applicativa, in cui non c'è spazio per la discrezionalità; il giudice speciale, invece, ammettendo che alla base della decisione non vi sia solo discrezionalità amministrativa ma anche l'altra forma di discrezionalità impropria o tecnica il cui ambito è limitatamente valutabile.

3. *L'esclusione della natura discrezionale del potere sanzionatorio, per l'assimilazione alla discrezionalità giudiziale della prerogativa decisionale*

Ricordati i due principali «percorsi» tramite cui si sviluppa la stabilizzazione del provvedimento punitivo, si possono svolgere alcune riflessioni critiche partendo dal primo.

Come s'è visto, la negazione della discrezionalità e, dunque, d'una «profonda» controllabilità dell'atto d'esercizio del potere, si basa su d'una assiomatica affermazione della natura vincolata della decisione punitiva. Questa avrebbe nulla più che l'effetto ricognitivo dell'esistenza di un'obbligazione pubblicistica. La delibera che dispone la sanzione pecuniaria sarebbe il risultato della sola applicazione della legge, sostanziandosi in una attività acclarativa dei presupposti di una fattispecie normativa predeterminata. Dunque, non vi sarebbero spazi di elasticità per la P.A. perché il legislatore avrebbe definito ogni componente prescrittiva riducendo l'opera – pur qualificata – della prima alla «sussunzione» della fattispecie concreta in quella astratta.

Secondo la tesi riferita, peraltro, l'autorità procedente non avrebbe alcun margine per considerare altri interessi oltre a quello (non proprio) reattivo/punitivo neppure quando la legge consenta alla prima di «aggravare» la punizione con l'applicazione di altre misure limitative come la privazione di beni o di facoltà quali, ad esempio, un'incapacità temporanea allo svolgimento di un'attività. Il rapporto di accessorialità che

lega la sanzione non pecuniaria a quella pecuniaria, per attrazione, renderebbe assolutamente irrilevante l'elasticità che la norma riconosce nella definizione della prima³². Dunque, al pari del giudice, la P.A. risponderebbe al male con una pena marginalizzando ogni altra finalità³³.

Come è stato rilevato³⁴, la negazione della natura discrezionale del potere sanzionatorio, in senso stretto, è il risultato della generalizzazione d'un argomento impiegato dalla Cassazione per affermare la spettanza della giurisdizione sulle opposizioni ai provvedimenti punitivi di Consob al giudice ordinario. Argomento, si sottolinea, poi rivalutato perché ripreso dalla Consulta. La Corte costituzionale, infatti, si è agganciata al consolidato orientamento della Corte regolatrice per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 133, comma 1, lett. l, cod. proc. amm., nella parte in cui attribuiva al giudice amministrativo anche la cognizione sulle opposizioni alle sanzioni pecuniarie comminate da Consob e Banca d'Italia, così concentrando innanzi ad un unico ordine giurisdizionale tutte le controversie sugli atti delle autorità indipendenti³⁵. Dunque, per assicurare la continuità con la tradizione, il giudice delle leggi ha spezzato quella concentrazione delle tutele innanzi ad un unico magistrato realizzata dal codice amministrativo che – muovendosi in una logica semplificatrice e d'efficienza – aveva sottratto all'AGO quella che era nulla più che un'eccezione. Da tempo, infatti, il giudice speciale investito d'una

³² P. CERBO, *La nozione di sanzione amministrativa e disciplina applicabile*, in AA.Vv., *La sanzione amministrativa*, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei e F. Tuccari, Milano, 2016, p. 15.

³³ Cfr. P. CERBO, voce *Sanzioni amministrative*, in AA. Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, diretto da S. Cassese, p. 5428; E. CASSETTA, voce, *Sanzione amministrativa*, in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 606.

³⁴ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 96.

³⁵ Si ricorda che il testo originario dell'art. 133, d.lg. 2 luglio 2010, n. 104, stabiliva che fossero «devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge» le controversie di cui al comma 1, lett. l), cioè quelle «aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209».

giurisdizione esclusiva su tutti i provvedimenti delle autorità indipendenti, svolgeva anche un controllo di merito sulle sanzioni pecuniarie dalle stesse comminate e, quindi, si vedeva riservate tanto le controversie in cui si discuteva della lesione di diritti soggettivi che quelle relative ad interessi legittimi³⁶, cui, appunto, s'aggiungeva anche una «prerogativa» sostitutiva.

Il breve periodo del più intenso sindacato del giudice amministrativo³⁷ viene interrotto con due sentenze, sostanzialmente uguali, che, in circa due anni, prima «restituiscono» al giudice ordinario le opposizioni sulle sanzioni pecuniarie comminate da Consob e poi quelle sulle contestazioni delle omologhe pene deliberate da Banca d'Italia³⁸.

³⁶ Cfr. M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel «balletto» delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1172, che mettono ben in evidenza come tra i criteri di delega alla redazione del codice del processo amministrativo figura anche quello relativo alla concentrazione delle tutele che implica il superamento dello stato preesistente. Situazione preesistente che evidenziava uno «iato» tra tutela riferita all'attività di vigilanza (che si sostanzia in provvedimenti amministrativi necessariamente rientranti nella giurisdizione amministrativa) e tutela riferita all'attività sanzionatoria. In molti casi, invero, si assisteva ad un'interruzione del regime di tutela giurisdizionale perché, pur in presenza di casi in cui gli stessi fatti potevano essere posti a base, in parallelo, di provvedimenti di vigilanza (commissariamento dell'istituto) e provvedimenti sanzionatori (a carico di amministratori e sindaci), ci si doveva rivolgere a giudici diversi per contestare gli uni agli altri.

³⁷ Il giudice amministrativo, peraltro, nel periodo in cui ha conosciuto le sanzioni amministrative pecuniarie applicate da Banca d'Italia non ha esitato a riconoscerle essere frutto di un potere amministrativo discrezionale in senso stretto e, quindi, a sottoporre i relativi provvedimenti ad un più intenso sindacato muovendo dalla diversa qualificazione della relativa potestà. Infatti, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 542, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, ha negato espressamente la fondatezza della discutibile interpretazione della Corte regolatrice in punto di irrilevanza dei c.d. vizi formali. Per il collegio «In ogni caso, non appare rilevante nella specie quanto osservato dalla Cassazione (con argomenti fatti propri dalla difesa della odierna parte appellata) a proposito della irrilevanza dei vizi formali nei provvedimenti a contenuto vincolato o comunque immodificabile, ai sensi dell'art. 21-octies della legge generale sul procedimento amministrativo. Infatti, i provvedimenti sanzionatori – quale appunto quello di specie – non possono di certo essere qualificati come “vincolati”. Essi sono dotati di un tasso di discrezionalità coesistente alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione». Natura, peraltro, riconosciuta, pacificamente, dallo stesso Consiglio di Stato agli altri provvedimenti applicativi di sanzioni amministrative (pecuniarie e non) da parte di altre autorità amministrative indipendenti.

³⁸ Corte cost., 27 giugno, 2012 n. 162, per quanto concerne i provvedimenti sanzionatori di Consob, e poi Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94 (entrambe in *www.corte-*

Per la Consulta non c'è spazio per una giurisdizione amministrativa perché la Corte di cassazione ha ripetutamente affermato che le sanzioni pecuniarie di Consob – e quelle interdittive ad esse connesse – devono essere applicate sulla base di criteri oggettivi che non possono essere considerati espressione di discrezionalità amministrativa³⁹. Posta tale premessa, dunque, si deve trarre che le controversie oggetto d'osservazione, per l'esclusione di interessi legittimi, si devono intendere riservate al giudice ordinario che è il giudice dei diritti soggettivi. Da qui la riproposizione di quelle conclusioni avanzate quando il legislatore non aveva formulato specifici criteri di riparto di materie anche con riguardo alle sanzioni pecuniarie⁴⁰.

costituzionale.it), che hanno ribadito la giurisdizione del giudice ordinario, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione di doppio grado estesa al merito, delle controversie concernenti le sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. Per un'analisi critica delle due pronunzie, nonché per ulteriori indicazioni bibliografiche, si rinvia a W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Riv. amm.*, 2018, p. 33 ss.

³⁹ Corte cost., n. 162/2012, *cit.*, par. 4.2.

⁴⁰ I criteri della delega legislativa di cui all'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, secondo la Consulta attribuivano al Governo un potere normativo «limitato al riordino delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni, e all'adeguamento delle norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori». Nel ritenere fondato il dubbio per violazione dell'art. 76 Cost., la Consulta, con la sentenza n. 94/2014, *cit.*, (par. 4), afferma come la stessa avesse «già avuto modo di chiarire, con la sentenza n. 162 del 2012, che l'art. 44 della legge n. 69 del 2009 contiene una delega per il riordino normativo del processo amministrativo e del riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi. In quanto delega per il riordino, essa concede al legislatore delegato un limitato margine di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative, le quali devono comunque attenersi strettamente ai principi e ai criteri direttivi enunciati dal legislatore delegante (*ex multis*, sentenze n. 73 e n. 5 del 2014, n. 80 del 2012, n. 293 e n. 230 del 2010). Pertanto, come già affermato in relazione al caso delle sanzioni applicate dalla Consob, anche con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia il legislatore delegato, nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione, doveva tenere in debita considerazione i principi e criteri enunciati dalla delega, i quali richiedevano di «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» (art. 44 della legge n. 69 del 2009).

Invece, il legislatore delegato non ha tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto, con riguardo tanto alle sanzioni previste dall'art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998 (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2980 del 2005), quanto a quelle previste dall'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993 (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze n. 13709 del

A prescindere dalle perplessità in punto di coerenza e correttezza del ragionamento riferito, si deve, quanto meno porre in dubbio che il giudice quando decide su questioni di diritto applichi in modo meccanico e necessitato una norma. Infatti, anche se si postula la completezza dell'ordinamento, si rinvergono nel codice civile ipotesi in cui ciò testualmente non è previsto. Invero, anche in quel corpo normativo, concepito in un tempo in cui si escludeva la componente creatrice dell'attività giudiziaria, la soluzione di questioni in tema di diritti soggettivi è rimessa alla vera e propria valutazione discrezionale del magistrato. In altri termini, anche nei rapporti di diritto privato tradizionali, in presenza di veri e propri diritti, il giudice esercita una discrezionalità tale da escludere certezze od automatismi. Tanto accade nel caso della disciplina delle immissioni (art. 844 cod. civ.). La disposizione prima legittima il proprietario del fondo a chiedere al giudice di impedire le immissioni che «superano la normale tollerabilità» per poi precisare che il secondo nel decidere «deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà»⁴¹.

Ulteriormente, si deve ricordare come l'esistenza di un diritto nei termini definiti dal provvedimento, che è fonte del vincolo, fissandone la portata, non scolora l'interesse per il procedimento nel corso del quale vengono verificati i presupposti per l'applicazione della norma⁴². Procedimento, peraltro, la cui rilevanza è ancora più evidente quando il comportamento dovuto è fissato da una disposizione di principio, e, dun-

2004 e n. 16577 del 2010; pur essendo originate da sanzioni di questo secondo tipo, si riferiscono ad entrambe le sanzioni le ordinanze della Corte di cassazione, sezioni unite civili, n. 9600 e n. 9602 del 2006). L'intervento del legislatore delegato, incidendo profondamente sul precedente assetto, si è illegittimamente discostato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, in violazione della delega.

Pertanto, deve ritenersi che, nel trasferire alla giurisdizione esclusiva, estesa al merito, del giudice amministrativo e alla competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio, sede di Roma, le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia, gli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 104 del 2012 abbiano ecceduto i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.». Ulteriormente, dall'eccesso di delega, al successivo paragrafo, la Corte trae la «illegittimità costituzionale anche le norme abrogative, direttamente conseguenti alla disciplina ora dichiarata costituzionalmente illegittima, contenute nell'art. 4, comma 1, numeri 17) e 19), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010».

⁴¹ Cfr. G. GRECO, *Potere e situazioni*, cit., p. 104.

que, non è immediatamente chiaro se si debba applicare la sanzione pecuniaria e, quindi, sussista l'obbligazione.

Se, poi, la disposizione non consente l'immediata estrazione del precepto non si può dire compiuto quel processo di compensazione della legalità sostanziale con quella procedurale che è posta a base del potere di completamento ed implementazione della normativa primaria da parte delle amministrazioni indipendenti⁴³. Quindi, postulando che non vi siano questioni di conoscibilità della condotta prescritta, l'interruzione o parzialità del procedimento normativo deve recuperarsi o completarsi nell'ambito del procedimento puntuale di applicazione della sanzione ove nuovamente «primeggia» l'interesse legittimo che si contrappone alla discrezionalità di quella frazione di potere di completamento che è stata differita⁴⁴ alla fase applicativa, quando devono essere apprezzati gli interessi nella loro concretezza⁴⁵.

Ulteriormente, è da evidenziare, come la tesi della diversità tra discrezionalità decisionale del giudice e dell'amministrazione è stata am-

⁴² La stessa natura amministrativa delle autorità indipendenti rende rilevante il procedimento come metodo di produzione delle loro decisioni, indipendentemente dal fatto che siano discrezionali o vincolate, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, pp. 184-185 e p. 223. Procedimento, ulteriormente, che è anche metodo per garantire l'imparzialità della decisione – R. VILLATA e G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, XI, p. 576 ss. – nonché strumento di compensazione della legalità formale perduta – garantendo la rispondenza dell'esercizio del potere in concreto ai suoi fini e condizioni – F. G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del dir. Annali*, VI, Milano, 2002, p. 87 ss. – e, nel corso del quale, la determinazione viene orientata anche dalla applicazione dei principi generali, cfr. A. MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 427 ss. Dunque, il procedimento, come strumento di garanzia dell'imparzialità, è fase dinamica in cui operano anche quei principi di tempestività, proporzionalità e ragionevolezza che concorrono a definire il contenuto del provvedimento coerentemente con la situazione concreta oggetto di attenzione dell'amministrazione, cfr. L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, *Astrid rassegna* 12/2019, pp. 10-11, in www.astridonline.it.

⁴³ Sul tema, per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *Arbitri e mercati*, cit., p. 75 ss. e spec. p. 103. Sulla compensazione della legalità formale con quella procedurale, in una logica di contemperamento dei fini pubblici complessi con quelli di tutela dei settori regolati, si veda Cons. St., sez., VI, 24 febbraio 2020, n. 1368, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Cfr. M. RESCIGNO, *Il sistema dei controlli e delle sanzioni nel Tuf. Considerazioni sparse*, in *Analisi gen. dell'ec.*, 2019, p. 620, per cui, nel corso del procedimento sanzionatorio, si potrebbe realizzare un'interlocuzione idonea a compensare quel deficit di tipicità delle condotte.

⁴⁵ Cfr. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 65-66.

pianamente confutata⁴⁶. Più ragioni portano ad escludere la fondatezza di quell'idea anche se si volesse prescindere dalla forte perplessità d'una affermazione secondo cui il potere si caratterizzerebbe per una discrezionalità a «macchia di leopardo». Cioè d'una natura della potestà che non dipende dalle caratteristiche ma dal tipo di giudice che è chiamato a conoscere l'opposizione al provvedimento recante la sanzione⁴⁷.

Gli studiosi più attenti hanno ben spiegato come la valutazione che è alla base del provvedimento sanzionatorio ha una connotazione amministrativa di tipo discrezionale in quanto con essa vengono ponderati e comparati interessi il cui assetto non è preventivamente definito da una disposizione normativa, al pari di quanto accade alle più importanti manifestazioni di amministrazione attiva. Già i criteri di quantificazione della sanzione, si ricorda, costituiscono indicazione d'una «timida apertura» alla discrezionalità⁴⁸ e, dunque, escludono che la prerogativa punitiva abbia una mera valenza ricognitiva dell'esistenza d'un'obbligazione *ex lege* e ciò a prescindere dalla circostanza che il «sistema» contempla la possibilità per il giudice penale di applicare – eccezionalmente – quella sanzione altrimenti irrogabile dalla P.A. (art. 24, l. 689/1981)⁴⁹.

⁴⁶ F. GOISIS, *op. cit.*, p. 100 ss; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 99 ss.

⁴⁷ F. GOISIS, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁸ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁹ La tesi della assimilabilità della discrezionalità punitiva delle autorità indipendenti a quella del giudice è, peraltro, stata recentissimamente esclusa dalla Consulta che ha negato la natura di giudice *a quo* di Agcm dichiarando inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dalla stessa autorità garante della concorrenza. Per Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in www.cortecostituzionale.it, l'amministrazione ricorrente per essere autorità indipendente – anche se di garanzia – non svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali perché consistenti nella «riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte con esclusione di qualunque apprezzamento che non sia di ordine giuridico». Il suo agito non è equivalente a quello del giudice, cui è estranea la discrezionalità amministrativa, al più integrando una discrezionalità tecnica nella applicazione di regole di natura economica. Agcm non può essere considerata giudice *a quo* – sia pur ai limitati fini della questione di legittimità costituzionale – perché la sua attività applicativa della legge è svolta in difetto del requisito della terziarietà (par. 5 considerazioni di diritto). Infatti, l'autorità, come tutte le amministrazioni indipendenti, è investita di «una funzione amministrativa discrezionale il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco» (par. 8 considerazioni di diritto). Come tutte le amministrazioni, infatti, Agcm «è portatrice di un interesse pubblico specifico che è quello della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10, l. 287/1990), e, quindi, non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi ed alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale».

L'attribuzione episodica al giudice del potere sanzionatorio non consente di inferire che la decisione non debba tenere conto degli altri interessi concorrenti con quello reattivo, teso alla riaffermazione dell'obbligatorietà della regola di condotta. La tendenziale coincidenza tra criteri di determinazione della pena (art. 133 cod. pen.) e quelli della sanzione (art. 11, l. 689/1981) evidenzia ancora come pure nel diritto sanzionatorio, come in quello civile, nella ricordata ipotesi delle immissioni (art. 844 cod. civ.), il giudice è tenuto alla comparazione degli interessi per dare una corretta risposta alla «domanda di giustizia».

Ancora, nella disciplina processuale penalistica, si rinvergono due disposizioni, sostanzialmente analoghe, che danno chiara indicazione del fatto che le misure punitive non si caratterizzano per una finalità esclusivamente «retributiva» ma, al contrario, soddisfano interessi pubblici ulteriori rispetto a quello «commutativo»⁵⁰.

Richiede al giudice una considerazione e ponderazione allargata di interessi la disposizione che prevede l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* cod. pen.). In forza di tale indicazione normativa il magistrato può escludere la condanna pur a fronte dell'accertamento d'una condotta effettivamente delittuosa. Tale soluzione, come si ricava dal documento normativo, è il risultato d'una comparazione tra l'interesse all'alleggerimento del carico giudiziario (coerente con il disinteresse per la punizione di fatti marginali) e quello del reo che verrebbe sottoposto ad una misura afflittiva in modo non assolutamente rispettoso del fondamentale principio di proporzionalità. Se si segue uno sviluppo rigoroso di quel criterio, la pena in quanto *extrema ratio*, non è strumento impiegabile indiscriminatamente per reagire alla violazione d'una qualunque norma comportamentale. Negli stessi termini è orientata, poi, l'autonoma e speculare disciplina della non punibilità del fatto di particolare tenuità delle disposizioni sulle competenze penali del giudice di pace (art. 34 d. lg., 28 agosto 2000, n. 274). Anche in tale ipotesi, la prevalenza di altri interessi rispetto alla pretesa sanzionatoria esclude l'esercizio dell'azione penale⁵¹.

⁵⁰ F. GOISIS, *op. cit.*, p. 115-116. E ciò anche se, poi, la sanzione penale rispetto a quella amministrativa si caratterizza per una ulteriore distinta finalità rieducativa che non è propria della seconda pur se (sempre) concepita – tramite la previsione di una minatoria sufficientemente adeguata – per sortire un effetto dissuasivo, come evidenzia Corte cost., 18 settembre 2019, n. 212, in www.cortecostituzionale.it.

⁵¹ Sulle disposizioni richiamate, il loro rapporto di autonomia e finalità si veda, Corte

Infine, non sembra azzardato segnalare come l'indice d'un'omogenea «discrezionalità» nell'esercizio della funzione sanzionatoria è ritraibile dalla disciplina degli abusi di mercato tendente a coordinare gli esiti del c.d. doppio binario, vale a dire della perseguibilità d'uno stesso fatto sia in via amministrativa che penale (art. 187 *terdecies* Tuf). È ragionevole ritenere che quell'obbligo posto tanto al giudice penale quanto all'autorità di vigilanza di tenere conto rispettivamente della valutazione dell'uno e dell'altra, per quanto concerne la quantificazione e l'esazione della punizione, postuli processi decisionali che si sviluppano con i medesimi criteri e strumenti piegati alla soddisfazione di interessi ulteriori rispetto a quello meramente punitivo. Quindi, un elemento testuale pare confermare quell'idea di omogeneità che una dottrina ritiene di ricavare dalla giurisprudenza del giudice di Strasburgo che equipara ai fini Cedu sanzioni penali e sanzioni amministrative afflittive⁵².

4. *L'esclusione fondata sulla discrezionalità tecnica presupposta dal potere sanzionatorio*

Il secondo percorso di negazione della natura discrezionale del potere punitivo è quello che reputa che alla base della determinazione sanzionatoria non vi sia una comparazione di interessi ulteriori rispetto alla

cost., 16 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I c. 3851, con commento di E. TURCO (c. 3858 ss.), cui si rinvia per l'esame delle disposizioni oggetto della pronuncia e per ulteriori riferimenti.

⁵² F. GOISIS, *op. cit.*, p. 123-125, in particolare, rileva come «quanto la distinzione tra interessi pubblici connessi alla sanzione punitiva e interessi pubblici sussidiati sia fragile è emerso anche a livello di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, nell'ormai celebre caso Menarini, la Corte di Strasburgo, nel qualificare come penale ai fini delle garanzie di cui all'art. 6 Cedu, una sanzione dell'Agcm per intesa restrittiva (Corte Edu, 27 settembre 2011, ric. 43509/2008, in www.giustizia.it) sembra aver ben tratteggiato il problema. A fronte degli argomenti difensivi del Governo italiano che miravano a sostenere la natura sostanzialmente amministrativa (invece che penale) delle sanzioni, in quanto, tra l'altro, in tesi, finalizzate più a tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza, che ad imporre una pena-afflizione (114), i giudici europei hanno osservato che la specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori Agcm a tutelare un dato interesse pubblico (ossia la concorrenza nel mercato) non fosse affatto incompatibile con un carattere penalistico-punitivo, visto che è del tutto fisiologico (anche nel diritto penale) la coesistenza tra carattere punitivo e finalità deterrente-preventiva, intesa quest'ultima anche come tutela di determinati beni giuridici di interesse pubblico».

finalità retributiva ma un apprezzamento tecnico. Per una corrente di pensiero, ampiamente diffusa in giurisprudenza, la legge avrebbe già definito l'interesse oggetto di tutela e l'assetto che dovrebbe conseguire all'adozione del provvedimento; più semplicemente, alla P.A. avrebbe affidato il compito di individuare i criteri applicativi adeguati per l'attuazione del precetto. Tanto accadrebbe nella disciplina della concorrenza, ipotesi che più di ogni altra, ha impegnato la Corte regolatrice⁵³.

La legge (art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287) tutela la concorrenza, vietando le intese che hanno per oggetto o per effetto di falsare in «maniera consistente» la competizione tra operatori economici in una parte rilevante del mercato. La disposizione, peraltro, subordina l'imperativo del divieto di accordi alla definizione di due parametri da parte, in prima battuta, della P.A. Infatti, per individuare le intese bandite, si deve perimetrare un mercato e poi verificare se l'accordo ha la capacità di incidere in modo rilevante sulla dinamica degli scambi. L'amministrazione, dunque, per soddisfare l'interesse fissato dalla legge deve scegliere criteri tecnico economici con cui contestualizzare le indicazioni normative. A quella, in altri termini, spetta la selezione dei parametri da impiegare per riscontrare la potenzialità lesiva dell'intesa e, quindi, la sua illegittimità, dal cui riscontro dipende l'adozione degli ulteriori provvedimenti reattivi, inibitori o sanzionatori. Quindi, ciò che sarebbe richiesto all'amministrazione è un apprezzamento dei criteri tecnico scientifici con cui operare l'accertamento e la qualificazione dei fatti⁵⁴.

Come è noto, l'impiego della ambigua⁵⁵ e contestata figura⁵⁶ è strumentale alla giustificazione d'una limitazione sostanziale della profondità del successivo controllo giurisdizionale⁵⁷.

Quando i parametri tecnici risultano opinabili perché fondati su scienze inesatte – che a loro volta non offrono criteri inconfutabili – si esclude che il giudice possa svolgere un sindacato assolutamente pieno sulla de-

⁵³ In senso contrario, però, si vedano le considerazioni in diritto di Corte cost., n. 13/2019, *cit.*, par. 5 e 8.

⁵⁴ Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, *cit.*, p. 130.

⁵⁵ F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. del dir.* Annali, II, 2, Milano, 2008, p.471 ss.

⁵⁶ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, spec. p. 257, pp. 294-295, 304-305, che riconduce, peraltro, ogni spazio valutativo in punto di produzione d'effetti, alla discrezionalità amministrativa.

⁵⁷ Per una critica e rassegna di opinioni contrarie si rinvia a S. CIMINI, *op. cit.*, p. 117 ss.

cisione impugnata. Anche se investito d'una giurisdizione di merito, cioè sostitutiva, si reputa che possa solo riscontrare se sono stati impiegati dalla P.A. criteri e metodi tecnici corretti ed attendibili, se il loro impiego è, a sua volta, stato corretto, verificando se la valutazione amministrativa è affetta da vizi logici od altre carenze. Ma il sindacato forte non può procedere oltre quando il risultato ultimo dei criteri plausibili è opinabile. Poiché il sindacato del giudice sarebbe opinabile come quello dell'amministrazione precedente si reputa che la sostituzione della decisione del primo a quella della seconda si sostanzierebbe in un'invasione del c.d. merito amministrativo⁵⁸. Nella sostanza, in quelle ipotesi, quindi, si ammette l'attribuzione alla P.A. di una sorta di arbitraggio; a quella spetterebbe il potere ultimo di scelta ogni qualvolta l'impiego dei criteri tecnico scientifici per la ricostruzione/accertamento dei fatti complessi non dia risposte univoche⁵⁹.

Per la Corte regolatrice⁶⁰, in particolare, non rileva l'evidenza. Non serve osservare che i confini tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa tendano a sfumare perché la scelta tecnica opinabile deve essere condotta alla luce dell'interesse pubblico⁶¹. Non rileva, ancora, che nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati si realizza un processo conoscitivo condizionato dalla discrezionalità amministrativa; discrezionalità, appunto che sussiste quando vi è il riconoscimento alla P.A. di un margine di elasticità in sede di scelta tra più criteri parimenti attendibili ed accettati dalla comunità scientifica da impiegare nell'accertamento.

Soprattutto il giudice civile – e la giurisprudenza sui limiti della giurisdizione della Corte di cassazione – manifesta una indisponibilità a

⁵⁸ Per una ricognizione critica ai limiti posti al sindacato del giudice sugli atti delle amministrazioni di settore si veda, S. NICOLAI, *Notazioni sul controllo del giudice amministrativo sugli atti delle autorità indipendenti in Italia*, 2011, in www.federalismi.it.

⁵⁹ Tendenza, si ricorda, che richiama l'atteggiamento dell'ordinamento federale statunitense ove il giudice è orientato a limitare il proprio sindacato sulle attività delle agenzie ai casi in cui vengano denunciate applicazione od interpretazione della legge irragionevoli, risultando altrimenti rimessa alle prime la definizione di ogni questione di fatto, privilegiandosi la loro competenza specialistica su materie assolutamente complesse e tecniche che, anche per la loro consistenza ed estensione, li mettono a «dura prova». Per una sintesi si veda, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2018, pp. 145-147.

⁶⁰ Cass., sez., un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, p. 1057 ss.

⁶¹ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 181.

condurre una verifica oltre una certa «soglia di avanzamento»⁶². In particolare, il magistrato ordinario, forse limitato da una propria «inconscia consapevolezza» di non poter dominare saperi complessi⁶³, in uno con l'obiettiva deferenza per le autorità indipendenti e la loro elevatissima competenza specialistica, si arresta innanzi a provvedimenti sanzionatori che presuppongono valutazioni tecniche postulandone l'insuperabilità. Ci si trova così al cospetto di una autolimitazione che rende indiscutibile ogni apprezzamento particolarmente evidente nel caso delle sanzioni di Banca d'Italia e Consob. La qualificazione in termini negativi della condotta del candidato responsabile compiuta dalla P.A. è considerata di per sé sufficiente e ciò a prescindere dal fatto che normalmente non vengono esplicitate le ragioni dell'insufficienza di una scelta organizzativa che la legge richiede all'intermediario. Per il giudice dell'opposizione è più che bastevole che l'autorità si sia limitata a formulare il suo giudizio negativo sulla base del solo riscontro di fatti anomali non intercettati. Reputa, infatti, del tutto irrilevante l'omessa l'indicazione delle ragioni per cui il modello impiegato si sarebbe dovuto reputare colposo alla luce del criterio di c.d. prognosi postuma, normalmente seguito nei giudizi di responsabilità professionale ed impiegato per verificare anche la sussistenza di profili di responsabilità omissiva delle autorità di vigilanza.

Nella sostanza, a fronte della superiorità della valutazione dell'autorità indipendente nulla è censurabile se *a posteriori* la conclusione ap-

⁶² Cfr. S. COGNETTI, *Legge, amministrazione e giudice*, Torino, 2014, pp. 131-132, che nel trarre le prime conclusioni sul rapporto tra azione amministrativa e controllo giudiziale sull'azione della P.A. ordinata da «fattispecie normative indeterminate», rileva come «non vi è, in definitiva, chi possa togliere potere al giudice se non lui stesso». Se, invero, il giudice rifiuta il suo compito di verificare la correttezza della proposta applicativa della disposizione legale, precludendosi l'accesso al fatto come ricostruito dalla P.A. ai fini della sua decisione, l'ultima si trova sostanzialmente a dominare uno spazio libero, per assenza di controlli, che come tale può essere considerato merito amministrativo perché in tale nozione, definita in negativo, si comprende quell'area di azioni non controllabili e non soggette al rispetto di criteri predeterminati.

⁶³ Cfr. S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in AA.Vv., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, pp. 3-4, ove viene sottolineato, come tale aspetto riguarda, in particolare, i giudici ordinari chiamati, in sede d'opposizione, ad occuparsi di materie complesse ed altamente specialistiche che presuppongono il dominio di competenze tecniche non comuni.

pare attendibile anche se tale attendibilità è il risultato di un ragionamento solo accennato, mai sviluppato, perché sinteticamente persuasivo⁶⁴.

La più attenta dottrina, nel criticare la chiusura della Corte regolatrice, ha sottolineato come l'impiego della discrezionalità tecnica – come limite esterno della giurisdizione⁶⁵ – non può tradursi in una sorta di esenzione dagli obblighi d'accertamento della P.A. perché sostanzialmente non controllabili, come invece pretendono le Sezioni unite⁶⁶. Il giudice

⁶⁴ In tal senso si veda l'eloquente parte di una sentenza della Corte regolatrice che si esprime in punto di estensione dell'obbligo di esplicazione delle ragioni della quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria e, poi, di correttezza della sentenza che, decidendo l'opposizione, conferma l'integralmente la determinazione punitiva nella sua originaria portata. Per Cass., 13 gennaio 2017, n. 765, in *De Jure*, «il costante orientamento di questa Corte (cfr. sentt. nn. 5877/04, 9255/13, 6778/15, 2406/16) secondo cui il giudice ha il potere discrezionale di quantificare l'entità della sanzione tra il minimo ed il massimo edittale, allo scopo di commisurarla all'effettiva gravità del fatto concreto, globalmente desunta dai suoi elementi oggettivi e soggettivi, senza che sia tenuto a specificare i criteri seguiti, dovendosi escludere che la sua statuizione sia censurabile in sede di legittimità ove quei limiti siano stati rispettati e dalla motivazione emerga come, nella determinazione, si sia tenuto conto dei parametri previsti dalla L. n. 689 del 1981, art. 11, quali la gravità della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche. Ciò premesso, il Collegio osserva che la sanzione applicata dalla Corte territoriale risulta compresa tra il minimo ed il massimo edittale, cosicché va escluso che nella specie ricorra la denunciata violazione della L. n. 689 del 1981, art. 23, risolvendosi le doglianze in una critica di inadeguatezza motivazionale della statuizione della sentenza gravata in punto di entità della sanzione (...)».

⁶⁵ F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.

⁶⁶ Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, *cit.*, p. 1057, secondo la quale «ipotizzare che, con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità – valutazioni proprio per operare le quali il legislatore ha stimato necessario dar vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali –, il sindacato giurisdizionale possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita.

Né è senza significato che anche nel corrispondente scenario Europeo, mentre per un verso viene ribadito che compete al Tribunale dell'Unione Europea l'esame delle circostanze fattuali rilevanti (cfr. Corte di giustizia, 3 maggio 2012, n. 285/11, *Legris Industries*), per altro verso si afferma che appartiene alle prerogative della Commissione di svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno: di modo che, in presenza di simili complesse valutazioni, il controllo che i giudici comunitari esercitano deve limitarsi alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere, non spettando al tribunale so-

del ricorso, si è sottolineato, deve prendere in considerazione e riaccertare tutti i fatti posti alla base della decisione dell'autorità in quanto, il loro riscontro, è posto dalla legge come condizione per l'esercizio del potere in concreto⁶⁷. Ciò, peraltro, deve avvenire anche se implichi un'opera di selezione di criteri tecnici o di verifica di correttezza di operazioni materiali, come quando si discute di accertamento di intese anticoncorrenziali, cioè di figure presupposte dalla norma, normalmente inferibili in via presuntiva. In quest'ipotesi il giudice sarà chiamato puntualmente a verificare – senza sconfinare nel merito od intaccare la discrezionalità tecnica – se l'autorità abbia effettivamente e compiutamente considerato le ragioni che il ricorrente ripropone o se quelle non abbiano trovato adeguata considerazione facendo emergere un possibile difetto di approfondimento istruttorio⁶⁸. Approfondimento che il giudice potrebbe effettuare senza invadere la sfera valutativa dell'amministrazione resistente; ciò in quanto è chiamato a conoscere il fatto e, se si vuole il rapporto, e non la sola legittimità dell'atto nell'ambito di un più contenuto giudizio cassatorio la cui struttura consente di conoscere solo indirettamente il rapporto per mezzo e nei limiti della rappresentazione del provvedimento impugnato⁶⁹.

L'impostazione critica riferita è stata, peraltro, sostanzialmente fatta propria dal giudice della nomofilachia amministrativa che – nel decidere un ricorso di grande interesse mediatico (il c.d. caso Novartis Avastin) – ha ritenuto di ribadire un'apertura al controllo sulle determinazioni di

stituire le proprie valutazioni economiche a quelle dell'autore della decisione di cui gli venga chiesto di verificarne la legittimità (cfr. Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, n. 501, 513, 515, 519/06 P. GlaxoSmithKline). L'ampia corrispondenza tra le competenze riconosciute all'Autorità Garante in ambito nazionale con quelle proprie della Commissione in ambito Europeo dà ragione dell'agevole trasposizione di tale principio alla fattispecie ora in esame».

⁶⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo*, cit., pp. 1231- 1232.

⁶⁸ Per una riconsiderazione critica ai limiti del controllo giurisdizionale, da ultimo, si segnala, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 97 ss.

⁶⁹ Altrettanto può ripetersi rispetto alle valutazioni delle autorità di vigilanza bancaria o finanziaria, a fronte della contestazione del mancato rispetto di regole di vigilanza prudenziale che impongono al soggetto vigilato la predisposizione di adeguati sistemi di prevenzione e controllo. In sede di impugnazione del provvedimento sanzionatorio, il giudice dell'opposizione, per assolvere il proprio dovere istituzionale è tenuto ad effettuare un controllo sostanziale di adeguatezza non limitandosi alla visione dell'amministrazione «fotografata» nelle premesse in fatto del provvedimento punitivo.

carattere tecnico di Agcm e, dunque, in prospettiva, di quello di tutte le autorità amministrative indipendenti⁷⁰.

Per il Consiglio di Stato, lo spazio per un controllo pieno – non invasivo del merito riservato alla P.A. – esiste anche quando il provvedimento impugnato sia riconducibile alla più o meno «ampia gamma di soluzioni ragionevoli e proporzionate che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto».

Invero, un controllo pieno è possibile, oltre i limiti tracciati dalla Corte regolatrice, perché la P.A. è chiamata dal diritto della concorrenza ad applicare una «norma sostantiva» posta dall'ordinamento generale che considera tra i suoi presupposti un fatto storico, accertabile prima dall'amministrazione e poi dal giudice, nella sua oggettività e non prevede, al contrario, che il potere sia condizionato «dall'apprezzamento dell'Autorità». In conclusione, pure se si afferma che la potestà sanzionatoria esprime una forma diversa di discrezionalità, differente da quella amministrativa in senso stretto, anche essa è controllabile e può essere verificata nel suo esercizio, con tutto quanto ne consegua in punto di svolgimento dell'istruttoria ed obbligo di motivazione⁷¹. L'ordinamento, infatti, prevede il controllo più ampio sulle determinazioni delle P.A. (art. 24, comma 1, e art. 113, comma 3, Cost.) e ciò impedisce che la discrezionalità c.d. tecnica possa «trasmodare in arbitrio specialistico»⁷².

⁷⁰ Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, (par. 1.4 a 1.7 di motivazione), in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ È da segnalare, peraltro, come, dopo la presa di posizione del giudice amministrativo, siano seguiti ulteriori riaffermazioni da parte della Corte regolatrice del limite al controllo giurisdizionale – Cass., 21 febbraio 2020 n. 4610, in *De Jure* – ripetendosi, in modo acritico quanto meccanico, una massima suscettibile di estensione ad ogni processo sugli atti delle amministrazioni indipendenti. Per la Cassazione «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non si estende al merito, con conseguente sostituzione di un proprio provvedimento con quello impugnato, ed è contenuto in una verifica diretta dei fatti posti a fondamento dell'atto estendendosi, ove necessario per giudicarne della legittimità, anche ai profili tecnici, con esclusione di valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità nel qual caso il sindacato è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, atteso che il giudice non può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante (Cass., Sez. un., 07/05/2019 n. 11929)».

⁷² Come sottolineato dall'Ufficio studi e massimario del Consiglio di Stato nell'approfondimento intitolato *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere*

5. *Indici della natura discrezionale del potere sanzionatorio*

Se si passa dal piano generale all'esame dei procedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari o si scorrono i momenti salienti del divenire della loro azione, si ha conferma della natura discrezionale della prerogativa punitiva. Le amministrazioni, infatti, compiono scelte che implicano la composizione di una pluralità di interessi nel corso della fase c.d. preistruttoria, in quella in cui viene fissato il contenuto dell'atto di avvio del procedimento e, prima, della decisione, in quella istruttoria.

Quella discrezionalità che, in principio, pare caratterizzare la più significativa parte delle ipotesi in cui le P.A. tradizionali sono investite di una potestà sanzionatoria, risulta connotare profondamente quella delle autorità amministrative indipendenti dei mercati finanziari chiamate a presidiare dei settori ad alta complessità, disciplinati con regole non solamente formulate per principi ma anche non immediatamente corrispondenti alle fattispecie giuridiche della tradizione domestica⁷³. Dunque, la loro azione si caratterizza per una «lievitazione» dei margini d'apprezzamento derivante, da un lato, dalla tecnica normativa impiegata dal legislatore economico⁷⁴ e, dall'altro, dalla necessità d'applicare direttamente od indirettamente disposizioni europee che sono il risultato di una difficile opera di mediazione tra diverse culture giuridiche, con con-

ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le autorità indipendenti, 2017, p. 14, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷³ A titolo esemplificativo si può ricordare la diversa terminologia impiegata dalla normativa europea bancaria e da quella domestica. La prima [reg. 2019/876/UE (c.d. CRR2) e dir. 2019/878/UE (c.d. CRDV)] pone delle prescrizioni avendo riguardo ad un modello societario diverso da quello italiano che non prevede la distinzione tra consiglio d'amministrazione, amministratore delegato e collegio sindacale e distribuisce le competenze, diversamente disegnate rispetto a quelle del codice civile, rispettivamente, tra organo di supervisione strategica, organo di gestione ed organo di controllo, con la conseguente necessità d'adattamento operato da Banca d'Italia (circolare di Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, «*Disposizioni di vigilanza per le banche – Titolo IV – Capitolo I – Governo societario*» (aggiornamento al 6 maggio 2014); Circolare e 263 del 27 dicembre 2006 «*Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*» – Titolo V – Capitolo 7 – «*Il sistema dei controlli interni*» (aggiornamento al 2 luglio 2013), in *www.bancaditalia.it*.

⁷⁴ Con riferimento al Tuf, ma con considerazioni estensibili ad ogni altro testo contenente la disciplina primaria generale (compresi i c.d. codici di settore), si può dire che la legge od il decreto delegato si riservano la definizione dei principi ordinatori del plesso normativo lasciando alle autorità il compito «di fare il resto», G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Torino, 2012, p. 100 ss.

seguito ampliamento della discrezionalità ermeneutica in cui si va a «sfumare» la discrezionalità amministrativa⁷⁵.

Tale ultimo aspetto risulta particolarmente rilevante se si considera che l'attività interpretativa, intesa come operazione intellettuale diretta all'individuazione della regola, può consentire di giungere ad una determinata conclusione a prescindere dallo svolgimento di un'attività istruttoria⁷⁶. In altri termini, il diverso modo di intendere un concetto che si è consolidato in un determinato ordinamento è idoneo ad incidere sulla decisione di quello diverso in cui viene trapiantato, rendendo inutile o compensando un'omissione di attività istruttoria⁷⁷.

Tanto premesso, si possono considerare i vari momenti del procedimento. Come anticipato da quelli pare si ricavano numerosi elementi che confermano come, nell'attuale contesto normativo, non è dato riscontrare nell'azione punitiva delle autorità indipendenti finanziarie quella rigorosa doverosità vincolata di ogni momento dell'azione pubblica che, a giudizio della più autorevole dottrina, si ricaverebbe dalla l. 689/1981 per le amministrazioni tradizionali⁷⁸.

⁷⁵ Sul problema del confine tra attività valutativa ed attività interpretativa, che deve essere svolta in funzione della definizione della decisione amministrativa, si veda F. GORGERINO, *Discrezionalità amministrativa ed ermeneutica giuridica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, p. 1265 ss.

⁷⁶ Dunque, se è certo che l'attività interpretativa della norma giuridica non coincide con la discrezionalità – che non consiste nel mero completamento della norma imprecisa – R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 61 – può dirsi parimenti certo che la prima è idonea a «condizionare» l'esercizio della discrezionalità incidendo sul modo con cui viene ricostruita ed apprezzata la situazione concreta in cui deve essere «calata» la decisione espressiva del potere di scelta.

⁷⁷ La rilevanza del fenomeno può essere esemplificata con il seguente esempio. Si immagini che nell'ordinamento A viga il divieto di transito di veicoli nei parchi pubblici. A fronte del comando, l'autorità di vigilanza dovrà verificare cosa si intende per veicolo, che sarà orientata ad individuare in ogni mezzo idoneo al trasporto di cose o persone, escludendo – in base ad una valutazione media di pericolosità – i tricicli per bambini. Ora, si consideri che – per ragioni di massima prevenzione del pericolo – si affermi, in sede d'elaborazione di regole comuni a più ordinamenti, la consuetudine interpretativa dell'ordinamento B che include tra i veicoli anche i tricicli; una volta importata la consuetudine interpretativa dell'ordinamento B, l'amministrazione dell'ordinamento A potrà omettere dalla sua istruttoria la verifica della pericolosità del «mezzo giocattolo», presupponendo la sua idoneità a creare quel rischio che il divieto vuole scongiurare. Dunque, saranno automaticamente sanzionabili coloro che usano tricicli nei parchi pubblici e, se incapaci, coloro che devono rispondere per il fatto di chi li usa.

⁷⁸ Cfr. A.M. SANDULLI, voce *Sanzione – IV Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*

Un primo momento discrezionale si rinviene nella fase c.d. pre-istruttoria in cui vengono compiute le valutazioni preliminari e raccolti gli elementi – anche vagliando denunce ed esposti – al fine di verificare la sussistenza di un potenziale illecito. Nel corso di questa la P.A. bilancia l'esigenza di tempestività con quella di profondità ed attendibilità dell'esito della propria indagine, avendo anche riguardo al rischio cui la condotta che si prospetta non conforme espone il bene affidato alla cura della prima. In questo periodo, cui è estranea qualunque interlocuzione sia con i segnalanti che con i candidati responsabili, la P.A. sviluppa le proprie ricerche sino a quando non le ritiene concluse con l'accertamento.

La stessa giurisprudenza ordinaria che nega la discrezionalità del potere punitivo, di fatto, la riconosce quando attribuisce rilevanza determinante a quelle norme regolamentari delle autorità che prevedono che l'accertamento possa dirsi compiuto con l'adozione d'uno specifico atto amministrativo⁷⁹. Postula, quanto meno, una discrezionalità nel «quando» la disposizione di Banca d'Italia che fa coincidere il momento di rilevanza esterna della scoperta dell'illecito con l'apposizione «agli atti del visto del Capo del Dipartimento vigilanza bancaria e finanziaria»⁸⁰.

Se poi si considera l'azione di ciascuna autorità di vigilanza in una prospettiva d'insieme, se cioè si osservano i singoli episodi come elementi di un intervento unitario, che interessano situazioni che possono presentare profili di criticità, si può inquadrare ogni iniziativa atomisticamente considerata come il risultato di una discrezionalità programmatica. Ciascuna singola P.A., per garantire un ordinato e razionale sviluppo delle attività istituzionali, infatti, compie preventivamente delle scelte sul tipo di casi su cui intervenire. Come s'è avuto occasione di rilevare nell'esame della repressione delle pratiche commerciali scorrette⁸¹, le iniziative punitive «puntuali» della P.A. non sono reazioni automatiche ad ogni possibile illecito rilevato ma frutto d'una selezione operata

Treccani, XXVIII, Roma, 1992, p. 13 ss. Per ulteriori riferimenti in merito alle diverse posizioni, si veda S. CIMINI, *op. cit.*, p. 105 ss.

⁷⁹ Cass., 4 ottobre 2019, n. 2485, in *De Jure*.

⁸⁰ Par. 1.1., periodo 5, reg. sanzioni Banca d'Italia. Negli stessi termini, l'art. 8, comma 4, reg. sanzioni Ivass, ancora il perfezionamento dell'accertamento degli illeciti emersi in sede ispettiva nei confronti di soggetti diversi dagli intermediari alla data di apposizione agli atti del visto del capo servizio ispettorato.

⁸¹ G. ROMAGNOLI, *La potestà sanzionatoria amministrativa a presidio della disciplina dell'abbinamento di mutui immobiliari o contratti di credito al consumo a polizze vita*

discrezionalmente, compiuta in esito di una valutazione comparata tra costi, benefici e possibili risultati⁸². Da tempo, Agcm spiega, nelle sue relazioni annuali, le proprie iniziative sanzionatorie in termini di congrua risposta alla necessità d'ottimizzazione di risorse e mezzi obiettivamente limitati, il cui corretto impiego rende indispensabile una selezione e, dunque, impone di soprassedere dal reagire a quelle notizie d'illecito che, per le loro caratteristiche, possono apparire minimali, ora per la contenuta capacità offensiva, ora per la limitatissima cerchia dei possibili danneggiati⁸³.

L'autorità di vigilanza compie discrezionalmente le proprie scelte d'avvio di un procedimento sanzionatorio, libera – secondo la giurisprudenza prevalente – da vincoli anche nei confronti degli eventuali sog-

(art. 28, d. l. 24 gennaio 2012, n. 1). *Condotte punibili e modalità d'esercizio dell'azione pubblica*, in *Dir. banc. e fin.*, 2015, pp. 628-629.

⁸² In senso analogo si veda, S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 129-130, che rileva come spazi di discrezionalità possono rinvenirsi nel momento – non considerato dalla l. 689/1981 – in cui «l'autorità decide come esercitare il proprio potere di controllo e vigilanza sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa». Antecedentemente all'accertamento, infatti, la P.A. gode di margini di scelta sul come, dove e quando effettuare i controlli, risultando libera di definire con quali modalità soddisfare nel migliore dei modi l'interesse pubblico come, ad esempio, quando pianifica i c.d. controlli a campione.

⁸³ Agcm, nell'illustrare le linee del proprio operato in materia – *Relazione sull'attività svolta nel 2012*, p. 172, in *www.agcm.it* – confrontando quello del 2012 con quello dell'anno precedente, conferma, invero, come quanto svolto deriva da una precisa scelta di politica di fondo, dichiarando d'aver preferito «concentrare le risorse su un numero complessivo di procedimenti inferiore rispetto a quello dell'anno precedente ma di più significativo impatto in termini di gravità delle diverse pratiche commerciali, con riferimento al maggior pregiudizio arrecato al comportamento economico del consumatore, nonché al corretto funzionamento dei mercati, in termini di capacità della pratica di perturbare gli operatori e di determinare un forte discredito sul buon funzionamento del mercato o su forme più evolute di transazioni commerciali (come, ad esempio, nel caso del commercio elettronico)».

È, peraltro, da segnalare come la sopra richiamata scelta operativa è stata poi codificata nel vigente regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore, approvato con delibera Agcm del 1° aprile 2015, n. 25411. in *www.agcm.it*. L'art. 5, comma 1, lett. f, prevede che il provvedimento preistruttorio possa disporre la chiusura di quella fase preliminare per «non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. L'Autorità può individuare con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire».

getti segnalanti⁸⁴ con cui, diversamente dal diritto europeo, non è previsto si instauri alcun tipo di relazione procedimentale o nucleo minimo di interlocuzione⁸⁵. Interlocuzione, si sottolinea che, anche dove è prevista, non vale a comprimere l'ampia scelta rimessa all'amministrazione che può sempre valutare se, come e quando agire. Nel diritto dell'Unione, infatti, si prevede solamente che i denunciatori con la loro iniziativa possano obbligare la Commissione ad esaminare il loro esposto in un tempo ragionevole, divenendo parti di un procedimento «filtro» a carattere documentale e sommario, destinato a concludersi con una decisione di non luogo a procedere o con l'avvio di un vero e proprio procedimento d'accertamento⁸⁶; dunque, l'eventuale contestazione, potrà riguardare la fondatezza dell'archiviazione⁸⁷ ma non l'obbligo di avvio dell'azione amministrativa⁸⁸.

⁸⁴ Che, per il fatto stesso d'aver effettuato una segnalazione o denuncia – secondo l'impostazione seguita da Agcm – non divengono parte di un rapporto procedimentale, prevedendosi la facoltà (e non l'obbligo) di comunicare agli istanti il fatto dell'archiviazione o della chiusura del procedimento preistruttorio.

⁸⁵ Cfr. G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., pp. 163-164.

⁸⁶ Cfr. G. ROMAGNOLI, *I procedimenti*, loc. cit.

⁸⁷ I soggetti concretamente interessati all'eliminazione della violazione degli artt. 101 e 102 TFUE possono presentare una denuncia formale osservando taluni criteri di redazione (art. 5, par. 1.2, reg. 773/2004/UE). L'amministrazione, quindi, senza essere tenuta ad alcun approfondimento specifico, valuterà l'attendibilità e completezza di quanto trasmesso, partecipando il mittente dell'eventuale giudizio di insufficienza delle informazioni ricevute (art. 7, par. 1, reg. 773/2004/UE). Nel caso in cui quella dubbia fondatezza della segnalazione o dell'opportunità di una sua attivazione, comunica ai denunciatori il proprio primo apprezzamento negativo, assegnando loro un termine entro cui i destinatari possono far pervenire delle osservazioni scritte, sulla base delle quali assume la decisione finale (art. 7, par. 2, reg. UE n. 773/2004), attribuendosi, peraltro, alla mancata tempestiva presentazione di osservazioni scritte un valore significativo, equiparandola al ritiro della denuncia (art. art. 7, par. 3, reg. 773/2004/UE) con conseguente automatica «estinzione» del procedimento preliminare.

⁸⁸ In tal senso si veda, Trib. I UE, 12 maggio 2010, n. 432, in *www.europa.eu*, che, nel respingere l'impugnazione d'un'archiviazione di una denuncia ha chiarito che «57. (...) né i regolamenti n. 17 e n. 2842/98 né i regolamenti n. 1/2003 e n. 773/2004 contengono disposizioni espresse in ordine al seguito da dare, sotto il profilo del merito, ad una denuncia e agli eventuali obblighi di inchiesta della Commissione per quanto riguarda la relativa istruzione. Al riguardo, va osservato che la Commissione non ha l'obbligo di avviare procedimenti diretti ad accertare eventuali violazioni del diritto comunitario e che, tra i diritti conferiti ai denunciatori dai detti regolamenti, non figura quello di ottenere una decisione definitiva circa la sussistenza o meno dell'asserita violazione

Quella discrezionalità pianificata che in principio si riconosce alle amministrazioni tradizionali investite di funzioni di controllo, peraltro, risulta amplificata dagli obblighi di armonizzazione e coordinamento della loro azione che grava sulle amministrazioni indipendenti dei mercati finanziari in ragione dell'appartenenza a reti europee che vogliono garantire l'unità della vigilanza di settore (art. 6 Tub; art. 2 ss. Tuf)⁸⁹. Dunque, quella prerogativa di decidere come impegnare le risorse risulta più ampia di quella di cui dispone, ad esempio, l'Agenzia delle entrate o la Corte dei conti poiché l'assetto finale è il risultato della ponderazione di interessi ulteriori rispetto a quelli riferibili al mercato domestico. Come si trae, infatti, rispettivamente, dalla disciplina assicurativa (art. 3-*bis*, comma 4, cod. ass.) e da quella bancaria (art. 3, commi 1 e 6, Tub) le autorità, nello svolgimento delle loro mansioni, tengono conto e si uniformano alle pratiche di vigilanza mirando ad una convergenza, in prospettiva europea, dell'impiego dei relativi strumenti.

Come anticipato, è ragionevolmente, ampiamente discrezionale anche

(v., con riferimento ai regolamenti n. 17 e n. 2842/98, sentenza Haladjian Frères/Commissione, punto 56 *supra*, punto 27, e giurisprudenza ivi citata).

58 È sulla scorta di tali principi che la giurisprudenza ha riconosciuto che, se la Commissione non è obbligata a pronunciarsi sull'esistenza o meno di un'infrazione, essa non può essere costretta a condurre un'istruttoria, in quanto quest'ultima non potrebbe avere altro scopo se non quello di reperire gli elementi probatori relativi all'esistenza o meno di un'infrazione che essa non è tenuta ad accertare (v., con riferimento ai regolamenti n. 17 e n. 2842/98, sentenza Haladjian Frères/Commissione, punto 56 *supra*, punto 28, e giurisprudenza ivi citata).

59 Nondimeno, anche se la Commissione non è tenuta a procedere ad un'istruttoria, è però tenuta ad esaminare attentamente gli elementi di fatto e di diritto sottoposti alla sua attenzione da parte del denunciante, al fine di accertare se tali elementi non rivelino un comportamento atto a falsare il gioco della concorrenza nell'ambito del mercato comune e a pregiudicare il commercio fra gli Stati membri (v., con riferimento al regolamento n. 17, sentenze del Tribunale 18 settembre 1992, causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. pag. II-2223, punto 79, e giurisprudenza ivi citata, e 16 dicembre 1999, causa T-198/98, Micro Leader/Commissione, Racc. pag. II-3989, punto 27). Peraltro, dato che la Commissione è unicamente tenuta ad esaminare gli elementi di fatto e di diritto sottoposti alla sua attenzione dal denunciante, non compete a tale istituzione dimostrare di aver adottato provvedimenti istruttori, contrariamente alle affermazioni della ricorrente».

⁸⁹ Diversamente, esclude che si possa discutere di discrezionalità, per carenza del profilo della comparazione d'interessi, S. VITALE, *op. cit.*, p. 282, muovendosi, nel non condivisibile presupposto, dell'assenza di margini di scelta delle decisioni organizzative / programmatiche.

la determinazione che è alla base della formulazione dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio. Quella, invero, implicando una prima valutazione degli elementi raccolti ed una prospettazione di antiigiuridicità della condotta descritta, risulta caratterizzata da quello stesso margine d'elasticità d'apprezzamento che, pacificamente, si riconosce alla pubblica amministrazione in sede decisionale, quando cioè pondera i risultati dell'istruttoria svolta in contraddittorio con il candidato responsabile.

Discrezionalità che parrebbe ulteriormente evidenziata da quei regolamenti delle autorità di vigilanza in cui si prevede che l'accertamento o la confezione e spedizione dell'atto di contestazione degli addebiti sia il risultato dell'attività o della cooperazione di un ufficio/organo diverso da quello che ha raccolto gli elementi probatori e/o ha concluso la fase preistruttoria rappresentando a chi ha il potere deliberante, l'esistenza delle condizioni per l'avvio del procedimento punitivo⁹⁰.

Ed anzi, proprio quella «dissociazione» tra competenza allo svolgimento dell'attività di raccolta delle prove e di loro prima valutazione e quella alla predisposizione degli atti esterni dovrebbe rendere ancora più evidente come non sia possibile concepire quell'automatismo – e dunque quel rapporto di necessaria consequenzialità – da molti intravvisto trasparire dalla disciplina generale sul procedimento sanzionatorio⁹¹, da cui in modo meccanico si ritiene discendere il riscontro della condotta non conforme prima, e poi la contestazione (art. 14, l. 689/1981) e l'applicazione della sanzione (art. 19, comma 2, l. 689/1981).

Se si continua a riflettere sullo stadio antecedente all'avvio del procedimento sanzionatorio si può ancora sostenere che la dimensione discrezionale del relativo potere emerge tanto dalle prassi accettate quanto dalle previsioni di legge puntuali in ossequio alle quali le autorità di vigilanza definiscono le fattispecie normative e/o i criteri d'esercizio delle relative prerogative⁹².

Un'esigenza di trasparenza, l'adempimento del principio di buona

⁹⁰ La valutazione delle unità ispettive di Banca d'Italia viene riponderata dal Capo del Dipartimento vigilanza bancaria e finanziaria in sede di apposizione del visto. Analogamente le conclusioni preistruttorie delle divisioni competenti di Consob devono essere rivalutate dai responsabili delle stesse e dal direttore generale dell'autorità cui, congiuntamente, compete la sottoscrizione della lettera di contestazione degli addebiti (art. 4, comma 1, reg. sanzioni Consob).

⁹¹ Per una sintesi, si veda A.M. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁹² S. CIMINI, *op. cit.*, p. 134 ss.

fede oggettiva (art. 9, l. 11 novembre 2011, n. 180), che è autonomo parametro ordinatore dell'azione amministrativa, portano all'adozione di atti diversamente nominati con cui viene chiarita la portata del comando e così reso più prevedibile a che condizioni può prospettarsi il rischio di una sanzione. Con quelle determinazioni, da ricondurre a forme di autolimiti, viene consumata anticipatamente una parte della discrezionalità⁹³. Anzi, l'anticipato esercizio d'una frazione della discrezionalità può essere considerato doveroso in una logica di proporzionalità che vede la sanzione come ultimo strumento d'intervento.

Le difficoltà che devono essere affrontate da chi è investito del potere normativo – conseguenti alla tecnicità d'una data materia od al suo alto tasso d'obsolescenza – non possono, infatti, essere «scaricate» interamente sui vigilati affermando che la normazione per clausole generali e *standard* aprendo alla libertà, limitando gli interventi preventivi, necessariamente impone la espansione di un generale principio di autoreponsabilità⁹⁴. In altri termini, l'obbligo per le P.A. di impiegare per la tutela degli interessi loro affidati i mezzi e le misure meno invasive implica un loro dovere di attivarsi, in positivo, per eliminare i margini di incertezza derivanti dal materiale regolatorio e quel dovere deve essere esteso in modo quanto più intenso se la sfumata linea di confine d'un precetto è conseguenza di una scelta normativa della stessa amministrazione sanzionante⁹⁵.

Conferma della sopraindicata prospettiva, con specifico riguardo alle attività di vigilanza dei mercati finanziari, può trarsi da due distinti documenti normativi posti rispettivamente nel Tub e nel codice delle assicurazioni. Il primo testo unico di settore prevede che «Banca d'Italia determina e rende pubblici preventivamente i principi e i criteri dell'attività di vigilanza» (art. 4, comma 2, Tub). Il documento normativo, ridimensionato nella sua portata per essere ricondotto ad una manifestazione del principio di trasparenza⁹⁶, si spiega e se ne comprende tutto

⁹³ Evidenza, invece, negata da S. VITALE, *op. cit.*, p. 285.

⁹⁴ Cfr. G. ROMAGNOLI, *L'espansione della competenza sanzionatoria di Agcm. Note sulla – dubbia – separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Riv. banc. fin.*, 2016, pp. 330-331.

⁹⁵ Cfr. G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 116 ss.

⁹⁶ La più autorevole dottrina, infatti, ha ritenuto che la prescrizione potesse essere considerata un'applicazione specifica della manifestazione del principio di trasparenza e legificazione, cioè trasformazione in obbligo «dell'antica prassi dell'organo di vigilanza

il suo valore propulsivo, appunto se letto anche in ragione della complementarietà delle varie funzioni di vigilanza e della riconduzione all'area dell'amministrazione attiva anche della potestà punitiva. Un identico dovere di chiarezza anticipata a supporto dei soggetti vigilati – anche tramite l'adozione di autovincoli – si ricava ancora dal codice delle assicurazioni che sancisce che Ivass, oltre ad adottare i provvedimenti necessari per l'adempimento dei suoi compiti, «allo stesso fine rende nota ogni utile raccomandazione o interpretazione» (art. 5, comma 2, cod. ass.). I testi unici finanziari, dunque, esprimono un principio generale di complementarietà e residualità della «leva» punitiva, modulabile per essere espressione di amministrazione attiva. Si tratta, peraltro, di un principio che trova riscontro nella disciplina di altri settori del mercato d'interesse pubblico quale quello delle commesse pubbliche ma il cui riconoscimento non richiede una norma espressa.

Il c.d. codice degli appalti (art. 213, d. lg., 18 aprile 2016, n. 50), nel tradurre le indicazioni della legge delega in punto di attribuzione ad Anac di adeguati poteri di raccomandazione ed orientamento dei vigilati (art. 1, comma 1, lett. t, l. 28 gennaio 2016, n. 11), prevede che la stessa addotti linee guida ed altri atti d'indirizzo relativi all'interpretazione ed applicazione della normativa primaria, reputando tali strumenti utili mezzi, tesi a garantire le finalità della legge in quanto indirizzano i loro destinatari anche quando quest'ultimi si muovono negli spazi riservati all'autonomia privata⁹⁷.

di comunicare con il sistema bancario – per divulgare indirizzi e deliberazioni del CICR, fissare obiettivi, dare indicazioni sulle modalità di esercizio dei propri poteri – utilizzando lo strumento delle “istruzioni di vigilanza”, F. CAPRIGLIONE, *Sub art. 4*, in AA.VV., *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, I, Padova, 2018, p. 39.

Non credo che la disposizione possa essere considerata solo strumento utile per anticipare come l'autorità opererà e come la stessa intenderà il significato delle disposizioni a lei dirette poiché l'anticipazione, da un lato, incide sul processo d'auto analisi preventiva della condotta futura che il vigilato compie prima di agire e, poi, suscita un affidamento da tutelare, a prescindere dalla forza «autovincolante» che ragionevolmente deve essere riconosciuta all'anticipazione dei criteri. Ciò, peraltro, pare in linea con la funzione del principio di trasparenza che mantiene una pratica utilità, nel caso concreto, prima costituendo il fondamento del diritto di accesso agli atti del procedimento e, poi, per essere l'antecedente logico del dovere di fare emergere, da una adeguata motivazione, le ragioni di fatto e di diritto poste alla base della decisione della P.A., M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 158 e p. 312.

⁹⁷ È da segnalare come frequentemente quel potere di indirizzo interpretativo ap-

La discrezionalità del potere punitivo sembra una caratteristica dello stesso, o se si vuole, quasi un suo presupposto, sol si considera la tendenza, evidente nella giurisprudenza europea, ad ammettere ampie forme di autolimitazione del potere di scelta, giustificate in ragione della loro idoneità a rendere prevedibile la decisione. L'autolimita presuppone la discrezionalità perché si sostanzia nella rinuncia preventiva a talune opzioni astrattamente percorribili al fine di consentire la prevedibilità delle scelte che la stessa autorità effettuerà in sede applicativa. Autolimita che, in ragione d'una tutela dei destinatari dei precetti, s'ammette possa giungere sino al punto di tradursi in una rinuncia a parte consistente della discrezionalità. Infatti, in linea di principio, la sua ampiezza si può spingere sino al punto di non sostanzarsi in un'abdicazione della funzione⁹⁸ ed, in specie, impedisca, *a priori*, la considerazione delle peculiarità della singola situazione che sarà sottoposta successivamente al vaglio della P.A.

Sulla stessa linea, poi, si muove anche la giurisprudenza domestica, che si è occupata di sanzioni comminate da Agcm. Il giudice speciale, infatti, esclude che il potere punitivo sia una prerogativa vincolata quando valorizza – in senso limitativo – i limiti ricavabili dai criteri che la stessa autorità ha elaborato per la qualificazione delle pene pecuniarie previste dalla legge⁹⁹. Proprio perché è investito d'un ampio margine di apprez-

plicativo dell'autorità di vigilanza sia postulato, stante la sua coesistenzialità rispetto allo svolgimento delle altre funzioni istituzionali della stessa P.A. In tal senso si veda il regolamento sui procedimenti sanzionatori di Banca d'Italia (adottato con provvedimento del 3 maggio 2016, in www.bancaditalia.it). Dopo aver ricordato che «La Banca d'Italia avvia la procedura sanzionatoria amministrativa nei casi in cui accerta la violazione delle norme per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni amministrative», il terzo comma dell'art. 1.1, parte II, continua precisando che «nelle materie disciplinate da norme di principio (di carattere generale gestionale), in coerenza con esigenze di certezza e prevedibilità della sanzione, la Banca d'Italia valuta la condotta tenendo anche in considerazione eventuali provvedimenti a carattere generale emanati allo scopo di precisare il contenuto del precetto».

⁹⁸ Corte giust., 19 luglio 2016, C-526/14, (par. 40-44), in www.europa.eu, che ammette il potere di autolimitazione, vincolante per il futuro, salva, comunque, la necessità di considerazione delle specificità del caso concreto.

⁹⁹ Per quanto riguarda la ricaduta sulle determinazioni punitive della «*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*», cit., si veda, TAR. Lazio – Roma, 14 giugno 2018, n. 10997 e Cons. St., sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733 in www.giustizia-amministrativa.it.

zamento e facoltà di scelta, quello può di anticipare come intende la portata dei precetti «a comando incompiuto», così consumando una frazione di quella discrezionalità che altrimenti sarebbe stata spesa nel procedimento. Peraltro, si tratta di una spendita anticipata di discrezionalità assolutamente compatibile con la funzione che deve realizzarsi attraverso l'esercizio di un potere non vincolato. Oggetto di consumazione, infatti, è solo quella parte di prerogativa interpretativa integrativa della fattispecie prescrittiva e non invece quella componente riservata alla valutazione concreta esistente al momento dell'azione amministrativa. Come è stato rilevato, quella anticipazione, confermativa della discrezionalità decisoria, non è solo utile per consentire la conoscibilità della pretesa, dando consistenza ragionevole all'obbligo di conoscenza della legge¹⁰⁰. Quella anticipazione, infatti, si risolve in una misura di stabilizzazione dell'impostazione regolatoria dell'amministrazione. Lo strumento terziario anche atipico¹⁰¹, chiamato a completare il senso del regolamento delle stesse autorità¹⁰², a sua volta, può incidere sulla decisione di merito del giudice dell'opposizione nel caso in cui quest'ultimo reputi di dover sostituire in tutto od in parte la decisione impugnata. La predeterminazione dei criteri d'esercizio del potere, infatti, potrebbe limitare l'opera del giudice alla verifica della loro corretta applicazione da parte dell'autorità amministrativa che eroga la sanzione, eventualmente sostituendola in applicazione di quei parametri dalla stessa indicati¹⁰³.

¹⁰⁰ A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 627 ss. Per una riflessione problematica della pretesa alla conoscibilità dei precetti, si veda anche G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 517 ss.

¹⁰¹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 683, ss. e spec. p. 683 ss. e p. 696 ss. ove viene ricordato come nel diritto amministrativo sia dato individuare un'area grigia di confine, tra regolamenti ed atti amministrativi di discussa qualificazione, definita sulla base della considerazione del contenuto sostanziale dei loro effetti.

¹⁰² Cfr. G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 105 ss.

¹⁰³ In tal senso si esprime S. CIMINI, *op. cit.*, p. 139. Si deve osservare, però, come il vincolo per il giudice e, dunque, la stabilità della linea operativa non possa ritenersi in assoluto garantita. Infatti, quella dipende dalla capacità dell'atto di spendita anticipata della discrezionalità di resistere alle censure di illegittimità che, probabilmente, verranno mosse allo stesso in quanto determinazione presupposta della decisione sfavorevole al ricorrente.

6. *Discrezionalità sul «se» della sanzione*

Se si scorrono i testi unici economici si rinvencono diversi elementi positivi che confermano la natura discrezionale del potere sanzionatorio. Tra tutti, peraltro, si segnalano per ampiezza quelli che il codice delle assicurazioni dedica alle prerogative di Ivass. Quelli si contraddistinguono, infatti, per il riconoscimento all'Istituto d'un'ampia facoltà di valutazione delle condotte oggettivamente e soggettivamente non conformi alle regole imposte ai vigilanti. Dunque, evidenziano come possa ritenersi superata la conclusione fondata sulla l. 689/1981 secondo cui anche a fronte della rilevazione di un fatto «esiguo» debba necessariamente essere applicata la sanzione perché non opererebbero, in ambito amministrativo, quei temperamenti previsti per il diritto penale e resi «inesportabili» dal rapporto di specialità intercorrente tra l'uno e l'altro regime¹⁰⁴.

La disciplina assicurativa (art. 311-*bis* e 324-*ter* cod. ass.), come modificata nel 2018¹⁰⁵, ha profondamente ridefinito il regime relativo alla rilevanza degli illeciti. In primo luogo, ha soppresso la disposizione che, pur riconoscendo una facoltà d'apprezzamento della P.A., la limitava in modo assolutamente sostanziale, consentendo la non contestazione solo eccezionalmente nei «casi di assoluta mancanza di pregiudizio per il tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza o per gli interessi degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative» (art. 326 cod. ass.)¹⁰⁶. In secondo luogo, ha introdotto due nuove prescrizioni che, per imprese e intermediari, contemplano la punibilità delle sole infrazioni da considerarsi rilevanti in quanto rispondenti ai criteri di selezione di of-

¹⁰⁴ Come sostenuto da, Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4580, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il giudice amministrativo, infatti, escludeva l'annullamento della sanzione per l'esiguità del fatto punito, evidenziando, da un lato, il rapporto di specialità tra il sistema punitivo penale ed amministrativo che impediva di importare dal primo principi non testualmente previsti dal secondo e, dall'altro, la differente obiettiva minor afflittività della sanzione amministrativa che – pur esponendo il soggetto passivo ad una lesione della libertà o della propria dignità – non ammette l'estensione di principi che già nel primo «sistema» si caratterizzano per una loro eccezionalità.

¹⁰⁵ Operata con il d. l. 21 maggio 2018, n. 68 «Attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento e del Consiglio del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa».

¹⁰⁶ Previsione che, al contrario, apre la disciplina del procedimento sanzionatorio di Covip (art. 19 *quinquies*, d. lg. 252/2005), in esito alla ridefinizione operata con il d. lg., 13 dicembre 2018, n. 147.

fensività dei beni protetti, individuati da Ivass con proprio regolamento. Dunque, la reazione è prevista a fronte d'una violazione che si caratterizza per essere tale da ingenerare una percepibile turbativa delle relazioni regolate, incidendo «negativamente» sulla tutela degli assicurati, su quella degli aventi diritto alla prestazione, sulla complessiva organizzazione dell'impresa o sui profili di rischio aziendale nonché sull'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Come si trae dalla relazione al regolamento sanzioni di Ivass, la legge ha affidato alla disciplina subprimaria – e, dunque, alla discrezionalità dell'autorità – il compito di fissare taluni parametri per soddisfare «l'esigenza di contemperare l'afflittività del nuovo sistema con la concreta incidenza dei comportamenti violativi»¹⁰⁷. L'amministrazione investita di un potere valutativo, quindi, è anche incaricata di fissare i vincoli che la stessa osserverà in sede d'apprezzamento della singola condotta, proprio per limitarsi. Come traspare dalla relazione tecnica, il legislatore ha sentito la necessità di differenziare il profilo testuale della disciplina assicurativa rispetto a quegli altri plessi normativi che sembrano ancorare la punizione alla mera realizzazione della infrazione. Mosso da una logica di proporzionalità, che non tollera pesanti sanzioni per violazioni trascurabili, interviene per compensare il consistentissimo irrobustimento dell'apparato sanzionatorio amministrativo, per effetto della spinta europea¹⁰⁸.

Nel definire i criteri di rilevanza, peraltro, l'autorità si è mossa con grande prudenza, tendenzialmente escludendo rilievo alla violazione iso-

¹⁰⁷ Relazione al reg. Ivass 39, del 2 agosto 2018 «recante la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative e le disposizioni attuative di cui al titolo XVIII (sanzioni e procedimenti sanzionatori) del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private», p. 3, in *www.ivass.it*.

¹⁰⁸ Da tempo la Commissione Ue evidenziava come l'eterogeneità quantitativa – oltre che quella dei criteri applicativi – delle sanzioni amministrative ostava ad un'efficace ed uniforme applicazione del diritto e ne sollecitava un inasprimento, come si trae dalla COM(2010) 716 del 8 dicembre 2010, «Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari», in *www.europa.eu*. In punto di sanzioni pecuniarie, per inosservanza delle disposizioni in materia di distribuzione assicurativa, l'art. 33, par. 2, lett. e) ed f), ferma la libertà nella definizione del minimo edittale – da individuare in un importo comunque dotato di capacità deterrente – indica elevati importi massimi, individuati, rispettivamente, per le imprese in euro 5.000.000 o fino al 5 % del fatturato totale annuo e per le persone fisiche in non meno di euro 700.000; per entrambe le ipotesi, poi, si prevede che le medesime sanzioni siano quantificate, se determinabili, sino al doppio dell'importo dei ricavi ottenuti o delle perdite evitate grazie alle violazioni.

lata, non conclamata, di per sé in grado, anche se ripetuta, di non provocare percepibili ricadute «negative» sui rapporti in essere e che si sviluppano tra i vigilanti, gli assicurati e gli aventi diritto alle prestazioni.

Tanto si trae scorrendo i parametri elencati nell'art. 11, comma 1, del reg. 39/2018, con cui l'Istituto, attuando la delega del legislatore, abbandona la logica degli illeciti di pericolo presunto, per i quali l'integrazione della singola condotta antidoverosa è sufficiente per la punizione, rappresentando la medesima l'indice di un rischio che l'ordinamento vuole evitare con la sanzione e la sua capacità deterrente.

I criteri indicati nelle lett. a (idoneità della condotta a determinare significativi rischi legali o reputazionali alla luce di tutte le circostanze del caso concreto), b (carattere diffuso o sistematico delle violazioni anche in relazione all'articolazione territoriale o all'operatività dell'impresa o dell'intermediario), f (numero delle infrazioni dalla durata del ritardo o dell'omissione nonché dall'entità, se determinabile, del pregiudizio arrecato a terzi), ed h (per quanto concerne le violazioni in materia antiriciclaggio dell'art. 62, d. lg. 231/2007), quando le violazioni risultano «gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime», hanno come comun denominatore quello della molteplicità delle infrazioni. Quello della lettera e (incidenza della condotta difforme sulla tutela degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative, sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti nei confronti della clientela e del mercato nonché sulla sana e prudente gestione), che pur postula la reiterazione degli illeciti, prende anche in considerazione le ricadute delle infrazioni sulle relazioni con gli utenti dei servizi assicurativi. Il criterio della lettera c (mancata ottemperanza a richiami o ad indicazioni di tipo prescrittivo, interpretativo od orientativo dell'autorità di vigilanza) postula la gravità della condotta per mancato approfondimento o recepimento di segnalazioni dell'autorità di vigilanza che, per il loro tenore, impongono una «riflessione autocorrettiva». Il criterio della lettera g (pregiudizio arrecato all'esercizio delle funzioni di vigilanza) postula una sensibile capacità ostativa della condotta antidoverosa e, dunque, la sua idoneità a rallentare o rendere più difficoltosa l'azione di vigilanza. Infine, il forse più sfumato criterio della lettera d (inadeguatezza dei presidi organizzativi e di controllo adottati per assicurare il rispetto della normativa) può essere posto in relazione con la reiterazione degli illeciti poiché l'insufficienza può ragionevolmente emergere in un contesto in cui si rilevano molteplicità di violazioni dei presidi che le misure interne non sono state in grado di prevenire o bloccare.

7. *La discrezionalità nella scelta sanzionatoria. Superamento della distinzione tra sanzioni amministrative in senso stretto ed in senso ampio*

La natura discrezionale del potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, infine, risulta confermata da alcune disposizioni, di recente introduzione, relative al trattamento degli illeciti di scarsa offensività o pericolosità e come tali ritenuti rilevanti ma non a tal punto da richiedere, in principio, l'applicazione di una sanzione pecuniaria. Codice delle assicurazioni, Tub e Tuf attribuiscono alle autorità di vigilanza di settore un ampissimo margine di apprezzamento che – in punto di risposta all'illecito – consente loro di scegliere se applicare la misura punitiva pecuniaria od, in alternativa, adottare un provvedimento a contenuto «correttivo/ripristinatorio».

Se non ci si inganna, dai documenti normativi si può trarre un duplice ordine di conclusioni. In primo luogo, la qualificazione dell'ordine correttivo/ripristinatorio come sanzione dimostra come anche quella pecuniaria – considerata dal legislatore funzionalmente equivalente – possa essere ricondotta nell'insieme degli strumenti di amministrazione attiva, parimenti idonea alla soddisfazione di interessi ulteriori rispetto a quello punitivo. In secondo luogo, la qualificazione dell'ordine come alternativo alla sanzione pecuniaria conferma come ogni espressione della funzione punitiva non possa ritenersi totalmente predeterminata dalla legge ma unicamente dal provvedimento applicativo che, appunto, sceglie quale sia la reazione più appropriata. Dunque, riprendendo la distinzione cara alla giurisprudenza, le disposizioni che di seguito si riportano, dimostrano come non abbia più alcun senso distinguere, come pretende la Corte regolatrice, tra sanzioni in senso stretto ed in senso ampio nel cui procedimento applicativo entrano in gioco o meno solo diritti soggettivi.

Nell'ordine, muovendo dalle disposizioni più recenti¹⁰⁹, si devono ricordare quelle per le quali Ivass quando accerta infrazioni connotate da scarsa offensività o pericolosità, «in relazione alla tipologia e modalità della violazione, può, in alternativa all'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, applicare nei confronti dell'impresa o dell'intermediario una sanzione consistente nell'ordine di eliminare le infra-

¹⁰⁹ Introdotte, rispettivamente, con l'art. 1, commi 41 e 55, d. lg. 68/2018.

zioni, anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento» (art. 311-ter, comma 1, lett. a e art. 324-quater, cod. ass.)¹¹⁰.

Quindi, sono da richiamare quelle di analogo tenore del Tuf e del Tub.

Per l'una la Consob, quando accerta violazioni «connotate da scarsa offensività o pericolosità» può adottare la misura amministrativa costituita in «un ordine di eliminare le infrazioni contestate, con eventuale indicazione delle misure da adottare e del termine per l'adempimento, e di astenersi dal ripeterle» e/o congiuntamente «una dichiarazione pubblica avente ad oggetto la violazione commessa e il soggetto responsabile, quando l'infrazione contestata è cessata» (art. 187-ter.1, comma 9, lett. a – b; art. 192-bis, comma 1, lett. a-b; art. 193, comma 1, lett. a-b; art. 194-quater, comma 1, lett. a-b Tuf)¹¹¹.

Per la normativa bancaria, di tutte la più antica, Banca d'Italia può, in caso di violazioni di talune disposizioni¹¹² «connotate da scarsa offensività o pericolosità (...) in alternativa all'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, applicare nei confronti della società o dell'ente una sanzione consistente nell'ordine di eliminare le infrazioni, anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento» (art. 144-bis, comma 1, Tub)¹¹³.

L'importanza ed il valore sistematico delle disposizioni del codice delle assicurazioni, del Tub e del Tuf è evidente e non può essere vista solo come il segno del superamento della «monopolizzazione» dello scopo punitivo delle sanzioni pecuniarie¹¹⁴. Quella innovazione, infatti, dilata enormemente la potestà conformativa delle autorità di vigilanza

¹¹⁰ Il testo riportato è quello dell'art. 324-quater, comma 1, cod. ass. che è parzialmente identico a quello dell'art. 311-ter, comma 1, lett. a, cod. ass., differenziandosi il primo dal secondo per non contenere un riferimento specifico «alla tipologia e modalità della violazione». Ragionevolmente si tratta d'una prescrizione irrilevante perché le caratteristiche della violazione devono essere espressamente prese in considerazione ai fini della determinazione della decisione discrezionale; il suo contenuto, infatti, non può prescindere dalle caratteristiche specifiche della situazione all'esame della P.A. e ciò anche per una ragione di coerenza con i criteri fissati per la determinazione dell'ammontare delle sanzioni pecuniarie che vi fanno riferimento (art. 311-quinquies, comma 1, lett. a, e, g, h; art. 324-quinquies a, e, g, h, cod. ass.).

¹¹¹ Nel testo introdotto dall'art. 5.6, d. lg. 3 agosto 2017, n. 129.

¹¹² Previste dall'art. 144, comma 1, lettera a, Tub.

¹¹³ Disposizione introdotta con l'art. 1.52, d.lg. 12 maggio 2015, n. 72.

¹¹⁴ Cfr. V. LEMMA, *Sub art. 144-bis*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., III, p. 2648.

che in occasione della rilevazione dell'illecito con l'ordine riparatorio possono determinarsi per eliminare le cause incidendo sull'autonomia organizzativa del soggetto passivo. Come ogni potestà discrezionale anche quella della scelta tra sanzione pecuniaria ed ordine, così come la definizione del suo contenuto, pone in primo piano la necessità d'un equilibrato esercizio del potere, prospettandosi il rischio che le amministrazioni lo impieghino per realizzare obiettivi che si inquadrano in un contesto più ampio di quello correttivo punitivo e che non rientrano tra le loro finalità istituzionali¹¹⁵. Dunque, si impone un'attenzione peculiare sulle loro scelte dovendosi evitare che la P.A. ingiunga alle imprese di adottare misure correttive che si rivelano ben più invasive e penalizzanti del pagamento di una sanzione, per sostanzarsi in pesanti limitazioni dell'autonomia organizzativa ed imprenditoriale del loro destinatario¹¹⁶, con un atto, peraltro, immediatamente esecutivo e non sospeso dall'impugnazione, che se disatteso può, poi, esporre all'applicazione di un'autonoma sanzione pecuniaria¹¹⁷.

A livello generale, poi, i documenti normativi di interesse si segnalano per il loro essere espressione di un moto di avvicinamento degli strumenti di tutela dei mercati finanziari a quelli a presidio di altri settori merceologici aperti all'autonomia privata ma che si caratterizzano per un elevato tasso di regolazione, come nel caso dei settori dei servizi pubblici c.d. liberalizzati.

Tra i tanti settori normativi appare immediato il richiamo all'ambito delle comunicazioni elettroniche ove all'apertura alla libertà d'impresa si è accompagnata, a compensazione, la previsione della potestà di adozione di provvedimenti correttivi. Infatti, una volta rilevata la potenziale

¹¹⁵ Al pari di quanto è accaduto con l'impiego da parte di Agcm del potere di definizione del procedimento con impegni *ex art. 14-ter*, l. 287/1990, su cui per tutti si veda L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, conc., reg.*, 2013, p. 510 ss.

¹¹⁶ Cfr. v. LEMMA, *op. cit.*, p. 2649.

¹¹⁷ Tutte le disposizioni che contemplano la sanzione dell'ordine di eliminazione sono, infatti, presidiate dalla previsione d'una sanzione amministrativa pecuniaria per il caso di inosservanza ed, ulteriormente, l'inadempimento all'ordine viene normalmente indicato come presupposto per l'applicazione della sanzione pecuniaria anche alle persone fisiche che ricoprono incarichi particolari o sono membri degli organi di amministrazione e controllo dell'ente destinatario del provvedimento. A titolo d'esempio, per un modello replicato nel Tub e nel Tuf, si vedano, l'art. 311-*ter*, comma 1, lett. a e l'art. 324-*quater*, cod. ass. e poi la successiva coppia costituita dagli art. 311-*sexies*, comma 2 e dall'art. 324-*septies*, comma 2, cod. ass.

infrazione – in esito ad un procedimento amministrativo a ciò deputato – la P.A. diffida il soggetto passivo, ordinandogli di porre fine al comportamento scorretto, indicandogli, eventualmente le misure riparatorie che il secondo è tenuto ad adottare (art. 2, comma 20, l. 14 novembre 1995, n. 481; art. 98, comma 11, d.lg., 1° agosto 2003, n. 259). Solo in ipotesi di inosservanza o di parziale adempimento si apre la fase puramente punitiva, tesa a reagire all'inosservanza dell'obbligo, la cui portata è stata individuata, nel caso concreto, dalla stessa autorità con la propria determinazione autoritativa.

In altra prospettiva, l'apertura all'alternativa dell'ordine riparatorio in luogo della sanzione pecuniaria può essere vista come conferma della circostanza che l'esercizio del potere punitivo deve essere orientato rigorosamente dal principio di proporzionalità per cui l'afflizione pura diviene l'ultimo strumento cui si può ricorrere. Dunque, sembra prospettarsi che anche in sede reattiva punitiva la P.A. sia tenuta a rispettare un ordine di progressione nell'impiego delle misure a sua disposizione. Quindi, quelle sono obbligate a procedere gradualmente nelle loro scelte avendo riguardo alla situazione concreta ed all'idoneità a superare il fatto della violazione la misura meno afflittiva o tra quelle parimenti afflittive quella idonea a produrre maggiori benefici ed il tutto avendo riguardo anche alla sostenibilità/accettabilità dei sacrifici che derivano dalle diverse soluzioni punitive¹¹⁸.

Probabilmente, però, la previsione della potestà di scelta tra sanzione

¹¹⁸ Il principio di proporzionalità è, infatti, prima, parametro dell'azione amministrativa e poi di giudizio delle valutazioni della P.A., M. CLARICH, *Manuale*, cit., 160. L'opinione prevalente, peraltro, ricorda come l'amministrazione procedente, per rispettare quel parametro, debba svolgere tre distinti «test» indicati come necessari per garantire il mantenimento delle facoltà decisionali nei limiti fissati dalla legge. La P.A., dunque, deve preventivamente verificare l'idoneità della soluzione rispetto allo scopo, la necessità della misura – intesa nel senso della sua insostituibilità – e, in fine, (è questa la proporzionalità in senso stretto) che la misura non imponga all'interesse antagonista a quello pubblico un sacrificio eccessivo se confrontato con il vantaggio conseguito dal primo. Sul punto, oltre a, M. CLARICH, *Manuale*, cit., pp. 159-160 ed anche per ulteriori riferimenti bibliografici, F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss. Per quanto concerne la potestà punitiva un esempio di discrezionalità che tiene conto delle conseguenze sociali può individuarsi in quelle decisioni dell'autorità garante della concorrenza europea che, accertata l'infrazione grave, dispongono l'esenzione dal pagamento della sanzione pecuniaria poiché la sua «esazione» potrebbe compromettere la stabilità dell'impresa punita e, dunque, ricadere negativamente sui rapporti produttivi e di lavoro.

pecuniaria ed ordine può essere vista solo in una prospettiva di completamento degli strumenti di vigilanza¹¹⁹, e manifestazione della proporzionalità ma anche come indicatore d'un avvicinamento del modello correttivo delle autorità indipendenti dei mercati finanziari a quello previsto dalla disciplina generale dell'azione amministrativa nei casi in cui un'attività d'interesse pubblico può essere avviata senza la necessità d'una preventivo atto abilitativo o d'assenso da parte dell'ente vigilante.

Sembra quasi immediato richiamare il regime della Scia. L'amministrazione se riscontra la carenza delle condizioni che il privato attesta esistere con la segnalazione certificata di inizio attività (art. 19-*bis*, l. 241/1990), ha una pluralità d'opzioni in ragione della situazione accertata. Infatti, se «l'attività dell'impresa e i suoi effetti» possono essere conformati alla normativa vigente «con atto motivato invita il privato a provvedere, prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime». Non si prevede, dunque, un trattamento repressivo all'accertamento della violazione che è invece limitato – a prescindere da quello penale – solo per le attestazioni volontariamente non veritiere per cui è prevista la sospensione immediata dell'attività (art. 19, comma 3, l. 241/1990). Con le disposizioni d'interesse della normativa finanziaria, come accade nella disciplina generale, si abbandona il modello che si sostanzia nella sequenza violazione, accertamento, reazione e punizione. Infatti, come previsto dalla legge sulla trasparenza, si conserva uno spazio alla iniziativa del destinatario che ha compiuto un «errore di valutazione», consentendogli di porre in essere un'attività riparatoria il cui contenuto è fissato au-

¹¹⁹ Per il riconoscimento di tale complementarietà, includente anche la facoltà d'ordinare la rimozione delle scelte private non conformi alle prescrizioni normative, si veda Cons. St., sez. III, 16 ottobre 2015, n. 4773, in, www.giustizia-amministrativa.it. Il giudice d'appello, nel respingere l'impugnazione di un'un'impresa televisiva contro un provvedimento di AG.Com che censurava talune prescrizioni dei contratti d'utenza e ne ordinava l'eliminazione ha ricordato come l'esercizio del potere di vigilanza, «come avviene in altri ambiti dell'ordinamento, non si limita solo ad interventi successivi di carattere sanzionatorio (...) ma include anche il potere di indirizzo sul corretto esercizio della funzione vigilata nel rispetto del dettato normativo (ed anche al fine di prevenire le sue possibili violazioni con le conseguenti sanzioni)». Quindi, nel caso di clausole negoziali incompatibili con la disciplina legislativa e regolamentare elaborata dalla stessa amministrazione, «(...) correttamente l'autorità interviene per la rimozione dell'illegittimità indicando la condotta che nel futuro l'operatore deve tenere per non incorrere in ulteriore violazione della disposizione normativa in questione».

toritativamente e la cui attuazione si pone come condizione per la continuazione dell'attività.

In conclusione, l'attribuzione di una potestà di scelta su come reagire alla violazione pone in risalto la discrezionalità reattiva della P.A. offrendo uno strumento duttile di vigilanza «proattiva». Tramite quello, infatti, se non si reputa che la natura stessa del potere discrezionale possa consentire una definizione concordata del procedimento sanzionatorio¹²⁰, si potrebbe trasformare il procedimento sanzionatorio in un luogo di definizione della situazione contestata per effetto del «concorrente apporto» di privato o P.A., similmente a quanto accade in quei settori in cui è contemplata la conclusione del procedimento con impegni (art. 14-ter, l. 287/1990). Nello svolgimento del contraddittorio il soggetto passivo potrebbe proporre in via subordinata alle difese il possibile contenuto dell'ordine, sui cui potrebbe convergere l'adesione dell'autorità. Di qui la conclusione d'un procedimento senza l'applicazione della sanzione amministrativa ma con l'obbligo di «fare» del soggetto passivo, reso doveroso da un provvedimento amministrativo che da un punto di vista sostanziale non differisce molto da quello che Agcm può adottare (ex art. 14-ter, comma 1, l. 287/1990).

¹²⁰ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 298.

CAPITOLO III

I parametri ordinatori dell'esercizio del potere punitivo

SOMMARIO: 1. Il problema dei parametri ordinatori del potere punitivo. – 2. L'integrazione dei parametri tramite l'art. 6 Cedu. I diversi percorsi d'implementazione delle indicazioni della l. 689/1981. Il «canale» costituzionale. Il «canale» europeo. – 3. Continua. L'art. 117, comma 1, Cost. e gli artt. 6-7 Cedu come disposizioni costituzionali interposte. – 4. Continua. L'art. 52 Carta dei diritti fondamentali UE e gli artt. 6-7 Cedu. – 5. La posizione della giurisprudenza. L'apertura del giudice amministrativo e la (parziale) chiusura del giudice ordinario. – 6. Il principio di legalità. Determinatezza della fattispecie e conoscibilità preventiva della pretesa conformativa – 7. I corollari del principio di legalità. Divieto di interpretazione estensiva e analogica, irretroattività delle sanzioni e retroattività del regime più mite – 8. Il principio di personalità, proporzionalità e ricadute sulla «quantificazione» della sanzione – 9. Il principio di presunzione di innocenza contro il principio di presunzione di colpevolezza – 10. Il principio del *ne bis in idem*.

1. *Il problema dei parametri ordinatori del potere punitivo*

La complessità del dibattito sulla portata e rilevanza del potere punitivo – e se si vuole i dubbi e le incertezze che lo accompagnano – può essere letta anche come il riflesso delle difficoltà che si incontrano nell'individuazione dei parametri ordinatori del suo esercizio. La definizione di un loro nucleo minimo caratterizzante che si ponga quale strumento di orientamento di una funzione amministrativa residuale rispetto a quelle del disporre e regolare, verosimilmente, è stata resa particolarmente ardua per il concorso di almeno due fattori. Da un lato, quella problematicità, secondo i più, è in parte ascrivibile all'assenza di riferimenti costituzionali espressi¹, dunque, peserebbe una incertezza significativamente indotta dalla irreperibilità di indicazioni specifiche nella Carta fondamentale su tale prerogativa. Dall'altro, vi concorrerebbe la circo-

¹ Per tutti, S. CIMINI, *Il potere punitivo delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, p. 166.

stanza che la funzione repressiva affidata alla P.A. è intesa come una forma di reazione meno grave di quella penale e, dunque, soggetta a minori vincoli, avvertendosi come meno stringente la «vocazione» garantistica di questo segmento del diritto punitivo.

È, peraltro, da evidenziare come quella percezione d'insieme della compatibilità dell'azione reattiva della P.A. con un regime attenuato di protezione del soggetto passivo, sembra essere, almeno in parte, rinforzata dal succedersi di diversi atti normativi. Infatti, le varie leggi di depenalizzazione susseguitesi nel tempo, con il trasformare i reati in illeciti amministrativi, nel tradurre in regola una riconsiderazione politica del valore dei beni presidiati, hanno assecondato l'idea secondo cui al minor rigore punitivo, naturalmente, si dovesse accompagnare un corrispondente minor rigore sostanziale, procedimentale in funzione difensiva del candidato responsabile².

Dunque, una sorta di precompressione del «peso» e del «ruolo» della sanzione amministrativa ha condotto a dubitare o, quantomeno, a rendere incerta la trasposizione all'ambito di interesse di parametri e principi concepiti per la misura penale ed a leggere in modo riduttivo il contenuto degli atti aventi valore di legge che ne fissavano i criteri di esercizio. Sul piano pratico, quindi, ne è derivato un diverso modo di identificare la violazione, di accertare i suoi elementi essenziali, di considerare l'efficacia della legge e, dunque, l'ascrizione della responsabilità ad un candidato responsabile.

S'è, quindi, creato un insieme di condizioni che conducono ad un'applicazione «quasi» meccanica della sanzione, per l'operare di una diversa serie di presunzioni e semplificazioni soprattutto avallate dalla giurisprudenza civile. Una considerazione d'insieme delle pronunce emesse in esito alle opposizioni alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob dà l'impressione che quella si sia mossa in base ad un'idea di fondo secondo cui i limiti che incanalano la trasformazione in atto di quell'energia prevista dalla norma³ siano più blandi e, dunque, consentano di far correre la forza, che è propria del potere pubblico, in spazi molto più ampi e con meno vincoli.

² Ed ulteriormente un minor interesse, come sottolinea, P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 55-57.

³ Secondo la definizione benvenutiana di potere, ripresa nei più diffusi manuali. Per tutti, si veda, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna⁴, 2019, p. 109.

Traspare, dunque, una generalizzata persuasione in merito al fatto che una maggior libertà della P.A. sia più che giustificata dall'esigenza di garantire una tempestiva e, quindi, efficiente risposta a quelle infrazioni che possono mettere in dubbio l'effettività dell'assetto regolamentare di un dato settore. Da qui, come anticipato, la condivisa accettazione d'una radicale «semplificazione» dello svolgimento dell'azione amministrativa, postulandosi che nella fase punitiva l'interesse sanzionatorio fatto valere dalla P.A. con la propria iniziativa sia assolutizzante perché la prima, nella relazione procedimentale con il sanzionando, si collocherebbe in una situazione di totale supremazia – mirando alla riaffermazione del diritto violato – cui necessariamente deve accompagnarsi la «diluizione» degli interessi e diritti – anche difensivi – del secondo.

La tematica dei criteri ordinatori del potere punitivo assume, peraltro, un carattere particolarmente delicato quando si guarda alle amministrazioni indipendenti e ciò sia per un relativamente recente mutamento di prassi di vigilanza inaugurato alla fine del primo decennio di questo secolo sia per il loro ruolo e posizione nell'ambito dell'organizzazione pubblica. Quanto alla prima si è rilevato come quelle particolari amministrazioni, infatti, a fronte delle tensioni dei vari segmenti dei mercati regolamentati, delle crisi degli operatori nonché per l'esplosione di «scandali» finanziari, hanno riconsiderato l'impiego di quel potere prima esercitato marginalmente ed in modo contenuto, così trasformandolo nello «strumento principale della punizione economica e sociale»⁴. Quanto alla seconda prospettiva, si osserva come quel tratto caratteristico costituito dall'indipendenza delle autorità ha contribuito significativamente all'approvazione da parte dell'opinione pubblica di misure quanto più severe. L'adozione della decisione da parte di una P.A. «chiamata» a garantire il rispetto delle regole ed il buon funzionamento di un segmento del mercato finanziario, terza rispetto ai suoi attori, ha condotto, infatti, a vederla come una forma od ipotesi di applicazione obiettiva – quasi indiscutibile – del diritto⁵. Dunque, come una riaffermazione del diritto realizzata per mezzo dell'opera di un soggetto «quasi terzo»⁶ che agendo

⁴ Così E. BINDI e A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti a doppio binario al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2017, p. 2.

⁵ Cfr. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in AA.Vv., *Arbitri e mercati*, Bologna, 2010, p. 11 ss. e spec. pp. 13-15.

⁶ Capitolo I, par. 3.

per la soddisfazione di un interesse proprio, di tipo arbitrare⁷, al rispetto delle regole, mira a recuperare con la sanzione, *a posteriori*, la legalità violata.

La sanzione con il suo stigmatizzare una condotta non conforme alle regole di protezione di investitori, risparmiatori ed assicurati, si volgerebbe, dunque, in qualche modo anche in favore degli interlocutori dell'impresa punita a prescindere dagli ulteriori benefici che questi ultimi possono trarre dal procedimento⁸.

Come si vedrà, quell'insieme di fattori che conducono ad una lettura riduttiva dei parametri e dei principi dei procedimenti punitivi, ancor oggi seguita⁹, non ha alcun fondamento e trova la sua unica ragione in una sorta di calcificazione di interpretazioni limitative della giurisprudenza che tende a leggere in modo antistorico le indicazioni della l. 24 novembre 1981, n. 689.

Anche l'interpretazione ed applicazione della disciplina delle sanzioni amministrative dei mercati finanziari, come è stato rilevato¹⁰, verosimilmente, sconta, di riflesso, gli effetti di una lettura semplificata e parziale della l. 689/1981 e del suo essere espressione d'una scelta politica che realizzava un alleggerimento del carico afflittivo della punizione con l'abbandono dell'area penale.

È, infatti, degna d'adesione l'osservazione¹¹ secondo cui, ragionevolmente, è accaduto che lo scopo della depenalizzazione – tra cui rientrava l'alleggerimento dei carichi di lavoro dei giudici penali – abbia finito per prevalere sulla lettura della legge. Di qui una ricostruzione anti – letterale da parte della giurisprudenza del significato delle disposizioni generali della l. 689/1981 che miravano a riproporre, per le sanzioni amministrative, quei principi valevoli per il diritto penale. L'alleggerimento della misura punitiva ha, in altri termini, indotto ad una interpretazione tesa ad “annacquare” i criteri sostanziali e procedurali che erano stati posti per la reazione dell'illecito da parte della P.A.; nel presupposto

⁷ M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 14.

⁸ Capitolo I, par. 6 e par. 7.

⁹ Se non mi inganno, postula l'adesione all'impostazione giurisprudenziale criticata, sia pur con una timidissima apertura ad una sua riconsiderazione critica, la ricostruzione proposta da C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, 2019, in *www.federalismi.it*.

¹⁰ Per tutti, di recente, P. CERBO, *op. cit.*, pp. 56 e 58.

¹¹ P. CERBO, *op. cit.*, p. 61.

della diversità, si è giustificata, anzi si è sostenuta, la necessità di un'azione repressiva quanto più snella di quest'ultima. Dunque, l'assolutizzazione di una delle finalità normative contingenti della l. 689/1981, ha condotto la giurisprudenza a negare l'opzione legislativa per l'estensione del «modello penalistico» alle sanzioni amministrative in assenza d'un predefinito modello concettuale ed amministrativo di sanzione amministrativa cui fare riferimento¹².

Dunque, la valenza di disciplina generale della sezione prima della l. 689/1981 – dichiarata applicabile ad ogni altra violazione, per cui non è previsto altro regime (art. 12, l. 689/1981) – ha avuto come effetto quello di escludere che anche per le sanzioni poste dalle normative dei mercati finanziari vi fossero spazi per riproporre in sede amministrativa e poi di opposizione al provvedimento applicativo quelle medesime garanzie affermatesi nel diritto penale e ciò anche per la sentita necessità di assicurare una quanto più celere risposta ad infrazioni e prescrizioni direttamente o indirettamente poste a tutela di diverse forme di risparmio oggetto di rilevanza costituzionale (art. 47 Cost.).

I risultati di quella lettura ispirata al massimo alleggerimento del carico di lavoro prima della P.A. e poi del giudice dell'opposizione sono noti e possono essere così sintetizzati: ammissibilità di una tipizzazione limitata della condotta illecita; inapplicabilità del principio di retroattività del trattamento più favorevole; attenuazione della presunzione di colpevolezza; attenuazione della personalizzazione della sanzione; possibilità di una ripetuta punibilità dello stesso fatto materiale¹³.

A prescindere dalle questioni di principio, però, è da osservare¹⁴ come ciò che si può, al limite, tollerare per la lotta agli illeciti semplici, sanzionati con misure d'importo contenuto, non risulta ragionevole quando si discute di quelli puniti dalle autorità indipendenti dei mercati finanziari. Vale a dire di violazioni di disposizioni che presuppongono accertamenti complessi, giudizi ed apprezzamenti ampiamente discrezionali¹⁵, cui consegue l'applicazione di pesantissime sanzioni pecuniarie¹⁶ magari accompagnate da misure punitive accessorie quali incapacità tem-

¹² P. CERBO, *op. cit.*, p. 57.

¹³ P. CERBO, *op. cit.*, pp. 57-62. Per una riconsiderazione critica d'insieme è, peraltro, d'obbligo il rinvio a A.M. SANDULLI, voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992.

¹⁴ E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. loc. cit.*

¹⁵ Capitolo II, par. 2 e par. 5.

¹⁶ P. CERBO, *op. cit.*, p. 62, che manifesta la perplessità in merito all'estensione della

poranee, radiazione da elenchi o registri, confische od, ancora, al discredito derivante dalla pubblicazione del dispositivo della determinazione punitiva.

La necessità del riconoscimento di un livello ampio di tutele al soggetto passivo del procedimento amministrativo e, dunque, d'un arricchimento dei parametri di orientamento del suo esercizio, però, pare essere ineludibile sol si consideri la capacità afflittiva di un provvedimento che ingiunge il pagamento di molte decine di migliaia di euro e magari comporta la perdita della capacità di svolgere taluni ruoli¹⁷, cui anche si accompagna l'obiettivo discredito o lesione dell'immagine del suo destinatario arrecata dalla pubblicazione della notizia dell'adozione del provvedimento punitivo¹⁸.

2. *L'integrazione dei parametri tramite l'art. 6 Cedu. I diversi percorsi d'implementazione delle indicazioni della l. 689/1981. Il «canale» costituzionale. Il «canale» europeo*

Il persistente stato di incertezza, le difficoltà ricostruttive e la lettura «riduttiva» della disciplina di interesse sono, però, poste in dubbio da un sempre più consistente filone di studiosi che ha individuato nell'art. 6 Cedu relativo «al diritto ad un equo processo» lo strumento «forte» di integrazione dei parametri ordinatori del potere punitivo¹⁹.

semplificazione giurisprudenziale dalle sanzioni oggetto di depenalizzazione a quelle amministrative più complesse e pesanti introdotte dalle leggi successive al 1981.

¹⁷ Per la riconducibilità alla nozione di sanzione penale di un'incapacità derivante da sanzione amministrativa, si veda, Corte giust., 13 settembre 2018, C-385/16, in *www.europa.eu*, spec., par. 48 ss. di motivazione.

¹⁸ Del resto, anche la stessa Consulta – Corte cost., 25 ottobre 2018, n. 223, in *www.cortecostituzionale.it* – ha sottolineato come si possa criticare la «presunzione da cui muove il legislatore ordinario, che la sanzione amministrativa sia in ogni caso più favorevole di quella penale».

¹⁹ Tra i moltissimi contributi si segnalano, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*; ID, *La rilevanza dell'art. 6 Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; ID, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività determinatezza e la prevedibilità*, 2017, in *www.federalismi.it*. Negli stessi termini si vedano: F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per prati-*

Per quella corrente di pensiero, infatti, è possibile trarre dalla disposizione convenzionale rigorosi principi di orientamento ed esercizio della prerogativa reattiva pubblica, così incanalandola tra argini più alti e robusti rispetto a quelli erigibili con i materiali domestici, per l'acquisita estensibilità all'azione amministrativa punitiva di quanto originariamente (e testualmente) previsto per garantire un nucleo incompressibile di diritti nel contenzioso che si svolge innanzi al giudice penale o civile. È opinione condivisa che una lenta evoluzione interpretativa – a vario titolo vincolante – ha condotto al superamento dei limiti testuali della disposizione convenzionale e, dunque, all'affermazione dell'applicabilità dei relativi principi sostanziali e procedurali anche all'azione punitiva della P.A. Mutamento, si deve sottolineare, che è gravido di conseguenze tanto per i soggetti passivi dei procedimenti sanzionatori quanto per le amministrazioni procedenti per l'operare di due canali «d'importazione» che consentono di superare il limite ontologico di diritto internazionale secondo cui, in principio, le convenzioni vincolano gli Stati firmatari ma non rilevano per i loro cittadini se non mediatamente nei termini previsti dalle leggi di ratifica.

Il percorso evolutivo relativo all'estensione dei principi del processo al procedimento è stato innescato da un ormai risalente impostazione del giudice di Strasburgo che ha inteso superare le differenze formali per privilegiare la sostanza delle relazioni tra Stato e soggetto passivo del-

che commerciali scorrette, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 668 ss.; ID, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto; il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. it. pubbl. com.*, 2014, p. 337 ss.; ID, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*², Torino, 2015, p. 3 ss.; A. MOZZATI, *La conformità europea dei procedimenti e degli atti amministrativi interni*, Napoli, 2012, p. 31 ss.; P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e «materia penale»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, p.1073 ss.; G. ROMAGNOLI, *La potestà sanzionatoria amministrativa a presidio della disciplina dell'abbinamento di mutui immobiliari o contratti di credito al consumo a polizze vita (art. 28, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) – Condotte punibili e modalità d'esercizio dell'azione pubblica*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2014, I, p. 632 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, spec. p. 101 ss.; ID, *rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (a margine del problema della intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 456 ss. e spec. p. 482; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 166 ss.; S. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, p. 86 ss.; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'uomo – I vincoli Cedu all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018, p. 121 ss.

l'azione pubblica e perciò ha ampliato il raggio d'applicazione dell'art. 6 Cedu. È, infatti, acquisito che la Corte europea dei diritti dell'uomo – depositaria esclusiva dell'esegesi della Convenzione²⁰ – interpreta in modo peculiare sia il termine «tribunale» che l'espressione «accusa penale», al fine di evitare che l'effettivo riconoscimento delle garanzie previste dalla disciplina dell'equo processo risulti condizionato dalle qualificazioni formali del rapporto punitivo invalse nei diversi Stati firmatari o da loro scelte organizzative²¹. Dunque, alla luce di quella impostazione interpretativa cade la distinzione tra procedimento e processo che è la base della lettura riduttiva delle garanzie procedurali, imponendosene, così, una rigorosa osservanza ogni qual volta ci si trovi innanzi ad un primo esercizio del potere punitivo²².

Per la Corte Edu, innanzitutto, è pacifico che una pubblica amministrazione quando esercita poteri repressivi, comminando sanzioni anche pecuniarie²³, è assimilabile ad un tribunale. È, poi, certo che la contestazione da parte di una pubblica autorità d'un'infrazione, che espone il destinatario al rischio di una misura afflittiva, rientra nel concetto di accusa penale, con tutte le conseguenze sul piano procedurale²⁴. La Corte di Strasburgo, in altri termini, attribuisce alle nozioni di «tribunale» e di «accusa penale» dell'art. 6 Cedu un significato proprio e distinto rispetto a quello riconosciuto nei diversi paesi, al dichiarato fine di assicurare un'applicazione sostanziale della disciplina dell'equo processo nei singoli stati membri del Consiglio d'Europa²⁵.

In particolare, il giudice della Convenzione, in sintonia con l'indicata prospettiva funzionale, non considera determinante, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 Cedu, la qualificazione in termini di illecito penale od

²⁰ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348-349, in *Foro it.*, 2008, I, c. 40 ss. Dopo il primo riconoscimento dell'esclusiva interpretativa, in più occasioni, la Consulta ha riconosciuto la riserva esegetica alla Corte Edu. Tra le più recenti si vedano, Cort. cost., 26 marzo 2015, n. 49; Cort. cost., 20 luglio 2016, n. 193; Corte cost., 13 giugno 2018, n. 120, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

²¹ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 36 ss.

²² M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 167.

²³ Corte Edu, 15 agosto 2008, C. 7460/03, *Nadtochy c. Ucraina*, par. 20-21; Corte Edu, 23 novembre 2006, C. 7305/01, *Jussila c. Finlandia*, par. 38, entrambe in *www.echr.coe.int*.

²⁴ Con riguardo ai procedimenti sanzionatori di Consob si veda la notissima, Corte Edu, 4 marzo 2014, C. 18640/10, *Grande Stevens c. Italia*, par. 94, in *www.echr.coe.int*.

²⁵ Corte Edu, 8 giugno 1976, C. 5101/71, *Engel c. Olanda*, par. 81- 82, in *www.echr.coe.int*.

amministrativo compiuta dal diritto interno del singolo Stato aderente. Si reputano, invero, penali non solo le sanzioni così espressamente considerate da ciascun diritto domestico bensì anche quelle previste per la violazione di norme dirette alla generalità dei consociati²⁶, quando esse risultano caratterizzate da una finalità punitiva²⁷. Ancora, si considerano penali tanto le sanzioni obiettivamente gravi²⁸ quanto quelle che – in astratto – non si palesano tali, esponendo l'indagato al rischio della condanna al pagamento di una somma di danaro «relativamente tenue»²⁹, poiché ciò che rileva, in ultima analisi, è la loro – anche non esclusiva – funzione afflittiva/deterrente³⁰.

²⁶ L'art. 6 Cedu, per la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, risulta anche applicabile ai procedimenti disciplinari, categoria di procedimenti punitivi avviabili nei confronti di cerchie limitate di soggetti, cioè verso chi è legato da un vincolo particolare all'amministrazione od opera in «settori ad accesso riservato» su cui la prima vigila. La limitazione – diretta od indiretta – alla libertà d'azione derivante dall'applicazione della pena amministrativa porta, infatti, a ricondurre tale procedimento nell'ambito di quelli in cui si «controverte di diritti o doveri di carattere civile», cui la norma convenzionale estende le proprie prescrizioni procedurali, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu*, cit., p. 194 ss.

²⁷ Corte Edu, 27 settembre 2011, C. 43509/08, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia, par. 43, in *www.echr.coe.int*.

²⁸ Corte Edu, 4 marzo 2014, C. 18640/10, cit. par. 97- 101.

²⁹ Corte Edu, 2 settembre 1998, C. 26138/95, Lauko c. Slovakia, par. 58, in *www.echr.coe.int*.

³⁰ Con specifico riguardo alle scelte italiane, si deve ricordare che la Corte di Strasburgo ha ritenuto penali le sanzioni pecuniarie comminate in applicazione del procedimento previsto dalla l. 689/1981 sulla depenalizzazione per la loro formale caratterizzazione deterrente punitiva e, quindi, ha reputato tale l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di 62.000 lire contestata per eccesso di velocità (Corte Edu, 9 novembre 1999, C. 35260/97, Veruzza c. Italia). Dunque, il costante – più o meno ampio richiamo alla legge sulla depenalizzazione, operata dalle norme sulle sanzioni delle autorità indipendenti – e tra queste quelle di Ivass, induce a qualificarle penali ai sensi della Convenzione a prescindere dal fatto che sia contestata un'infrazione sanzionata, magari di poche migliaia di euro, ad un «conglomerato finanziario». La Corte, da tempo, esclude, in principio, la possibilità di negare la natura penale di una sanzione in ragione della sua lieve entità pecuniaria – Corte Edu, 21 febbraio 1984, C. 8544/79, Ozturk c. Turchia, par. 41, in *www.echr.coe.int*. – o per il limitato tipo di privazione afflittiva che prevede; pertanto, ha ritenuto applicabili le garanzie procedurali al procedimento che può portare, ad esempio, al ritiro di punti dalla patente di guida – Corte Edu, 23 settembre 1988, C. 27812/95, Malge c. Francia, par. 39, in *www.echr.coe.int*. È, ancora da sottolineare, poi, come il giudice di Strasburgo, recentemente, ha ritenuto di trarre argomento di conferma della natura penale della sanzione, oltre che dai tradizionali elementi sintomatici, anche dalla posizione costante della giurisprudenza dello Stato ade-

Presupposto dell'applicazione della disciplina convenzionale, per il giudice di Strasburgo, è il riscontro di uno solo dei criteri alternativi (c.d. Engel *criteria*) rispetto cui quello della funzione punitiva assume un ruolo prevalente o dominante tanto rispetto a quello della qualificazione formale che a quello della gravità della sanzione comminabile. È, peraltro, da ricordare la massima apertura e tensione all'estensione delle tutele sostanziali e processuali tanto che, se nessuno dei criteri porta con certezza alla riqualificazione della sanzione, per garantire la massima protezione, la stessa Corte di Strasburgo li impiega cumulativamente³¹ per poter giustificare, nel caso concreto, un innalzamento delle garanzie³².

Volendo sintetizzare, l'assimilazione dell'azione amministrativa a quella penale, in prospettiva d'ampliamento delle garanzie, viene legata all'emersione del carattere dissuasivo repressivo della misura e, dunque, nel non essere una forma di compensazione per equivalente del danno arrecato con la trasgressione e, quindi, non avere un carattere risarcitorio. A fronte di una tanto estesa apertura della Corte di Strasburgo sembrano potersi condividere le conclusioni della dottrina specialistica secondo cui nel «cono» dell'art. 6 Cedu dovrebbero essere ricomprese tutte le sanzioni amministrative (quanto meno pecuniarie) italiane³³.

Come anticipato, venendo al secondo aspetto, il fenomeno di integrazione/implementazione dei principi dell'azione amministrativa è reso possibile da un duplice percorso, a seconda che si verta in procedimenti sanzionatori che siano o meno «legati» al diritto dell'Unione europea per costituirne forme di presidio od attuazione.

Come si vedrà nei prossimi paragrafi, i due diversi «canali», che si pongono in una relazione di alternatività, sono sottoposti a distinte condizioni di operatività la cui ricorrenza conduce alla produzione di effetti diversi per quanto riguarda la ricaduta pratica dei principi Cedu nei rapporti tra privati e P.A.

Per comodità espositiva si ricorderanno, separatamente, i passaggi sa-

rente che, in più occasioni, aveva evidenziato la funzione retributiva punitiva della sanzione applicata con il provvedimento posto in contestazione, Corte Edu, 11 settembre 2011, C. 43509/08, *cit.* par. 41.

³¹ Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 168-169, cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

³² Corte Edu, 30 maggio 2006, 38184/03 Matyec c. Polonia, par. 58 e Corte Edu, 24 febbraio 1994, 12547/86, Bendenoun c. Francia, par. 47, in *www.echr.coe.int*.

³³ M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU*, *cit.*, p. 6.

lienti delle due vie d'implementazione iniziando dalla prima, che ha carattere generale, e trova fondamento in una disposizione della Carta fondamentale e, dunque, ha un raggio operativo ampio rispetto all'altra fondata sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta UE).

3. *Continua. L'art. 117, comma 1, Cost. e gli artt. 6 – 7 Cedu come disposizioni costituzionali interposte*

Il primo pacifico «canale» di importazione dei principi Cedu è rappresentato, nel nostro ordinamento, dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui prevede che la potestà legislativa è esercitata anche nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. La disposizione della Carta fondamentale che impone una necessaria coerenza tra impegni «esterni» dello Stato e la sua attività legislativa ha evidenti ricadute interpretative. Il richiamo agli obblighi internazionali – anche pattizi – ha l'effetto di implementare e specificare la portata della disposizione costituzionale che vi fa rinvio³⁴. Di qui l'obbligo per l'amministrazione³⁵, prima del giudice³⁶, di tenere conto del significato costituzionale integrato quando applica le leggi «interne» perché sia il disporre che il giudicare sono attività sottoposte ai medesimi principi ed identico è il modo con cui i due poteri, sia pur in momenti diversi, devono procedere all'individuazione della norma.

Nel ricercare l'interpretazione conforme alla Costituzione anche la pubblica amministrazione deve, quindi, tener conto delle indicazioni della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, nei termini fissati dalla Corte di Strasburgo, cui lo stesso trattato assegna il compito di definire in modo vincolante per gli Stati membri la portata ed il senso dei suoi precetti³⁷. Dunque, la disposizione interposta si atteggia ad essere un crite-

³⁴ E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 23 ss.

³⁵ S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 194-195.

³⁶ Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, spec. p. 688 ss.

³⁷ Artt. 19, 32, 34 Cedu. Così, E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. cit.*, pp. 24-25 che ricordano che il giudice deve «cercare di interpretare la norma interna conformemente al diritto convenzionale e solo quando questa strada non risulta percorribile sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., attraverso la violazione della norma convenzionale «interposta». Gli stessi, poi, sottolineano come «la norma convenzionale «interposta» (...) non è soltanto la disposizione

rio interpretativo dinamico che viene aggiustato progressivamente in ragione dell'evoluzione delle pronunzie del giudice di Strasburgo.

Nell'affrontare la legittimità della disciplina relativa ai criteri di determinazione dell'indennità d'espropriazione con l'art. 117, comma 1, Cost., la Consulta ha precisato che la Convenzione europea ha la funzione di dare consistenza contenutistica al parametro indicato dalla stessa Costituzione; significato precettivo che viene a concretizzarsi anche tramite il recepimento del risultato dell'opera del giudice della Convenzione e, dunque, della sua attività di interpretazione e caratterizzazione degli obblighi dello Stato firmatario³⁸.

convenzionale, ma la disposizione convenzionale come interpretata dalla Corte Edu alla quale, ai sensi dell'art. 32, par. 1, Cedu, è attribuita una competenza esclusiva d'interpretazione e applicazione».

³⁸ Per Cort. cost., n. 348/2007, *cit.*, «La struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione "fonti interposte", ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (*ex plurimis*, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della Cedu, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

4.6. – La Cedu presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47".

Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Cedu vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una com-

La Corte costituzionale, in più occasioni, è, poi, stata chiamata a verificare la tenuta delle disposizioni interne rispetto alla Carta fonda-

petenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia.

4.7. – Quanto detto sinora non significa che le norme della Cedu, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le «norme interposte» e quelle costituzionali.

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

Poiché, come chiarito sopra, le norme della Cedu vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione.

In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione».

mentale, come integrata dalla Cedu e dal suo giudice, tendenzialmente confermando la sua posizione.

Per la Consulta, per dar rilievo al fattore «integrativo» e, quindi, poter ritenere estese in via interpretativa le garanzie convenzionali penali ai procedimenti sanzionatori amministrativi è necessario riscontrare la natura punitiva dei precetti³⁹. Risulta, cioè, indispensabile verificare alla luce dei criteri Engel se la disposizione, di cui è discussa l'applicazione, abbia una connotazione repressiva retributiva; caratterizzazione, si deve evidenziare, che la stessa Corte Edu non reputa dovere essere esclusiva, sottolineando come la finalità «retributiva» sia pienamente compatibile con altri scopi tra cui quello ripristinatorio e preventivo, considerati per certi aspetti costitutivi della stessa nozione di pena⁴⁰. Per la Consulta, dunque, è imprescindibile un esame, caso per caso, per verificare la natura punitiva di ciascuna singola misura amministrativa, non essendo possibile trarre dalla giurisprudenza convenzionale la parificazione di ogni sanzione a quella penale e da qui derivare l'estensione delle garanzie sostanziali e processuali⁴¹.

È, anche, da segnalare come la nostra Corte costituzionale, recentemente, abbia valorizzato il ruolo dell'interprete. Infatti, ha ricordato che chi è chiamato ad effettuare tale controllo sulla natura della sanzione deve agire libero da limitazioni, impegnandosi in un esame sostanziale che non è impedito o condizionato nella sua ampiezza dalla circostanza che nello specifico non si rinvergono pertinenti pronunzie della Corte Edu. Per la Consulta⁴², invero, se da un lato è innegabile che la pro-

³⁹ Corte cost., 6 luglio 2016, n. 193, in *www.cortecostituzionale.it.*, per la cui analisi si rinvia a M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, 2016, in *www.aic.it*.

⁴⁰ Corte Edu, 9 febbraio 1995, n. 17449/90, Welch c. Gran Bretagna, in *www.echr.coe.int*.

⁴¹ In particolare, nelle considerazioni in diritto, Corte cost., n. 193/2016, par. 3.5, ha sottolineato come dalla giurisprudenza Edu non si tragga una generalizzata estensione del regime delle garanzie, risultando questo ancorato ad un riscontro caso per caso da effettuare avendo riguardo alle singole situazioni specifiche.

⁴² Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *www.cortecostituzionale.it*. In tal senso si vedano le considerazioni in diritto sviluppate nel par. 6.2. ove ribadendo la propria precedente posizione ha affermato che, ai fini dell'estensione delle garanzie convenzionali (nel caso retroattività della legge successiva più favorevole), «non osta l'assenza, sino a questo momento, di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come questa Corte ha avuto recentemente occasione di affermare, infatti, “è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la Cedu, se non con riferimento ai casi

nuncia del giudice convenzionale ha un'obiettiva dimensione concreta di contestualizzazione e chiarificazione della disposizione Cedu, dall'altro, non è meno innegabile che dalle stesse pronunce del giudice di Strasburgo possono trarsi principi generali applicabili anche a casi prima non trattati⁴³.

Si deve, peraltro, ricordare come la stabilizzazione ed integrazione dell'indicato meccanismo «d'importazione», è stato poi oggetto d'un ridimensionamento da parte della stessa Corte costituzionale che s'è espressa sui limiti della vincolatività delle sentenze del giudice di Strasburgo⁴⁴. Per la Consulta, infatti, non ogni pronuncia del giudice della Convenzione genererebbe un vincolo interpretativo ma solo quella che si caratterizza da un punto di vista formale o si pone in linea di continuità con precedenti affermazioni. Dunque, non l'isolato precedente, da considerare sempre in ragione del contesto che lo ha generato, ma unicamente quelli che esprimono posizioni consolidate o i c.d. pilota, destinati a porre le basi per una correzione di una violazione seriale del diritto Cedu da parte di un singolo Stato⁴⁵.

che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo” (sentenza n. 68 del 2017)».

⁴³ Sui profili pubblicistici dell'operazione e sulla sua complessità, si veda R. RORDORF, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra le Corti supreme europee*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 95 ss.

⁴⁴ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 199 ss.

⁴⁵ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, par. 7, in *www.cortecostituzionale.it*. Nel prendere posizione sulla rilevanza della pronuncia per il magistrato estraneo al processo che ne ha dato occasione, la Corte ha ricordato che sebbene l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuita «in prima battuta ai giudici degli Stati membri», quelli non «possano ignorare l'interpretazione della Corte Edu, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione. Corrisponde infatti a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla Cedu, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo (sentenza n. 349 del 2007)». Quindi prosegue rimarcando come la stessa ha già precisato «che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)». Dunque, anche conformemente alle indicazioni della disciplina procedurale specifica, è “solo un diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». Infatti, la stessa nozione di «giurisprudenza consolidata trova ri-

Tanto ricordato, se non ci si inganna, il ripensamento della nostra Corte costituzionale pare discutibile e non sembra in grado di interrompere quel segnalato, virtuoso processo di integrazione. Infatti, l'esame del sistema convenzionale, che la stessa Consulta reputa essere un quadro di riferimento, svela come quella differenziazione degli effetti delle diverse pronunce sia priva di fondamento⁴⁶. Dunque, non vi è la

conoscimento nell'art. 28 della Cedu, a riprova che, anche nell'ambito di quest'ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un *well-established case-law* che normally means *case-law which has been consistently applied by a Chamber*, salvo il caso eccezionale su questione di principio, particularly when the Grand Chamber has rendered it (così le spiegazioni all'art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l'art. 28 della Cedu). Poiché è «di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della Cedu abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla Cedu su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto.

Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una «sentenza pilota», il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011). Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter «prescindere» (*ex plurimis*, sentenza n. 303 del 2011), salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (*ex plurimis*, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte».

⁴⁶ Per una critica si veda anche A. RUGGERI, *Tecniche decisorie dei giudici e «forza*

possibilità di distinguere in ragione di elementi estrinseci (pronuncia della Grande Camera e delle sezioni semplici) od intrinseci alla sentenza (deliberazione all'unanimità e a maggioranza con opzioni dissenzienti). Quindi, non è dato impiegare la difficoltà legata all'individuazione della portata e del significato d'una «giurisprudenza consolidata» del giudice della Convenzione per negare un significato forte al principio di legalità ed ai suoi corollari (riserva di legge, divieto di analogia, irretroattività e retroattività favorevole) i quali vengono a trovare una copertura sovraordinata rispetto alla legge ordinaria⁴⁷ e, dunque, sono casi posti al riparo dalle ricordate interpretazioni riduttive.

Per dar ragione dell'opinabilità dell'arresto della Consulta⁴⁸, pare sufficiente ricordare, da un lato, il ruolo del giudice di Strasburgo e, dall'altro, il modo con cui lo stesso intende la propria giurisprudenza.

La premessa è che il giudice della Convenzione non applica diritto ma è giudice della tutela dei diritti⁴⁹, impegnato in una continua opera di protezione e creazione di valori fondamentali. In questa dimensione non vige una regola del c.d. *stare decisis* in quanto la persuasività delle sue pronunzie promana dall'autorevolezza e razionalità dell'azione dell'istituzione. Una continuità di soluzioni uguali garantisce la certezza del

*normativa» della Carta di Nizza – Strasburgo, 2020, spec. pp. 526 –528, in www.forumcostituzionale.it, che, peraltro, segnala come il dubbio fondamento della tesi che vuole rilevante solo il diritto della giurisprudenza consolidata della Corte Edu si pone quale fonte di un duplice inconveniente: in primo luogo, non impedisce che il singolo precedente, indicativo di un nuovo orientamento della Corte di Strasburgo, non venga importato attraverso il «canale» della Carta di Nizza (su cui si veda cap. 3, par. 4); in secondo luogo, espone al rischio che, la valutazione in punto di consolidamento che compie il giudice nazionale, condizioni l'ingresso dei principi convenzionali risultando la stessa subordinata ad una precedente lettura della Costituzione od anche delle medesime leggi. Per un'analisi critica dell'impostazione riduttiva si veda anche R. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, 2018, in www.osservatoriocostituzionale.it.*

⁴⁷ Così, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁸ Pronuncia, in parte, letta come ratificazione da parte della Consulta del proprio ruolo di garante dei diritti costituzionali, altrimenti contenuto o marginalizzato dal crescente impiego dei giudici comuni dell'interpretazione costituzionalmente orientata dall'art. 117, comma 1, Cost. e dall'altro come occasione di contenimento della giurisprudenza Cedu da parte dei giudici comuni ai fini della definizione del significato e portata del diritto interno, cfr. F. BIONDI, *Quale delega tra le Corti ?*, 2019, spec. pp. 8-10, in www.federalismi.it.

⁴⁹ Cfr. P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contr. e impr. Europa*, 2013, spec. pp. 687-689.

diritto. Tale continuità, peraltro, non può mai compromettere il riconoscimento di un'istanza di tutela posta al vaglio della Corte⁵⁰. Infatti, anche la Grande Camera, vale a dire l'organo giurisdizionale più «eminente», non è vincolata alla propria giurisprudenza, potendo discostarsene per ragioni di avanzamento di tutela o quando sia necessario per portare a sviluppi ulteriori i principi già enunciati.

In punto di «censimento delle pronunzie» definitive, al fine della «catalogazione» dei loro effetti⁵¹ di «trascinamento», si è anche ricordato come una giurisprudenza costante possa essere individuata tanto in una serie omogenea di soluzioni giudiziali come anche in una sola sentenza cui viene attribuita la stessa valenza persuasivo / orientativa⁵².

La Corte di Strasburgo, peraltro, si è contrapposta al distinguo indicato dalla nostra Corte costituzionale, in parte giustificato e spiegato con la determinazione della seconda a garantirsi un certo margine d'autonomia ed una sfera di influenza⁵³. Infatti, nel ritornare su d'una questione sostanzialmente identica a quella in cui la Consulta aveva posto il ricordato distinguo⁵⁴, il giudice della Convenzione rimarca come «le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico». Il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate⁵⁵. Ulteriormente, in contrapposizione con l'impostazione della Consulta, sia pur nel contesto

⁵⁰ Per un puntuale, quanto sintetico ed efficace esame delle sentenze della Corte Edu, si veda M. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Questione giustizia*, 2018, spec., p. 104 ss.,

⁵¹ Escludendo le c.d. sentenze pilota [art. 61, reg. Corte (revisione del 14 novembre 2016)], cioè quelle particolari forme di pronuncia utilizzate quando ci si trova di fronte ad un problema strutturale della legislazione di un determinato Stato (ad esempio, ciò avviene quando la Corte Edu è investita di plurimi casi che riguardano il medesimo problema giuridico). In queste situazioni, la Corte non si limita ad individuare il problema che il caso presenta e a condannare lo Stato convenuto, ma si spinge a indicare, nel dispositivo, le misure più idonee che lo Stato deve adottare per porre rimedio alla problematica. Scopo di una sentenza pilota è, quindi, quello di individuare e porre rimedio a problemi sistemici presenti in un determinato Stato e non può esplicitare i propri effetti in altri ordinamenti che, necessariamente, hanno un diverso apparato normativo, tendendo appunto a risolvere questioni seriali.

⁵² M. CIVININI, *op. loc. cit.*

⁵³ F. BIONDI, *op. loc. cit.*

⁵⁴ A. RUGGERI, *Tecniche*, cit., p. 527; F. BIONDI, *op. loc. cit.*

⁵⁵ Corte Edu, 28 giugno 2018, n. 1828/06, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, in *www.echr.coe.int*. Per il cui esame si rinvia a, M. CIVININI, *op. loc.*, p. 108.

d'un'opinione parzialmente divergente⁵⁶, si evidenzia come l'unico effetto dell'individuazione di una giurisprudenza consolidata sia di natura meramente interna processuale. Infatti, a fronte dell'emersione di una linea interpretativa condivisa, si apre la possibilità per la Corte di decidere le questioni processualmente ammissibili a «ranghi ridotti» e, dunque, agevolare lo smaltimento dell'arretrato, riservando l'esame delle questioni di maggior delicatezza al collegio nella sua composizione ordinaria⁵⁷.

4. *Continua. L'art. 52 Carta dei diritti fondamentali UE e gli artt. 6-7 Cedu*

Il secondo canale di importazione/trasposizione dei principi elaborati dalla giurisprudenza Cedu è costituito dall'art. 52, par. 3, Carta UE, disposizione che prevede un meccanismo automatico di adattamento dell'interpretazione della normativa europea a quella data alla corrispondente disposizione della Convenzione. Nel documento normativo, come si trae dal suo testo, si contempla un congegno di rinvio alla Cedu assolutamente distinto e diverso da quelli previsti dall'art. 6, par. 2 e par. 3, TUE. La diversità del meccanismo di interesse, e se si vuole il suo maggiore impatto «pratico» attuale, è reso evidente se si ricordano i due percorsi – entrambi mediati – che il trattato UE contempla per dar rilievo all'interno dell'Unione al diritto costituzionale od a quanto da esso ricavato. L'art. 6, par. 2, infatti, subordina l'efficacia della Convenzione Edu nei confronti della UE, alla formale adesione dell'ultima con i modi previsti dal diritto internazionale. Quindi, la sua vincolatività integrale è differita al compimento d'un atto di «carattere internazionale». Il paragrafo successivo dell'art. 6, invece, prevede un distinto meccanismo complesso e «mediato»; per quest'ultimo, infatti, i diritti fondamentali riconosciuti dalla Cedu sono direttamente rilevanti per l'Unione – in quanto suoi principi generali – limitatamente a quella parte degli stessi che possono considerarsi espressioni delle «tradizioni costituzionali comuni agli stati membri».

Diversamente, l'art. 52, par. 3, Carta UE, fissa un meccanismo «a presa diretta» di pari dignità e portata di quelli dell'art. 6 TUE stante il

⁵⁶ Corte Edu, 28 giugno 2018, n. 1828/06, *cit.*, par. 39.

⁵⁷ M. CIVININI, *op. loc.*, p. 109

riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6, par. 1, TUE)⁵⁸. Pertanto, per effetto dell'art. 52, par. 3, Carta UE – che è parte del «diritto costituzionale UE» – sia pur in uno spazio limitato dalla stessa Carta UE, acquistano rilevanza diretta quelle disposizioni Cedu che sino al perfezionamento dell'adesione dell'Unione alla Convenzione costituiscono solo una fonte di ispirazione per la ricostruzione dei principi generali del diritto⁵⁹ e, quindi, risultano privi di valore normativo immediato⁶⁰.

La lettura dell'art. 52, par. 3, Carta UE, sgombra ogni dubbio in merito all'autonomia e operatività immediata del meccanismo, prevedendo che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Ai fini di interesse, per quanto concerne l'integrazione/implementazione dei parametri e dei principi del potere punitivo, quindi, si dovrà prima riscontrare l'esistenza di disposizioni della Carta che contengano prescrizioni relative all'esercizio della prerogativa sanzionatoria od introducano requisiti sostanziali e, poi, verificarne la corrispondenza con quelli della Convenzione Edu e, quindi, importarli come eventualmente declinati dalla giurisprudenza di Strasburgo⁶¹. La riscontrata coincidenza,

⁵⁸ Cfr. S. VITALE, *op. cit.*, p. 129 ss. Sulla funzione di «conciliazione» dell'art. 52 Carta UE, tra i livelli di tutela garantiti dalla Corte e quelli Cedu, si veda P. SIRENA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'art. 6 Cedu*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 2019 ss.

⁵⁹ Cfr. V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, 2019, spec. p. 424 ss., in *www.aic.it*.

⁶⁰ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea* 6, Milano, 2018, pp. 198-199. L'individuazione del principio è il risultato di un'opera interpretativa dai risvolti tutt'altro che scontati, atteso che non tutti i principi ricevono lo stesso grado di condivisione. Vi sono infatti, principi forti, quali quello del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo che hanno una consistenza scontata, altri, invece, quali appunto quelli dell'ampiezza delle garanzie nel procedimento amministrativo, che sono tutti da dimostrare ed affermare.

⁶¹ Sui profili problematici e sull'impostazione seguita dai giudici chiamati a garantire la coerenza e coesione di sistema Cedu, europeo e nazionale, si veda M. CARTABIA, *Con-*

dunque, apre, in linea di principio, all'integrazione del significato della Carta anche nei termini evolutivi impressi dalla giurisprudenza Edu⁶², attuando un rinvio mobile che non implica la soggezione della stessa Unione europea al controllo degli organi della Convenzione per cui è richiesto il perfezionamento del processo di adesione⁶³, proprio perché è la Carta a contemplare la conformazione del diritto europeo alla Cedu. Rinvio mobile, ancora, si deve sottolineare, che è stato concepito per agevolare il riconoscimento di un livello minimo di tutela e, se si vuole, la sintonia tra garanzie della Carta e quelle offerte dalla Cedu, senza il quale potrebbe essere realizzata con il più complesso meccanismo dell'art. 6, par. 2, Trattato Ue, tramite l'opera della Corte di giustizia cui è affidato il compito d'individuare i principi fondamentali dell'Unione⁶⁴.

Se ora si sposta l'attenzione sul contenuto della Carta si possono segnalare come d'interesse, per la dinamica del procedimento amministrativo punitivo, alcune disposizioni raccolte rispettivamente nel suo titolo V (artt. 41 e 42) e nel titolo VI (artt. 47-50).

Ai nostri fini, in specie, si devono ricordare: l'art. 41 che garantisce il diritto d'ogni persona al trattamento in modo imparziale, equo, ed in un termine ragionevole, delle questioni che la riguardano nonché d'essere ascoltata prima dell'adozione di un provvedimento motivato nei suoi confronti e, comunque, previo accesso al fascicolo; l'art. 48 che pone la presunzione di innocenza a favore di ogni imputato sino a quando la sua colpevolezza non sia legalmente provata; l'art. 49 che riafferma il principio di legalità e proporzionalità, disponendo l'applicazione del regime sanzionatorio vigente al momento della commissione del fatto, salva

vergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2018, in *www.aic.it*.

⁶² In principio – come rileva L. DANIELE, *op. cit.*, pp. 210-211 – il combinarsi di Carta, Convenzione ed eventualmente livelli di tutela previsti dagli Stati membri deve portare al riconoscimento degli *standard* o parametri più elevati e tutelanti. A tale tensione migliorativa, peraltro, la Corte di giustizia pone un limite, anche in ragione dell'estraneità formale della Cedu all'ordinamento europeo. Ciò, in specie, avviene, quando il grado di tutela del diritto fondamentale sia stato «crystallizzato» da una specifica norma o atto della stessa Unione. In tale ipotesi il giudice UE attribuisce prevalenza al bilanciamento normativo e d'interessi generali compiuto dalle istituzioni europee in quanto espressione di un raggiunto consenso sulla portata di uno specifico diritto. Di qui l'inoperatività di fonti esterne all'Unione così come degli *standard* di tutela più elevati previsti anche a livello costituzionale da uno specifico Stato membro.

⁶³ Cfr. L. DANIELE, *op. cit.*, p. 216.

⁶⁴ Cfr. L. DANIELE, *op. cit.*, p. 206 e p. 210.

l'introduzione successiva di un trattamento meno grave, ferma comunque la necessità dell'osservanza di un principio di proporzionalità tra gravità della pena e quella dell'infrazione; l'art. 50 per il quale è vietata la ri-sottoposizione a procedimento od a punizione per uno stesso fatto già esaminato o sanzionato.

Il raffronto con il testo della Convenzione Edu, che costituì la fonte di ispirazione della Carta⁶⁵, rende agevole riscontrare la corrispondenza degli articoli ricordati con gli artt. 6 e 7 della prima. Gli elementi testuali del primo articolo sull'equo processo risultano sostanzialmente sovrapponibili prevedendosi che la (questione) «causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale» (par. 1), e che la persona sottoposta a procedimento «è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata» (par. 2), e le deve essere garantita una tempestiva ed adeguata informazione e piena facoltà difensiva con totale accesso agli atti dell'accusa (par. 3). Nel secondo articolo si ripete la necessità che il fatto punito sia considerato reato quando è stato commesso e l'insensibilità del regime punitivo di una determinata condotta indicata come illecita agli eventuali successivi aggravamenti della sanzione.

È, peraltro, da segnalare come il meccanismo dell'art. 52, par. 3, della Carta Ue, abbia una portata assai ampia prevedendo che l'integrazione dei principi ordinatori del potere punitivo valga ad orientare non solo l'esercizio delle potestà sanzionatorie degli organi dell'Unione ma anche quelle degli organi degli Stati membri che agiscono per il rispetto e l'attuazione del diritto della UE o delle misure necessarie per la sua armonizzazione. Dovrebbe essere pleonastico ricordare la maggior portata degli effetti del meccanismo dell'art. 52, par. 3, Carta Ue, rispetto a quello costituito dal nostro canale costituzionale⁶⁶. Il recepimento dinamico, l'introduzione nel diritto UE anche degli apporti evolutivi della giurisprudenza Edu, portano a far coincidere il livello minimo di protezione del diritto dell'Unione con quello individuato dalla prima. Dunque, il contrasto di una norma interna con quella europea, come integrata dalla giurisprudenza Cedu, ne imporrà prima alle P.A. e poi al giudice la disap-

⁶⁵ La Carta, infatti, rappresentò la soluzione per ovviare all'incertezza sull'ambito di individuazione dei principi fondamentali – opera affidata alla Corte di giustizia – sia per superare quelle difficoltà legate all'adesione alla Cedu da parte della UE, L. DANIELE, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁶ Capitolo III, par. 3.

plicazione⁶⁷. L'apporto della giurisprudenza di Strasburgo, per il richiamato meccanismo di recepimento, e salvo temperamenti, quindi, da un lato, concorrerà ad indicare l'interpretazione preferibile del diritto interno⁶⁸, dall'altro imporrà di agire prescindendo dall'esistenza di una norma che si palesa con essa incompatibile⁶⁹ ed, ancora, colorerà di illegittimità il provvedimento che risulti rispettoso della legge vigente ma non conforme al diritto dell'Unione⁷⁰, come ricostruito con l'apporto della prima.

5. *La posizione della giurisprudenza. L'apertura del giudice amministrativo e la (parziale) chiusura del giudice ordinario*

Terminata la ricognizione dei canali d'integrazione dei principi sull'esercizio del potere punitivo, si impone la verifica delle loro ricadute pratiche, sull'operare quotidiano delle autorità. L'esame delle decisioni e delle impostazioni seguite dalle diverse amministrazioni di settore evidenzia una certa riluttanza nel recepimento dell'integrazione garantistica dei parametri dell'azione sanzionatoria e dell'interpretazione estensiva delle disposizioni poste a tutela del soggetto passivo del procedimento, oggetto d'avallo giurisprudenziale. Sembra, dunque, potersi riscontrare l'esistenza d'un processo d'estensione, lento, sofferto e non lineare sensibilmente condizionato dall'atteggiamento del diverso giudice cui spetta la giurisdizione sulla revisione dei provvedimenti punitivi⁷¹. Infatti, le ripetute prudenti e non certo coerentissime aperture della Consulta sull'art. 6 Cedu⁷², così come sulle stesse disposizioni della Carta europea,

⁶⁷ Nella più recente giurisprudenza costituzionale si veda, Corte cost., 6 marzo 2019, n. 117, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁶⁸ Tanto più che i principi della Carta hanno certamente efficacia diretta nei confronti delle amministrazioni e, dunque, possono essere fatti valere nei confronti degli organi dell'Unione e degli altri apparati chiamati ad applicare il diritto derivato, per quanto concerne l'ambito di estensione dei principi, cfr. Corte giust., 13 dicembre 2018, C-358/16, in *www.europa.eu*, par. 52

⁶⁹ In senso parzialmente diverso sembra esprimersi, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 211, che, considerando solo la portata precettiva dell'art. 6 TUE, reputa che si possa procedere alla disapplicazione diretta delle norme contrastanti con la Cedu solo nel caso in cui la controversia riguardi una fattispecie di interesse comunitario.

⁷⁰ Per una sintesi si veda, S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁷¹ Capitolo V, par. 2.

⁷² Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., n. 49/2015, *cit.*; Corte cost., n. 193/2016, *cit.*; Corte cost., n. 63/2019, *cit.*

vengono considerate in diverso modo, rispettivamente, dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario, con conseguente formarsi di due orientamenti «distonici» a fronte di situazioni «identiche».

Pertanto, alle difficoltà relative al formante rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale se ne aggiunge una ulteriore costituita dall'impostazione di fondo seguita dall'ordine cui appartiene il giudice di merito. In sostanza, così si possono rinvenire – quanto meno a livello pratico – due complesse variabili che, nel loro insieme, rendono non scontata l'elaborazione di stabili indirizzi applicativi dei principi su poteri e procedimenti, rilevanti per l'operare, rispettivamente, del meccanismo (d'importazione) costituzionale (art. 117, comma 1, Cost.) od europeo (art. 52 Carta UE).

Per quanto riguarda la prima variabile può reputarsi non certamente sicuro l'atteggiamento della Consulta rispetto alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive ove l'ampliamento delle tutele dipende dalla scelta, compiuta di volta in volta, d'estendere o meno un principio ricavabile da una pronuncia del giudice di Strasburgo oltre la specificità del caso deciso, negando la necessità di una sua interpretazione ed applicazione in «senso stretto». La Corte costituzionale, con una certa disinvoltura, infatti, sembra orientarsi tanto nell'una quanto nell'altra direzione. Così, di recente, ha affermato che l'estensione delle garanzie Cedu non è condizionata dalla esistenza di corrispondenti pronunce del giudice della Convenzione che ne impongano l'osservanza – dunque, optando per una lettura estensiva⁷³ – benché, poco prima, si fosse espressa in modo contrario. Infatti, proprio l'assenza di pronunce specifiche della Corte Edu era stata impiegata come argomento ostativo ad un «ampliamento» delle garanzie procedurali e sostanziali⁷⁴.

⁷³ Corte cost., n. 63/2019, *cit.*, par. 6.2.

⁷⁴ In tal senso si veda, Corte cost., 10 gennaio 2017, n. 43, in *www.cortecostituzionale.it*. Il giudice reputa infondata la questione di costituzionalità dell'art. 30, comma 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, nella parte in cui non prevede che la dichiarazione di illegittimità costituzionale sortisca effetti anche nei confronti di sentenze definitive di conferma di sanzioni amministrative. Per la Consulta, infatti, «Il principio della retroattività degli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale di cui al terzo comma del medesimo articolo – che, come questa Corte ha più volte ribadito, “è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte” (da ultimo, sentenza n. 10 del 2015) – si estende oltre il limite dei rapporti esauriti nel solo ambito penale, in considerazione della gravità con cui le sanzioni penali incidono sulla libertà o su altri interessi fondamentali della persona» (3.1). Ricordato che secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo vi sono sanzioni amministrative punitive che meritano l'estensione

Più articolata, come anticipato, è la complessità della seconda variabile. Se si osservano, infatti, le diverse «posizioni» dei giudici immediatamente si rileva come quello amministrativo – cui sono riservati i ricorsi contro tutte le delibere sanzionatorie delle autorità di vigilanza, con esclusione di Consob e Banca d'Italia – tenda a fare proprie, in modo fedele, le indicazioni della Corte di Strasburgo per quanto concerne l'impiego dei criteri relativi alla identificazione della natura punitiva delle sanzioni.

Tanto il Tar quanto il Consiglio di Stato procedono all'estensione delle tutele, ricavabili dall'art. 6 Cedu e dal successivo art. 7, quando risultano la natura punitiva della sanzione per rispondere questa positivamente almeno ad uno dei tre criteri indicati dalla c.d. sentenza Engel⁷⁵.

Analisi, si sottolinea, che conduce il giudice amministrativo ad una tendenziale risposta affermativa ampliativa sia per l'ampia duttilità dei criteri Engel sia per le caratteristiche intrinseche del sistema sanzionato-

delle garanzie penali (par. 3.3. – 3.4.), la Consulta ritiene di dover «verificare se nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia reperibile un principio analogo a quello previsto dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, volto a precludere l'esecuzione di una sanzione sostanzialmente penale, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, qualora la norma che la prevedeva sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima o altrimenti invalida *ex tunc*». Solo in tal modo, infatti, si potrebbe verificare se, come reputa il giudice remittente «il «principio di legalità penale» di cui all'art. 7 Cedu non tollera sanzioni basate su norme illegittime, sicché «la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma sanzionatrice comporta il venir meno, *ex tunc*, della base legale (legal basis) della sanzione comminata e la sua illegittimità ai sensi dell'art. 7 Cedu». La verifica, però, si rivela negativa e dunque la questione di costituzionalità, che richiederebbe un intervento additivo «sovraabbonante» viene respinta. Nella sentenza si legge che «dalla giurisprudenza della Corte Edu non si evince, allo stato, una tale affermazione» corrispondente a quella del giudice del rinvio. E ciò tanto più perché «Quanto alla dimensione temporale del principio di legalità di cui all'art. 7 della Cedu, la giurisprudenza europea è intervenuta solo sotto il profilo della successione delle leggi nel tempo». In specie «(...) fino ad epoca recente, la Corte europea ha ritenuto che la garanzia riguardasse solo il divieto di retroattività delle norme incriminatrici e della sanzione più sfavorevole. A partire dalla sentenza Scoppola contro Italia (Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 settembre 2009), la Grande Camera, attraverso una interpretazione evolutiva, ha poi ampliato la sfera delle garanzie coperte dallo stesso art. 7, affermando che esso include anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa, senza però che sia intaccato il valore del giudicato. Sulla scorta di tale giurisprudenza, detto principio è stato richiamato e ribadito anche da questa Corte nelle sentenze n. 230 del 2012 e n. 236 del 2011».

⁷⁵ Su cui si veda Capitolo III, par. 2.

rio amministrativo⁷⁶. Quest'ultimo, infatti, pone sempre una sanzione per dare una risposta ad un interesse di carattere generale a garanzia dell'osservanza delle regole e, dunque, per disincentivarne in via preventiva la violazione. I primi, poi, per l'elasticità che li caratterizza, sono idonei a ricomprendere nell'insieme delle punizioni assimilabili a quelle penali ogni forma di reazione punitiva pubblica, prevista come risposta all'illecito e, dunque, anche a prescindere dall'entità della pena pecuniaria inflitta che si reputa non debba essere particolarmente consistente. Nella sostanza vi è una sanzione punitiva, con tutto ciò che ne consegue dal lato d'estensione dei principi garantistici, anche in presenza di misure che non hanno carattere privativo della autodeterminazione del loro destinatario e si limitano ad imporgli un'obbligazione di pagamento di qualche centinaio di euro⁷⁷. È, peraltro, da segnalare come l'interpretazione del giudice speciale si ponga in sintonia con quella seguita dal giudice civile ordinario nei normali procedimenti, con doppio grado di merito, in cui sono contestate tutte le sanzioni amministrative pecuniarie diverse da quelle comminate da Banca d'Italia e Consob. Dunque, con l'esclusione delle Corti d'appello, quali giudici d'unico grado di merito⁷⁸, entrambi gli ordini giurisdizionali convengono sulle modalità d'impiego dei c.d. criteri Engel; si registra così una convergenza sul modo con cui discernere se la sanzione amministrativa – come argomentato dalla Consulta – abbia una sostanziale finalità punitiva e, dunque, imponga l'e-

⁷⁶ In senso diverso si segnala la, per ora, isolata pronuncia di Tar Lazio, 30 giugno 2020, n. 1303, in www.giustizia-amministrativa.it, per la quale le sanzioni Covip – applicate per la violazione delle prescrizioni organizzative comportamentali dei fondi pensione – non avrebbero caratteristiche tali da essere considerate sostanzialmente punitive in quanto non sarebbero particolarmente gravi e non presidierebbero un settore (quello della previdenza complementare) in cui non risulterebbero coinvolti «rilevanti interessi generali».

⁷⁷ In tal senso si veda Cons. St., sez. II, 20 febbraio 2020 n. 1301, par. 5, in www.giustizia-amministrativa.it, che – nel confermare l'ampiezza della giurisdizione di merito del giudice dell'impugnazione – afferma la natura punitiva della sanzione amministrativa di circa 3.000 euro comminata al proprietario di un immobile su cui erano stati eseguiti lavori di ristrutturazione non autorizzati. Ancora, il massimo giudice amministrativo – Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043, in www.giustizia-amministrativa.it – ha ribadito la natura punitiva delle sanzioni comminate da Ivass, in ragione della natura della disposizione repressiva, finalizzata alla cura dell'interesse generale al buon andamento del mercato assicurativo, il cui importo edittale era compreso tra 1.000 e 10.000 euro (art. 324, comma 1, cod. ass.).

⁷⁸ Vedi capitolo V, par. 2.

stensione di una più ampia gamma di tutele rispetto a quelle minime ricavabili dall'interpretazione riduttiva della l. 689/1981⁷⁹. È proprio, infatti, impiegando i criteri Engel con le stesse modalità del giudice speciale che, recentemente, la Corte d'appello di Milano, ha riconosciuto l'applicazione estensiva del regime più favorevole rispetto a quello vigente al momento della realizzazione del comportamento stigmatizzato. Il giudice distrettuale, superando il precedente orientamento, grazie all'impiego del formato europeo, giunge a ritenere che, anche in ambito extrapenale, il sanzionato benefici dell'effetto favorevole della modificazione della fattispecie incriminatrice successiva alla commissione del fatto in caso di una legge che ridefinisca in termini più stringenti i comportamenti costituenti illecito amministrativo⁸⁰.

Non è certo inutile sottolineare come la Corte d'appello di Milano – similmente al giudice amministrativo⁸¹ – nel riesaminare l'opposizione all'applicazione di una sanzione regionale, abbia proceduto con rigore nel rispetto di tutte le coordinate offerte dalla precedente giurisprudenza convenzionale. In specie: ha verificato la riqualificabilità della sanzione ai fini Cedu, sulla base dei noti criteri, riconosciuti alternativi e non cumulativi; ha sviluppato un'analisi attenta delle caratteristiche della singola sanzione; non si è ritenuta vincolata dall'assenza di procedimenti specifici del giudice di Strasburgo in punto di retroattività del regime più favorevole. Quindi, apprezzata l'effettiva ricaduta della ridefinizione sostanziale della condotta ammessa rispetto alla fattispecie punitiva, ha annullato il provvedimento, reputando di poter giungere alla conclusione favorevole all'appellante con un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1 l. 689/1981, in applicazione dei principi indicati nella sentenza n. 63/2019 della Corte costituzionale.

Assolutamente diversa – e oggetto di serrata critica⁸² – è, invece, l'impostazione seguita, rispettivamente, dalle Corti d'appello e dalla Corte di cassazione nel decidere le opposizioni contro le sanzioni applicate da Banca d'Italia e Consob. In tali ipotesi, infatti, tanto il giudice di me-

⁷⁹ Vedi Capitolo III, par. 1.

⁸⁰ App. Milano, 27 novembre 2019, in *www.ilcaso.it*, che accoglie l'appello contro una sanzione applicata per «abbandono di rifiuti speciali» poi riqualificati da una legge successiva come «terre e rocce da scavo» eventualmente riutilizzabili.

⁸¹ Tra le più recenti si veda, Cons. Stato, 24 giugno 2020, n. 4073, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸² Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 172.

rito quanto la Corte regolatrice reputano non prospettabile un'estensione delle garanzie convenzionali poiché le relative pene amministrative, salvo un'eccezione, non avrebbero mai quella gravità tale da considerarle assimilabili a quelle penali⁸³.

⁸³ Per quanto riguarda le sanzioni comminate da Banca d'Italia si veda Cass., 28 settembre 2016, n. 19219, in *De Jure*, per cui «(...) le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 t.u.b. per carenze nell'organizzazione e nei controlli interni (è il caso di specie) non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla Consob ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f. per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 Cedu». In termini, si veda Cass., 24 giugno 2016, n. 3656, in *De Jure*, che in modo più dettagliato ripropone il confronto tra sanzioni di Banca d'Italia e quelle previste per i c.d. abusi di mercato. Per la Corte regolatrice il giudice di Strasburgo con la sentenza Grande Stevens 18640/10 del 2014 «ha richiamato la propria giurisprudenza, secondo cui, al fine di stabilire la sussistenza di una "accusa in materia penale", occorre tener presenti (in via alternativa e non cumulativa) tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della "sanzione". Ciò posto, essa ha concentrato la sua attenzione sulla natura e sulla severità della sanzione che può essere inflitta ai ricorrenti, rilevando che la Consob può infliggere una sanzione pecuniaria fino a 5.000.000 euro, e questo massimo ordinario può, in alcune circostanze, essere triplicato o elevato fino a dieci volte il prodotto o il profitto ottenuto grazie al comportamento illecito; che l'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate comporta per i rappresentanti delle società coinvolte la perdita temporanea della loro onorabilità, e se tali società sono quotate in borsa, ai loro rappresentanti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito delle società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni; che la Consob può anche vietare alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione di avvalersi della collaborazione dell'autore dell'illecito, per una durata massima di tre anni, e chiedere agli ordini professionali la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio della sua attività professionale; che, infine, l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo.

Alla luce di tali rilievi, la Cedu ha affermato il carattere sostanzialmente "penale" delle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 187-ter Tuf, con conseguente applicabilità delle garanzie previste per i processi penali dall'art. 6, par. 1, a mente del quale "ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta...".

Orbene, ad avviso di questa Corte, le conclusioni cui è pervenuta la Cedu nella citata pronuncia non appaiono estensibili alla materia oggetto del presente giudizio, inerente a sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art.

Come emerge dalla lettura delle motivazioni la Corte regolatrice «stravolge» le indicazioni del giudice di Strasburgo per giungere al risultato di individuare quale unica sanzione amministrativa sostanzialmente «penale» quella prevista per il caso di accertamento di abusi di mercato oggetto di considerazione della sentenza Grande Stevens. Infatti, la Cassazione, per escludere l'assimilabilità delle sanzioni di Consob e Banca d'Italia a quelle penali, prima, ricorda come il giudice Edu abbia indicato la necessità del riscontro alternativo di uno dei tre criteri Engel per poi confondere (fondere) in uno solo, i due distinti e diversi criteri, rappresentati, rispettivamente, dalla natura e dalla severità della sanzione. Infatti, nella «pronuncia che inaugura il filone»⁸⁴ si legge che l'attenzione dovrebbe concentrarsi «sulla natura e sulla severità della sanzione», postulando l'esistenza d'un parametro unico omogeneo che porta a derivare la natura sostanzialmente penale dalla sola gravità della sanzione e non dalle caratteristiche della misura. Di conseguenza la Corte regolatrice elimina la rilevanza di questo autonomo parametro, dato appunto dalla connotazione punitiva agevolmente ricavabile dalla intrasmissibilità

144 Tub per «carenze nell'organizzazione e nei controlli interni da parte dei componenti il Consiglio di Amministrazione».

È sufficiente considerare, al riguardo, che il citato art. 144 – nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame –, prevede quale massimo edittale della sanzione pecuniaria irrogabile, la somma di euro 129.110,00, assolutamente non comparabile con quella di euro 5.000.000,00 (in alcune circostanze ulteriormente elevabile), prevista per le violazioni ex art. 187-ter Tuf. Inoltre, all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 144 Tub non si accompagnano sanzioni accessorie; laddove l'applicazione delle sanzioni pecuniarie di cui all'art. 187-ter Tuf comporta, per i rappresentanti delle società coinvolte, ai sensi dell'art. 187-quater, la sanzione accessoria della perdita temporanea (per una durata tra i due mesi e i tre anni) dei requisiti di onorabilità e, per gli esponenti aziendali di società quotate, l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate e di società appartenenti al medesimo gruppo di società quotate. Nè alle sanzioni previste dall'art. 144 Tub si accompagna una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 187-sexies Tuf, secondo cui l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo». Più recentemente nello stesso senso si veda, Cass., 30 luglio 2020, n. 16518, in *De Jure*.

Negli stessi termini, il giudice della nomofilachia esclude l'estensione alle sanzioni Consob – diverse da quelle poste a repressione degli abusi di mercato – delle garanzie convenzionali, stante la loro irriducibilità alla categoria penale del diritto convenzionale. In tal senso, si veda, Cass., 9 agosto 2018, n. 20687, in *De Jure*.

⁸⁴ Cass., n. 3065/2016, *cit.*

agli eredi della sanzione, dalla sua inassicurabilità (art. 12, comma 1, cod. ass.) od, ancora, dalla circostanza che consegue all'accertamento d'una responsabilità, od ancora, dall'essere applicata da una P.A. dotata di poteri autoritativi⁸⁵.

In conclusione, la Corte di cassazione, seguendo una logica che può spiegarsi unicamente in termini di deferenza o come espressione di una «politica giudiziaria conservativa», reputa di poter accordare l'estensione delle garanzie convenzionali solo se la sanzione amministrativa pecuniaria risulta assolutamente elevata, prevedendo un massimo edittale «milionario».

6. *Il principio di legalità. Determinatezza della fattispecie e conoscibilità preventiva della pretesa conformativa*

Primo fondamentale principio ordinatore del potere punitivo è quello di legalità sostanziale che – per ragioni funzionali – può dirsi osservato se la fonte che pone l'obbligo sanzionato lo delinea in modo sufficientemente preciso, rendendolo conoscibile; non si può attendere per il futuro un determinato comportamento se quello non è prima definito e, poi, ne è stata resa nota la doverosità. Base legislativa, certezza e conoscibilità sono, se si vuole, le condizioni essenziali dell'esercizio del potere punitivo in un ordinamento democratico, di impostazione liberale; non è, dunque, un caso che la prima disposizione dell'art. 1, l. 689/1981 corrisponda a quelle d'apertura del codice penale (art. 1 e art. 2, comma 1) e sia sintonica con l'art. 25, comma 2, Cost.⁸⁶ Per sgombrare ogni dubbio in merito all'identità delle condizioni di applicazione di sanzioni penali ed amministrative, si ribadisce che vi può essere una soggezione solo a quelle sanzioni amministrative previste da una legge vigente prima della commissione della violazione e, comunque, limitatamente ai casi e per i tempi in essa indicati. È, d'altronde, intuitivo che una adeguata

⁸⁵ In modo parzialmente diverso, Cass., n. 16518/2020, *cit.*, esclude la natura punitiva, valutando una pretesa necessità di contestualizzare il tipo di settore in cui la sanzione è applicata. Quindi, rilevato che quella interessa esponenti bancari, conclude che una misura pecuniaria, ai tempi, oscillante tra un minimo ed un massimo edittale, rispettivamente, di 2.580,00 e 129.110,00 euro non fosse un'entità tale da imporre un'estensione dei principi e delle regole da osservare.

⁸⁶ M. A. SANDULLI, *Le sanzioni*, *cit.*, p. 72 ss.; C.E. PALIERO e A. TRAVI, *Le sanzioni amministrative. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 140.

predefinizione e conoscibilità delle condotte punibili e delle norme applicabili, infatti, non solo è garanzia contro l'arbitrio – dunque, manifestazione del c.d. Stato di diritto (art. 2, TFUE) – ma anche garanzia d'efficienza e, prima, di buon senso. La misura punitiva – a prescindere dalla sua consistenza – può essere accettata e non apparire iniqua se è stata anticipata al soggetto passivo, ponendolo nella condizione di rispettare un divieto. La prospettazione d'una punizione, poi, può incentivare all'osservanza di condotte «virtuose» solo se è chiarito il perimetro di ciò che è dovuto o non dovuto⁸⁷.

In altra prospettiva, l'operatività nell'ambito delle sanzioni amministrative del principio di legalità sostanziale è necessaria conseguenza della attribuzione della funzione punitiva ad una pubblica amministrazione. È, infatti, esigenza imprescindibile – costituzionalmente tutelata (art. 97 Cost.) – quella che ancora il legittimo «impiego» d'un potere amministrativo ad una disposizione normativa che individua quando e come l'amministrazione può agire, fissandone, in via anticipata, i presupposti e le condizioni⁸⁸.

Per quanto le considerazioni svolte possano apparire scontate, quelle non vengono puntualmente tradotte in pratica. Si rinviene, infatti, una discrasia tra teoria e prassi amministrativa che, con l'avallo della giurisprudenza, tende a temperare quell'assioma che richiede la necessaria preventiva individuazione della condotta punitiva, la chiarezza della definizione e la pubblicità del comportamento vietato.

Quella costante degli scritti sulla legalità che si sostanzia nella affermazione della necessità d'un ancoraggio del potere punitivo ad atti normativi che individuino condotte con sufficiente livello di precisione e determinatezza⁸⁹ anche in funzione della tutela del soggetto passivo⁹⁰, infatti, sconta nella pratica un progressivo temperamento che trova il suo culmine nella discussione dedicata ai poteri sanzionatori delle autorità indipendenti dei mercati finanziari. In questa ipotesi, infatti, ragioni di

⁸⁷ Il bisogno di certezza, anche in punto di prevedibilità del comando, è da sempre indicata come una condizione di sviluppo della società e priorità di un dato ordinamento, cfr. M. WEBER, *Economia e società*, II, (traduzione italiana), Torino, 1968, p. 514 ss.

⁸⁸ Cfr. M. CLARICH, *op. cit.*, p. 72 ss. e p. 105 e p. 117 ss.

⁸⁹ F. TUCARI, *Il principio di legalità*, in AA.Vv., *La sanzione amministrativa*, a cura di A. Cagnazzo e S. Toschei, Torino, 2016, p. 83 ss.

⁹⁰ Per tutti, si veda, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 216 ss.; M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU*, *loc. cit.*;

efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa hanno condotto a conclusioni discutibili: la «superiorità» dei beni protetti dall'azione pubblica, infatti, ha indotto a ritenere «correttamente» punibili comportamenti definiti in modo assai sfumato⁹¹ o non compiutamente individuabili, per giungere a negare ogni necessità di una loro predefinita. Si ricorda, infatti, che nel decidere l'opposizione contro una sanzione Consob, la Corte regolatrice ha affermato che legittimamente la stessa autorità amministrativa potrebbe definire – *a posteriori* – con il provvedimento applicativo della sanzione, il precetto cui si doveva attenere l'esponente aziendale punito⁹². Dunque, «l'impalpabile senso di equilibrio» dell'autorità sarebbe di per sé garanzia sufficiente di un principio che in ambito amministrativo dovrebbe essere inteso in modo diverso, tanto più quando l'azione delle autorità di vigilanza si sviluppa in settori connotati da alto tecnicismo⁹³.

A fronte di una estrema articolazione di posizioni in merito alla portata del principio di legalità – e se si vuole, al suo tasso di elasticità – la soluzione può essere ricercata provando ad individuare la «sfumabilità» delle sue componenti quali sono la determinatezza della condotta e la sua prevedibilità.

Procedendo per gradi, sembrano subito da scartare le ipotesi estreme. Dunque, ferma la critica a quella segnalata giurisprudenza che nega, in assoluto, la necessità di qualunque predeterminazione in base alla legge della condotta imposta (*ex art. 1, l. 689/1981*) pare ragionevole escludere l'ipotesi diametralmente opposta. Dunque, è anche verosimile negare la necessità che la fattispecie punitiva sia, nel dettaglio, fissata dalla legge, assecondando la rigorosa lettura dell'art. 25, comma 2, Cost.⁹⁴.

Il precetto costituzionale che indubbiamente costituisce fonte d'interpretazione del diritto punitivo non può essere assunto come termine di riferimento assoluto e, dunque, condurre a ritenere che solo la legge possa descrivere la fattispecie sanzionata con preclusione d'altra fonte. Tanto, infatti, sarebbe incompatibile con la tecnica normativa dei mer-

⁹¹ Cfr. M. ALLENA, *ult. op. cit.*, p. 13.

⁹² Cass., 7 agosto 2012, n. 14210, punto 7.1, della motivazione, in *De Jure*.

⁹³ M. ALLENA, *op. loc. cit.*

⁹⁴ Sull'estensione del principio della disposizione alle sanzioni amministrative, si veda, per tutti, A.M. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, pp. 72 ss. e Corte cost., n. 104/2014, *cit.*

cati finanziari e con le esigenze che quella ambisce appagare. È normale, infatti, che la legge definisca solo la sanzione mentre la parte «precettiva del divieto» sia definita in un altro momento e con un diverso mezzo. Quella necessaria flessibilità della normativa economica e, soprattutto, di quella finanziaria – che si caratterizza per la sua elevata tecnicità – infatti, è, da tempo risalente, garantita mediante l'attribuzione di un'ampia potestà normativa alle autorità di regolazione⁹⁵. Si è ormai stabilizzata una tecnica normativa, se si vuole anche criticata⁹⁶, che risulta compatibile tanto con l'art. 25 Cost. che con l'art. 97 Cost.⁹⁷. Con l'uno perché consente di realizzare una legalità che ha la propria base nella legge formale, con l'altro perché ammette che l'azione della P.A. possa essere definita ed imbrigliata da strumenti ulteriori rispetto alla legge e tra questi il regolamento, «mezzo» idoneo a creare un autovincolo assoluto per l'autorità emanante, che non può disattendere i precetti dalla stessa confezionati e per liberarsene non ha altra via che quella di abrogarli o modificarli. La disposizione sanzionatoria, dunque, può dirsi rispettosa del principio pieno di legalità perché la legge – che ne costituisce la base – rinvia ad una fonte normativa da essa abilitata ad operare il completamento del messaggio precettivo sulla base delle stesse indicazioni della norma sulla normazione e nel rispetto delle altre provenienze dal diritto UE. Ed anzi, la circostanza che i mercati finanziari siano settori ad alto tasso di saturazione del diritto dell'Unione, rende remota la questione della realizzazione d'una sola legalità formale perché la legge non conterrebbe adeguati criteri d'esercizio del potere regolamentare⁹⁸. Il congiunto operare di legge formale e normativa tecnica subprimaria, in conclusione, garantiscono che non vi sia sanzione svincolata dalla prima e che non vi sia punizione senza un'adeguata infor-

⁹⁵ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 223 ss.

⁹⁶ Si ricordano, in particolare, le critiche mosse all'ampio impiego dei regolamenti nel Tub da G. MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 965 ss. e spec. p. 972.

⁹⁷ Diversamente reputano che la copertura costituzionale del presupposto di legalità possa individuarsi nell'art. 117, comma 1, Cost. e nel suo rinvio ai principi Cedu, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 229 e M. ALLENA, *ult. op. cit.*, p. 18.

⁹⁸ Sul problema si vedano, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in AA.Vv., *Arbitri e mercati*, cit., p. 75 ss. e spec. 69; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. ec.*, 2003, p. 585 ss.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, p. 240 ss.

mazione sulla condotta fissata dalla seconda⁹⁹ e preventivamente pubblicata¹⁰⁰.

Chiarito come il principio di legalità può essere soddisfatto dalla integrazione legge/regolamento, si pone il problema sostanziale del livello di precisione che deve caratterizzare il «comando» subprimario, appunto, chiamato a riempire il vuoto della legge e, dunque, si ripropone il quesito relativo alla sua forza e capacità descrittivo / selettiva¹⁰¹.

Probabilmente, la questione sulla massima precisione della fonte subprimaria può indurre ad una riflessione inutile sul piano pratico, sol se si ha presente la caduta della forza e del modo di intendere il principio di legalità anche nel settore penale, in cui dovrebbe operare specificatamente l'indicazione forte dell'art. 25, comma 2, Cost. La pretesa alla formulazione di disposizioni regolamentari assolutamente dettagliate, che descrivono puntualmente la condotta richiesta, infatti, rischia di presentarsi come datata. Potrebbe cioè apparire come una sorta di battaglia di retroguardia, in difesa di un principio secondo cui la funzione garantistica, realizzabile solo tramite la disposizione di legge od altra regola posta da una fonte normativa, sembra essere ormai uno sbiadito ricordo dell'età dell'oro¹⁰². Infatti, può apparire ben più tollerabile per la sanzione amministrativa che è un «male minore», rispetto alla punizione penale, quella indeterminatezza, comunque, accettata nel diritto penale.

⁹⁹ Da ultimo, in tal senso, si veda Corte cost., 29 maggio 2019, n. 11, par. 3.1 e 3.2, in www.cortecostituzionale.it, che ritiene infondata una censura, per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., d'una legge regionale che introduce sanzioni amministrative per condotte in parte definite da provvedimenti amministrativi. Per la Consulta, infatti, le disposizioni che introducono pene amministrative – nel rispetto dei meno stringenti criteri dell'art. 23 Cost. – possono rinviare «anche ad atti sublegislativi, ai fini dell'integrazione del precetto, (amministrativamente) sanzionato in forza della stessa legge regionale. Ciò che invece anche le leggi regionali che sanciscono sanzioni amministrative debbono garantire è la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale di tali leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo afflittivo, desumibile dall'art. 25, comma 2, Cost.».

¹⁰⁰ In tal senso si veda Cass., 25 febbraio 2020, n. 4962, (par. 5.6 di motivazione), in *De Jure*, secondo cui viola il principio di legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, comma 2, Cost., la delibera di Consob che pretende di punire un organo diverso da quello gestorio per l'omissione di adempimenti allo stesso non richiesti da una disposizione espressa.

¹⁰¹ Cfr. C. VITALE, *op. cit.*, p. 143 ss.

¹⁰² Per una sintetica analisi de casi di elasticità del principio di legalità per tutti si rinvia a M. ALLENA, *ult. op. cit.*, p. p. 7-12.

Settore ove, la più sensibile dottrina, ha rilevato il venir meno dell'osservanza ed affermazione di un principio di legalità forte, inteso come predeterminazione precisa e puntuale della fattispecie criminosa da parte di una legge formale¹⁰³.

In altri termini ciò che non fa scandalo nel diritto penale può suscitare ancora meno scalpore nel diritto amministrativo punitivo. Come, dunque, nel diritto penale – trasformato in molti casi in uno strumento di reazione a quelle condotte ritenute «socialmente ingiuste» – potrebbe ammettersi che la definizione del giudizio di disvalore della condotta sia rimessa all'autorità sanzionante che si pone quale portatrice dell'interesse alla protezione di quel bene che la stessa ritiene leso, a prescindere da una pregressa descrizione normativa¹⁰⁴.

A fronte d'una significativa rideterminazione del principio di legalità sembra ragionevole valorizzare quel suo aspetto costituito dall'essere garanzia della conoscibilità preventiva – da parte del soggetto passivo – della pretesa nei suoi confronti. Dunque, evidenziare come ci si debba concentrare più che sul dettaglio del documento normativo, sulla determinatezza del precetto come, in concreto, percepibile dal suo destinatario. In altri termini, pare che il nucleo forte del principio e, dunque, il

¹⁰³ Come ricordato da F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, p. 25 «principi quali la riserva (addirittura assoluta, si diceva una volta) di legge in ambito penale e il c.d. testualismo, come primato del testo legislativo quale unica e vincolante fonte del fatto punito sono ormai obsoleti». La valutazione della condotta è sempre più legata ad una concezione del socialmente dominante, di ciò che è ingiusto e che condiziona la valutazione del fatto in una prospettiva di soddisfazione delle aspettative della vittima che concorre a formare la definizione del precetto, *a posteriori*, nel corso del processo (pp. 31-32). In un simile contesto, il testo della norma scolore; quello, infatti, è considerato una sola delle componenti utili per l'individuazione del comportamento dovuto cui contribuisce in modo determinante la giurisprudenza alla quale è affidato il compito di individuare il contenuto di «fattispecie generiche omnicomprensive impernate sulla natura impropria della condotta dell'agente» (p. 45). La condotta impropria – prosegue F. SGUBBI (p. 46) è divenuta nel diritto penale di oggi il «sostituto concettuale e pratico del fatto legislativamente statuito». Si assiste all'affermarsi di «una definizione di illiceità a posteriori», cioè di una «tipicità postuma: l'autore saprà soltanto successivamente al fatto se il proprio comportamento è da qualificarsi come illecito». Tanto accade sia nei reati colposi, ove le prove da raccogliere nel processo penale concernono anche l'*an* dell'illiceità quanto nei reati dolosi di creazione giurisprudenziale. Ad esemplificazione di tale ultima situazione l'attento giurista richiama il caso del «c.d. concorso esterno nei reati associativi ove l'imputato potrà apprendere soltanto dal dispositivo della sentenza – e quindi *ex post* – se la propria condotta rientra o meno in tale figura».

¹⁰⁴ Vedi nota precedente.

livello della sua incomprimibilità sia segnato dal limite dato dalla sua comprensibilità preventiva in termini di ragionevole attendibilità del comando e, dunque, di ciò che è vietato. Tanto discende da un insopprimibile e fondamentale dovere di correttezza che oggi grava sulla P.A., anche a prescindere dal richiamo alla chiarezza della sanzione, come espressione dello Stato di diritto¹⁰⁵. Non si può, infatti, ritenere esigibile ciò che la P.A., investita della funzione regolatrice, non ha reso conoscibile con il suo operato anche d'orientamento.

L'amministrazione quando riceve una delega al completamento della disposizione formulata tramite principi, viene investita di un potere che implica anche un corrispondente dovere di puntuale ed esatto assolvimento, al pari di qualunque altra investitura di amministrazione attiva. In altri termini, l'investitura d'una funzione normativa grava la P.A. d'un obbligo di provvedere che non si differenzia in nulla dagli altri doveri di controllare le situazioni concrete al cui riscontro può seguire l'adozione di un atto ad incidenza puntuale. E, si sottolinea, si tratta di un obbligo reso particolarmente intenso dall'operare del principio di buona amministrazione (art. 41 Carta UE), in uno, con quello di imparzialità (art. 97 Cost.) che impongono all'autorità delegata di procedere all'esatto adempimento della propria obbligazione, appunto, consistente nella produzione d'un documento normativo dotato di una «comprensibile» forza precettiva. Dalla legge, dunque, discende un dovere che impone un esatto adempimento che – al pari di quanto accade nel diritto privato – non può dirsi assolto in caso di una prestazione parziale, da indicarsi, nella nostra ipotesi, in una disposizione incompleta o, a sua volta, di principio. Inadempimento che, nei rapporti con il destinatario del precetto, non potrà che risolversi nella non punibilità per non aver osservato quella condotta, magari auspicata, ma non puntualmente delineata dalla P.A.¹⁰⁶. Invero, la precisione del precetto normativo si pone anche quale condizione di esercizio del potere punitivo, condizionandone la stessa legittimità¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24, par. 10, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁰⁶ Cfr. M. ALLENA, *ult. op. cit.*, p. 26. Per l'affermazione dell'esistenza in capo al soggetto pubblico che pone la regola di «un dovere essenziale di chiarezza e di univocità» e, dunque la non sanzionabilità della condotta che non rispetta la regola «non certa», si esprime, A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 635-637.

¹⁰⁷ E ciò a prescindere dall'ulteriore illegittimità per violazione di legge (art. 21-*octies*, comma 1, l. 241/1990) d'una disposizione regolamentare inidonea a definire la con-

Ma vi è di più. Infatti, quell'obbligo della P.A. di delineare con chiarezza le fattispecie imposte e presidiate dalla sanzione non è richiesto solo in ragione della tutela dei vigilati ma anche in funzione della realizzazione d'un mercato unico europeo. Non avrebbe alcun senso discutere e porsi il problema di uniformare prassi applicative¹⁰⁸, se prima non si impone alle P.A., che debbano agire in modo sinergico e assolutamente coordinato in punto di applicazione del diritto derivato, di rendere preventivamente chiaro cosa pretendono con l'esercizio della loro azione normativa.

In conclusione, il parziale esercizio del potere normativo svela un inadempimento della P.A. che non le consente – legittimamente – di reagire se ritiene che le condotte esaminate non corrispondano – nello spirito – a quelle preventivamente «dettagliate»¹⁰⁹. La considerazione del diritto dell'Unione nonché l'elaborazione convenzionale, peraltro, sembrano dischiudere margini operativi più ampi rispetto alla definizione della condotta per via regolamentare.

Il principio di legalità, inteso come tassatività e determinatezza, può dirsi rispettato anche a fronte di una sequenza in cui la legge abilita una fonte normativa diversa e questa, a sua volta, rimanda ad altro parametro predefinito. Ciò che rileva – come ha sottolineato la Consulta – è che il completamento della fattispecie sia realizzato tramite il rinvio ad un atto che consenta ai destinatari di avere «agevole certezza dei precisi contorni del divieto sanzionato»¹¹⁰. Contorni che, come visto, ben potrebbero essere ulteriormente precisati anche da determinazioni amministrative ulteriori rispetto al regolamento ma comunque accessibili¹¹¹.

dotta pretesa. Poiché il regolamento è pur sempre un atto amministrativo, sia pur ad effetti peculiari quali quelli normativi, lo stesso risulta sottoposto al generale regime d'invalidità dettato per il provvedimento amministrativo.

¹⁰⁸ Capitolo I, par. 4.

¹⁰⁹ Come ha avuto occasione di precisare il giudice della Convenzione, Corte Edu, 7 giugno 2012, n. 3844/09, Di Stefano c. Italia, par. 6, in *www.echr.coe.int.*, può essere considerata dettagliata «solo una norma enunciata con un sufficiente grado di precisione tale da permettere al cittadino di regolare la sua condotta facendosi affiancare, se necessario, da consulenti competenti». Infatti, il destinatario del precetto «deve essere in grado di prevedere, con una probabilità ragionevole, tenuto conto delle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto». Dunque, non è necessario che sia garantita una prevedibilità assoluta ma comunque la regola deve essere tale «da non fare percepire come arbitraria» l'iniziativa punitiva pubblica.

¹¹⁰ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 134, *cit.*, par. 3.3.1.

¹¹¹ Capitolo II, par. 4.

Se tanto non accade, perché la P.A. non ha ovviato con altre determinazioni univoche al vuoto – non superando l'incertezza dalla stessa creata – non sarà dato prospettare alcuna punizione. Riprendendo le riflessioni della più attenta dottrina¹¹², può ricordarsi come la certezza della regola che si assume violata costituisce un limite alla legittimità dell'atto applicativo della sanzione in quanto la disciplina di interesse si ritenga ispirata ad un canone di responsabilità secondo una logica tipicamente di riprovevolezza. Quindi, «(...) appare inaccettabile una responsabilità per la violazione di regole obiettivamente incerte nel loro contenuto precettivo specifico, o nel loro contenuto precettivo che si coglie attraverso il rinvio ad altre norme. Questa considerazione riflette una ragione di fondo ampiamente condivisa, tant'è vero che, dopo la sentenza della Corte costituzionale del 1988 che aveva dichiarato illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3, 25 e 27 Cost., l'art. 5 del codice penale, nella parte in cui escludeva indiscriminatamente la rilevanza dell'errore sulla legge penale, la giurisprudenza si orientò senz'altro nel senso di ritenere che anche per le sanzioni amministrative l'ignoranza della legge escludesse ogni responsabilità, «quando si tratti di ignoranza inevitabile». E l'ignoranza “inevitabile” riconduce al tema della “incertezza della legge”: si tratta di due facce di un'identica vicenda, rappresentata nel primo caso nei suoi termini soggettivi e nel secondo caso nei suoi termini oggettivi. La certezza esige conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi, altrimenti l'ignoranza diventa ‘inevitabile’ e l'ordinamento non può non riconoscerla. L'incertezza determina pertanto anche una soluzione di continuità rispetto alla riprovazione della violazione»¹¹³.

7. *I corollari del principio di legalità. Divieto di interpretazione estensiva e analogica, irretroattività delle sanzioni e retroattiva del regime più mite*

Dal principio di legalità – inteso come tassatività/ragionevole conoscibilità della fattispecie punitiva – si traggono gli ulteriori principi «corollario» del divieto di interpretazione estensiva ed analogica nonché di quello di irretroattività. Dalla necessaria conoscibilità preventiva del di-

¹¹² A. TRAVI, *op. cit.*, p. 627 ss.

¹¹³ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 ss., con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale*.

vieto si trae l'esclusione della praticabilità di tutti quei percorsi che possono condurre all'applicazione di misure punitive non agevolmente prevedibili dal soggetto passivo. In modo tendenzialmente condiviso, dunque, dall'art. 1, comma 2, l. 689/1981, per cui la sanzione amministrativa deve essere applicata nei casi e nei tempi fissati dalla legge¹¹⁴, si derivano quei due ulteriori limiti all'esercizio del potere punitivo.

Sia pur con qualche eccezione in materia tributaria¹¹⁵, la nostra giurisprudenza pare, peraltro, abbastanza attenta a non indulgere in interpretazioni estensive delle disposizioni incriminatrici. In particolare, sembra prestare una certa cautela nel riscontrare la puntuale sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo della fattispecie sanzionata, respingendo atteggiamenti di tipo «sostanzialista» seguiti da talune autorità di vigilanza. Così ha escluso che determinate misure applicabili nei confronti di alcuni soggetti passivi fossero estensibili ad altri in quanto investiti di una medesima funzione/posizione di garanzia, cioè, per il fatto d'essere gravati, sia pur con un diverso ruolo, della tutela degli stessi interessi anche se, magari, considerati in un più ampio contesto¹¹⁶.

¹¹⁴ Per tutti, in tal senso si veda, S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 240-241.

¹¹⁵ L'opinione limitativa, per quanto ampiamente condivisa in dottrina, non trova riscontro in giurisprudenza. Questa, infatti, soprattutto quando entrano in gioco interessi c.d. superiori, tra cui quelli patrimoniali dello Stato, si mostra particolarmente indulgente con l'amministrazione. In tal senso, si veda, Cass., sez. trib., 7 febbraio 2019, n. 3594, in *De Jure*, che ha reputato compatibile con le linee di sistema, l'applicazione di una sanzione per falsità di dichiarazione doganale, ritenendo che l'amministrazione correttamente potesse integrare il novero delle informazioni necessarie, pretendendo anche l'indicazione della nazionalità della merce benché dalla norma non prevista. Significativa è, peraltro, l'ulteriore affermazione della Corte regolatrice, per la quale, la lettura «ultratestuale» non sarebbe impedita dalla «natura sanzionatoria della norma in questione, essendo finanche le norme penali incriminatrici suscettibili di interpretazione estensiva (cfr. Cass. pen., 10 maggio 1996 n. 4741; Cass. pen., 23 novembre 1998 n. 12238), tale criterio ermeneutico incontrando un limite, unitamente all'analogia, esclusivamente nella natura "eccezionale" della norma (ipotesi che non ricorre nella fattispecie disciplinata dal D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, art. 303) ovvero nel caso in cui il risultato dell'esegesi normativa dovesse incidere, ulteriormente limitandolo, su un diritto costituzionalmente tutelato (cfr. Cass. pen., 12 ottobre 1991 n. 10462, con riferimento alla libertà di circolazione) – così, in motivazione, Cass., 19 settembre 2012, n. 15779». L'ammissibilità di interpretazioni estensive, come ricordato da M. ALLENA, *ult. op. cit.*, p. 20, si scontra con la costante giurisprudenza della Corte Edu, che, attenta al dato sostanziale non distingue tra quella e l'interpretazione analogica, ravvisando anche nella prima una forma di lesione del principio della prevedibilità della punizione.

¹¹⁶ Così è stata annullata la sanzione comminata da Banca d'Italia ai componenti del

È, peraltro, da segnalare come il principio di irretroattività della sanzione sia stato letto in modo formale e sostanziale anche rispetto all'esercizio del potere di chiarimento o precisazione del precetto che si reputa spettare all'amministrazione e si sostanzia nella predisposizione e pubblicazione di atti interpretativi di varia natura. Anche quest'ultime manifestazioni esegetiche – nella misura in cui pretendono di fornire una sorta di interpretazione autentica – sia pur in forma diversa dalla legge¹¹⁷ – si sono ritenute inidonee a retroagire al momento dell'entrata in vigore della disposizione interpretata, anche se indicano tra le opzioni un contenuto precettivo ragionevolmente compatibile con il dato testuale ma non immediatamente ed univocamente individuabile dal soggetto passivo. Infatti, la giurisprudenza europea ha chiarito che ciò che è impedito al legislatore deve essere precluso anche all'amministrazione. Quindi questa non può sostenere una pretesa punitiva in forza di chiarimenti *a posteriori* anche se la lettura oggetto di preferenza era una tra quelle originariamente prospettabili¹¹⁸.

Ancora discussa è, invece, l'affermazione del principio della retroattività delle normative successive al fatto, recanti un trattamento più favorevole, tale da limitare od escludere la punibilità della condotta. È, infatti, risalente e costante convinzione di dottrina¹¹⁹ e giurisprudenza¹²⁰

collegio sindacale d'una società vigilata, escludendo che la loro funzione di garanti della legalità societaria imponesse ai medesimi di farsi parte attiva per il rispetto delle prescrizioni in tema di autorizzazione preventiva dell'acquisto di partecipazioni previste dagli artt. 13 e 139 Tub, Cass., 7 agosto 2012, n. 14209, in *De Jure*. Per la stessa ragione è stato disposto l'annullamento dell'ordinanza ingiunzione con cui Ivass aveva applicato ad un attuario d'un'impresa di assicurazione una sanzione per l'omissione di una comunicazione posta a carico della società in cui era occupato, Tar Lazio, 16 gennaio 2013, n. 401, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹¹⁷ Cfr. L. COEN, *Il divieto di omologare*, in Vv. Vv., *La sanzione amministrativa*, cit., p. 182 ss.

¹¹⁸ Cfr. Trib. I grado UE, 27 settembre 2006, n. 59/02, in *www.europa.eu*.

¹¹⁹ Per un esame delle posizioni ed ulteriori riferimenti rispetto a quelli del testo, si vedano E. BINDI e A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, 2019, in *www.federalismi.it*.

¹²⁰ In tal senso, tra le tante, nella giurisprudenza amministrativa, si veda, Cons. St., sez. V, 20 novembre 2015, n. 5287, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui «in materia di sanzioni amministrative, ai fini della valutazione dell'antigiuridicità di una condotta e dell'individuazione della sanzione ad essa relativa, è applicabile la legge vigente all'epoca del fatto commesso, essendo irrilevanti le modifiche legislative successive. Tale meccanismo non solo non contrasta con il principio di legalità (art. 1 della l. n. 689 del

quella secondo cui alle sanzioni amministrative non sarebbe applicabile il corrispondente principio previsto dalla legge penale (art. 2 cod. pen.) per la mancata trasposizione d'un analogo deroga nella l. 689/1981¹²¹. Dunque, a fronte di quella differenza, risulterebbero assolutamente irrilevanti i mutamenti normativi e nulla potrebbe trarsi dalla circostanza – frequente – che l'eventuale retroattività sia prevista da specifiche disposizioni¹²².

A fronte di tanto consolidato «stato dell'arte» non sono mancati tentativi di revisione critica d'una lettura ancorata ad un rigoroso «testualismo» comprensibile, se si vuole, in un'ottica ricostruttiva che si misura esclusivamente sui dati normativi ricavabili dal diritto domestico. Nel proporre una lettura alternativa s'è, dunque, suggerito di valorizzare tanto

1981), ma ne costituisce piena attuazione dato che per verificare la sanzionabilità di una condotta non può che aversi riguardo al momento in cui la stessa è posta in essere, in tale modo risultando osservato il principio *nulla poena sine lege* proprio della legislazione penale ed applicabile anche alla materia delle sanzioni amministrative pecuniarie in virtù del richiamo contenuto nell'art. 1 della l. n. 689 del 1981. Non trova al contrario applicazione alla materia delle sanzioni amministrative, in carenza di una disposizione derogatoria espressa contenuta nella legge penale (art. 2 c.p.), il diverso principio (che non è espressione del principio di legalità) della retroattività della legge più favorevole all'incolpato, secondo cui nessuno può essere incolpato per un fatto che non costituisce più reato al momento della applicazione della sanzione». Negli stessi termini, Cass., 24 settembre 2019, n. 23814, in *De Jure*, che trae conferma del richiamato principio, alle sanzioni comminate da Banca d'Italia, non ritenute, peraltro di gravità tale da poter essere assimilate a quelle penali e dunque sottoposte al trattamento più favorevole.

¹²¹ Per una diversa lettura, favorevole all'estensione del trattamento più mite, di veda A.M. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., p. 83 ss.

¹²² Nel senso dell'esclusione, in linea di principio, della retroattività del regime più favorevole alle sanzioni amministrative, si veda Corte cost., n. 193/2016, *cit.*, par. 3.4-3.5. Estensione, al contrario continua la Consulta, che non potrebbe essere tratta invocando il principio di parità sostanziale di cui all'art. 3 Cost., atteso che numerose discipline di settore prevedono espressamente tale eventualità (tributarie, valutarie, responsabilità amministrativa delle persone giuridiche). Infatti, si legge – par. 4.4 – «la scelta legislativa dell'applicabilità della *lex mitior* limitatamente ad alcuni settori dell'ordinamento (...), risponde, quindi, a scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati». Dunque, si tratta di scelte «espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi e risultano quindi sindacabili da questa Corte solo laddove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione».

il diritto europeo quanto le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹²³.

Per quanto concerne il diritto dell'Unione si ricorda come quello, ben prima dell'adozione del trattato di Nizza, aveva posto anche per le sanzioni amministrative il principio della retroattività del regime più mite¹²⁴. Infatti, l'art. 2, par. 2, reg. CE, dopo aver riaffermato quello della tipicità, prosegue disponendo che «in caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose»¹²⁵. All'evidenza, quanto meno a livello di diritto dell'Unione, si rinviene un regolamento diretto ed espresso del principio di interesse di tenore analogo a quello dell'art. 2 cod. pen. Sussiste un elemento testuale che estende automaticamente il campo del regime più favorevole senza la necessità di procedere ad una riqualificazione della sanzione amministrativa – come sostanzialmente punitiva o penale – che pare essere il presupposto dell'applicazione dell'art. 49, par. 2, Carta UE. Infatti, la reinterpretazione del significato della Carta – secondo il meccanismo dell'art. 52, par. 3, della stessa¹²⁶, richiede che il suo significato minimo replichi quello garantito dalla Cedu e, dunque, impone che venga di volta in volta riscontrata la presenza di almeno uno dei criteri indicati dalla sentenza Engel¹²⁷ poiché la prima disposizione è chiaramente formulata avendo riguardo all'illecito penale, disponendo che «se successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

Ancora, il diritto europeo, in uno con il superamento rigoroso della distinzione meramente formale tra sanzione penale ed amministrativa, afferma un altro importante elemento a favore dell'estensione del principio di retroattività del trattamento più favorevole. Infatti, prima dell'approvazione della Carta di Nizza, la Corte di giustizia – sia pur in

¹²³ S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 244 ss.; V. PAMPANIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successioni di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 141 ss.; M. PORTALURI, *Il principio di irretroattività*, in AA.Vv., *La sanzione amministrativa*, cit., p. 138 ss.

¹²⁴ S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 250-251.

¹²⁵ Sulla cui portata si veda, M. FERRONI, *I principi generali delle sanzioni amministrative nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in AA.Vv., *La sanzione amministrativa*, a cura di A. Cagnazzo e S. Toschei, Torino, 2012, p. 73 ss.

¹²⁶ Si veda Capitolo III, par. 5.

¹²⁷ Vedi Capitolo III, par. 2.

ambito penale – lo aveva riconosciuto essere un principio proprio delle tradizioni costituzionali dei paesi membri¹²⁸ e, dunque, parte caratterizzante del diritto dell'Unione¹²⁹.

È da ricordare, poi, a livello di Convenzione europea – i cui effetti rilevano per il richiamo dell'art. 117 Cost. – che il giudice di Strasburgo ha ritenuto d'integrare l'indicazione dell'art. 7 Cedu, che bandisce la retroattività delle disposizioni incriminatrici. Infatti, la Corte Edu ha ritenuto di ricavare dal dato testuale del divieto della sottoposizione ad un trattamento deteriore rispetto a quello vigente al momento del fatto uno implicito di retroattività della legge più favorevole¹³⁰.

In conclusione, l'acquisita equiparabilità di talune sanzioni amministrative a quelle penali dovrebbe implicare l'estensione del trattamento «postumo» più mite se l'una e l'altra reazione pubblica possono dirsi diversificate – ai fini Cedu – solo da requisiti formali¹³¹.

A fronte d'un quadro articolato la nostra Corte costituzionale, peraltro, è apparsa a lungo parzialmente permeabile agli argomenti sviluppati in dottrina tant'è che più voci auspicavano un intervento legislativo¹³². Si sono dovuti attendere i tempi recenti per registrare una riconsiderazione ampia della tematica della c.d. retroattività *in mitius*, con il superamento di (timide) aperture casistiche cui era subordinato un giudizio sulla manifesta irragionevolezza od arbitrio «a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione»¹³³. In ambito di sanzioni amministrative la retroattività della legge più favorevole non era considerata una soluzione

¹²⁸ Cfr. Corte giust., 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, par. 68, in www.europa.eu.

¹²⁹ E. BINDI e A. PISANESCHI, *La retroattività*, cit., p. 7.

¹³⁰ Corte Edu, 17 settembre 2009, n. 10249/03, Scoppola c. Italia, par. 109, in www.echr.coe.int, «(..) l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella regola secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato».

¹³¹ Capitolo III, par. 2.

¹³² Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 252, che a fronte dell'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale, auspicava un intervento legislativo teso a introdurre la generalizzazione del principio del *favor rei*.

¹³³ Corte cost., n. 196/2016, cit., par. 4.4.

generale perché si riteneva che la scelta del legislatore, in punto di modulabilità dell'applicazione del trattamento successivo più favorevole, conservasse una connotazione ampiamente discrezionale. Dunque, in assenza di una disposizione espressa, l'esclusione della retroattività della disposizione più lieve anche in caso di sanzioni risultanti singolarmente punitive ai fini Cedu non risultava incompatibile con i valori della Carta fondamentale come eventualmente integrati per l'operare dell'art. 117, comma 1, Cost.

La vera svolta, sul tema di interesse, si è però registrata ad inizio 2019 quando, con una nota pronuncia, la Corte ha affermato, sostanzialmente, che la retroattività della legge *mitior* assume il carattere della normalità anche nel campo delle sanzioni amministrative «punitive». La Consulta giunge alla conclusione tanto auspicata sindacando la legittimità di una disposizione (art. 6, comma 2, d. lg., 12 maggio 2015, n. 72) nella parte in cui escludeva espressamente l'applicabilità della «dequintuplicazione» delle sanzioni amministrative ai fatti commessi prima dell'approvazione da parte di Consob di un nuovo regolamento sanzioni¹³⁴. La Corte, dunque, muta il proprio approccio nell'esame della compatibilità costituzionale delle scelte legislative ritenendo che, nel caso di specie, ciò che è determinante ai fini del sindacato sulla disposizione limitativa non è la sua manifesta irragionevolezza ma la sua ragionevolezza. Tanto, si impone perché – ed è questa la novità – il principio di retroattività della legge più favorevole trova la propria base nell'art. 3 della nostra Carta fondamentale; perché il principio di uguaglianza in esso sancito esclude che possa ritenersi costituzionalmente legittimo il trattamento diverso di situazioni identiche quando il giudizio di disvalore di un dato illecito si è modificato nel tempo¹³⁵. Dunque, discende, direttamente dal principio d'uguaglianza, la necessità di trattare in modo identico le medesime violazioni indipendentemente dal momento in cui si «consumano».

In particolare, la Corte sviluppa il proprio ragionamento attraverso tre stadi quali, l'individuazione della base normativa del principio del *fa-*

¹³⁴ Corte cost., n. 63/2019, *cit.* Per un'analisi della pronuncia si rinvia a E. BINDI e A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, 2019, in www.federalismi.it, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹³⁵ Come poi fatto da App. Milano, 27 novembre 2019, *cit.*, che, appunto, richiama ampiamente, Corte cost., n. 63/2019, *cit.*

vor rei, l'equiparazione tra sanzione amministrativa afflittiva a quella penale e la verifica dell'esistenza di una adeguata giustificazione alla regola sindacata che escludeva la retroattività favorevole.

Ai fini di interesse assume un rilievo dirimente l'affermazione conclusiva secondo cui rispetto «a singole sanzioni amministrative che abbiano la natura e finalità “punitiva” il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della materia penale – ivi compreso il principio di retroattività della *lex mitior* (...) non potrà che estendersi anche a tali sanzioni»¹³⁶. La Corte ricorda, peraltro, come la retroattività favorevole è un principio generale che trova fondamento autonomo nell'art. 3 Cost., nell'art. 117, comma 1, Cost. nella parte in cui opera il rinvio all'art. 7 Cedu od ancora nell'art. 49, par. 1, Carta UE e, nel contempo, rammenta anche come non si tratti di un principio incompressibile a differenza di quello affermato dall'art. 25 Cost. Quello, infatti, può essere limitato – tramite deroghe legislative alla sua operatività – quando emergono giustificate ragioni di tutela di interessi costituzionali di rango prevalente rispetto all'interesse individuale. In assenza di quelli, conformemente «alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi sulla base dell'art. 3 Cost. in materia penale (...)» deriva che non vi sarebbe «ragione per continuare ad applicare (la) sanzione, qualora il fatto non sia considerato più illecito; né per continuare ad applicarla in misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto ad un mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento»¹³⁷.

Come anticipato il giudizio si è concluso con la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata perché si è riscontrata tanto la natura punitiva della sanzione quanto la carenza di una adeguata giustificazione alla deroga alla retroattività. Sicuramente non poteva negarsi la natura afflittiva ad una sanzione editale elevatissima, quale è quella prevista per gli abusi e comunicazioni di informazioni privilegiate (art. 187-bis Tuf), così come evidentemente non era interesse superiore idoneo a giustificare la deroga, la pretesa di evitare ripercussioni sui procedimenti in corso¹³⁸.

¹³⁶ Corte cost., n. 63/2019, par. 6.2, *cit.*, considerazioni di diritto.

¹³⁷ Corte cost., n. 63/2019, par. 6.2, considerazioni di diritto, *cit.*

¹³⁸ La Consulta non ha ritenuto la deroga in grado di superare il vaglio di ragionevolezza (par. 6.4 considerazioni di diritto), non solo perché era disposta solo per alcune disposizioni ma anche in quanto non ha reputato interesse idoneo quello che voleva evi-

Ragionevolmente gli argomenti proposti dalla Corte costituzionale dovrebbero imprimere una diversa direzione alla riflessione sulla retroattività della disciplina sopravvenuta favorevole, anche nel silenzio del legislatore¹³⁹. Orientamento che, pur rispondente ad un principio di civiltà giuridica, risulta comunque condizionato nei vari sviluppi concreti dalla valutazione sulla natura punitiva sostanziale della singola sanzione di cui si discute. Orientamento, quindi, che potrebbe agevolmente essere contrastato prima dalle P.A. e poi dai giudici sostenendo che la misura oggetto d'applicazione non risulti particolarmente grave, per non prevedere ordini di pagamento assolutamente elevati quali quelli cui potrebbe condurre l'applicazione delle sanzioni per abusi di mercato¹⁴⁰.

Se tanto la P.A. quanto i giudici non riterranno di adottare letture o valutazioni limitative del «concetto» della natura punitiva della sanzione, peraltro, s'aprono diverse prospettive interpretative. Nel silenzio del legislatore – se non viene espressa una ragione che comporti una paralisi della retroattività – questa dovrà ritenersi operante. Il giudizio di ragionevolezza sulla limitazione presuppone che quella sia indicata e, dunque, non potrà desumersi dal silenzio sulla retroattività della norma più favorevole la sua indifferenza rispetto alle condotte che si sono materializzate prima della legge modificativa. Poi, la contrarietà della eventuale irragionevole limitazione al principio di retroattività, in quanto con-

tare l'applicazione delle nuove regole alle iniziative pendenti «od ancora *sub iudice*, con conseguente «rischio di ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso»». Il giudizio di insufficienza espresso sulle ragioni poste a fondamento di un'asserita tutela dell'interesse all'efficacia dell'azione amministrativa – altrimenti compromessa dall'avvento delle nuove regole – verosimilmente lascia trasparire l'adesione della Consulta ad un tendenziale ridimensionamento di quella relazione impari in cui il sacrificio del soggetto passivo è percepito come un costo necessario per un'efficace protezione del mercato dei capitali.

¹³⁹ Disciplina sopravvenuta, si sottolinea, che deve essere favorevole in senso sostanziale e, dunque, meno penalizzante da un punto di vista oggettivo rispetto a quella vigente al momento del fatto. Su tale premessa Corte cost., n. 223/2018, *cit.*, ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione che pur trasformando l'illecito penale in amministrativo contemplava una misura ablatoria ben più pesante (confisca per equivalente) rispetto a quella vigente ed applicabile secondo la legge del momento del compimento della condotta vietata. Per l'annullamento di una confisca per equivalente «retroattiva» si veda Cass., 3 aprile 2019, n. 21585, par. 12 ss., in *De Jure*.

¹⁴⁰ Per la negazione dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole sulla base della esclusione della natura punitiva delle sanzioni di Banca d'Italia insensibili ai principi di Corte cost., n. 63/2019, *cit.*, in quanto relativi a sanzioni Consob, si segnala App. Roma, 17 aprile 2019, n. 5382, inedita.

trastante con il diritto europeo, potrà essere direttamente verificata dalla P.A. o dal giudice e, dunque, disapplicata¹⁴¹ poiché la Consulta ha individuato il fondamento del principio anche nell'art. 49, par. 1, Carta UE.

8. *Il principio di personalità, proporzionalità e ricadute sulla «quantificazione» della sanzione*

Il potere sanzionatorio ampiamente inteso, nell'attuale contesto storico, si connota per essere una potestà amministrativa punitiva, di tipo discrezionale¹⁴², a carattere limitato. La reazione alla violazione del precetto, infatti, non deve costituire una forma di stigmatizzazione assoluta dell'illecito ma sostanzarsi in una risposta che tenga conto della situazione e delle condizioni del trasgressore. Dunque, l'atto d'esercizio del potere si reputa rigorosamente orientato dal principio di personalità¹⁴³, che può ritenersi condizione per la realizzazione d'una misura afflittiva sia deterrente che dissuasiva. D'altronde sembra intuitivo che una misura reattiva mirante a garantire la regolarità delle relazioni che si sviluppano in un dato mercato e non l'espulsione dello stesso trasgressore, debba essere calibrata sulle caratteristiche di quest'ultimo.

Il principio di personalità, peraltro, scorrendo le disposizioni sanzionatorie, è parametro di legittimità della decisione finale, in una duplice prospettiva: lo è, infatti, prima nella parte in cui impone di riferire la sanzione a chi ha la responsabilità della condotta vietata; lo è, poi, nel momento in cui ne deve essere definito il contenuto poiché la sua quantificazione/determinazione in concreto deve avere riguardo anche all'interesse del sanzionando¹⁴⁴. In altri termini, la P.A. prima deve valutare se punire il soggetto cui ha accertato riferibile, a titolo di dolo o di colpa (art. 3, l. 689/1981), la condotta difforme e poi modulare la risposta all'infrazione osservando i diversi criteri appositamente fissati dalla legge; dunque, sviluppare un'attività d'apprezzamento e decisionale, in una prospettiva costituzionale imparziale (art. 97 Cost.), che tenga in conside-

¹⁴¹ Capitolo III, par. 5. Evidenziano tale possibilità anche E. BINDI e A. PISANESCHI, *ult. op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁴² Capitolo II, par. 5 ss.

¹⁴³ Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 253 ss.

¹⁴⁴ Cfr. G. PORTALURI, *Il principio di proporzionalità*, in AA.Vv., *La sanzione amministrativa*, cit., p. 170.

razione anche la peculiare posizione del suo interlocutore, dandovi adeguata considerazione nella motivazione del procedimento applicativo.

Ancora una volta, però, se si confrontano le posizioni della giurisprudenza civile ed amministrativa, sembra si possano individuare due diverse impostazioni la cui rilevanza, peraltro, sembra trascurata dagli studiosi.

Rinviando l'esame del modello d'imputazione della responsabilità al paragrafo successivo, è verosimile sostenere che il giudice dell'opposizione delle sanzioni di Banca d'Italia e Consob abbia attribuito un rilievo assolutamente marginale alla considerazione della posizione/situazione del soggetto passivo della sanzione.

La Corte d'appello, e poi la Corte di cassazione, esasperando una tendenza diffusa alla svalutazione della motivazione del provvedimento¹⁴⁵, reputano, infatti, che prima l'amministrazione e poi il giudice di merito non siano gravati da un obbligo rigoroso di enunciazione delle ragioni che giustificano la determinazione punitiva; non sarebbe, dunque, necessaria l'indicazione di come sono stati osservati quei criteri che dovrebbero garantire una personificazione della misura, posti dalla normativa generale sulle sanzioni pecuniarie (art. 11 l. 689/1981)¹⁴⁶, e ripresi dalle leggi di settore (art. 194-*bis* Tuf; art. 144-*quater* Tub; artt. 311-*quinquies* e 324-*sexies* cod. ass.), perché sarebbero parametri da richiamare in via sintetica. Nella sostanza, la determinazione della sanzione in termini di tipo, durata ed ammontare (art. 194-*bis* Tuf) viene effettuata contando su un generico senso di equilibrio dell'autorità. Si ritiene, infatti, che quella non sia tenuta a spiegare come abbiano inciso sul risultato finale quei diversificati parametri indicati dalla legge per modularla in ragione di una pluralità di variabili reputate rilevanti e meritevoli di partita considerazione, quali: la gravità dell'infrazione, il grado di responsabilità dell'indagato, la sua capacità finanziaria, l'entità del vantaggio ottenuto con l'illecito, i precedenti del trasgressore, la cooperazione successiva con la stessa P.A., l'attività posta in essere per contenere le conseguenze od evitare la sua ripetizione per il futuro. Infatti,

¹⁴⁵ Per un'analisi critica di questa tendenza che ha fatto breccia anche nella giurisprudenza amministrativa, si veda G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e sul giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1235 ss.; M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.

¹⁴⁶ Corrispondenti a quelli posti dall'art. 13 cod. pen.

per una pacifica giurisprudenza¹⁴⁷, il potere discrezionale di quantificazione della sanzione nei limiti della legge deve essere esercitato avendo riguardo alla «gravità del fatto concreto, globalmente desunta dai suoi elementi oggettivi e soggettivi» senza che sia richiesto all'autorità e poi al giudice di «specificare i criteri seguiti». È, cioè, sufficiente che dalla motivazione risulti che «si sia tenuto conto dei parametri previsti dall'art. 11 della l. 689/1981, quali la gravità della violazione, personalità dell'agente e le sue condizioni economiche»¹⁴⁸. In sintesi, il principio di personalità della misura punitiva si intende rispettato se, anche cripticamente, semplicemente, viene dato atto di una data conclusione in ragione delle condizioni oggettive e soggettive del soggetto punito.

Assolutamente diverso è, invece, l'atteggiamento del giudice amministrativo. Questo, invero, si mostra più attento nel garantire che la personalizzazione della sanzione venga effettuata con l'osservanza dei criteri fissati dalla legge per la sua quantificazione. La sua «azione di controllo», infatti, si sviluppa attraverso un'analisi del rapporto sostanziale che – in prima battuta – muove dall'esame della motivazione del provvedimento, per riscontrare il corretto esercizio di quello speciale potere discrezionale che è esercitato dalla P.A. al momento del compimento della «scelta finale»¹⁴⁹. Quest'ultima, in altre parole, dovrà fare apparire il dispositivo coerente con un puntuale sviluppo dell'attività istruttoria anche relativamente alla condizione specifica del soggetto passivo¹⁵⁰. Motivazione espressa rilevante ed esauriente che si pone non solo come condizione di legittimità dell'esercizio del potere punitivo ma anche quale condizione di legittimazione dello stesso di fronte tanto al suo destina-

¹⁴⁷ Tra le più recenti si segnala Cass., 28 febbraio 2020, n. 5526, in *De Jure*.

¹⁴⁸ Negli stessi termini si veda anche Cass., 9 marzo 2020, n. 6625, in *De Jure*, per cui, è conforme alle indicazioni dell'art. 11 l. 689/1981, una motivazione che giustifica la congruità della sanzione inflitta ad un sindaco di una banca anche se quella si limita ad indicare che il relativo trattamento punitivo è diverso da quello riservato con riguardo alla medesima vicenda, agli amministratori ed, in specie, a quelli componenti il comitato remunerazioni.

¹⁴⁹ Cons. St., sez. V, 15 maggio 2017, n. 2256, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵⁰ D'altronde, come osserva G. SALA, *Giusto procedimento e giusto processo*, in *Amministrare*, 2018, p. 291, il giusto procedimento deve garantire un risultato coerente con la specificità del singolo interessato in quanto deve assicurare un'attenzione effettiva alla sua situazione sostanziale, di qui l'incompatibilità di decisioni standardizzate – con dispositivo identico – che non poggiano su d'una «presa in carico reale e differenziata della situazione individuale di ciascuna delle persone interessate», come riconosciuto da Corte Edu, 9 marzo 2012, n. 16483/12, in *www.giustizia.it*.

tario quanto alla comunità cui l'ultimo appartiene¹⁵¹. Motivazione che – anche per rispettare il fondamentale principio di personalità – dovrà risultare tanto più attenta quanto più grave è la sanzione pecuniaria indicata nel minimo edittale o comminata. Infatti, il principio di personalità della reazione, che caratterizza tanto la sanzione penale quanto quella amministrativa, impone di giustificare l'applicazione della seconda con un evidente accertamento di condotte palesemente e significativamente lesive del bene protetto.

Conferma dell'interpretazione proposta si può trarre dalla copiosa esperienza applicativa del diritto della concorrenza ove una giurisprudenza attenta al rispetto delle condizioni poste all'esercizio del potere punitivo, ribadisce la necessità che la quantificazione della misura repressiva risulti proporzionata rispetto alle specifiche caratteristiche della situazione concreta in cui ha operato il candidato responsabile¹⁵².

Dopo aver ricordato il diverso atteggiamento del giudice civile ed amministrativo rispetto alla questione del modo di determinazione della sanzione, si deve segnalare un aspetto significativo che evidenzia l'errore della semplificazione – o tolleranza – manifestata dal primo per quanto riguarda questo punto di interesse.

I regolamenti delle autorità di vigilanza i cui provvedimenti sono controllati dal giudice ordinario, infatti, sembrano precludere «scorciatoie motivazionali» per quanto riguarda la scelta di entità e quantità della sanzione, reiterando, con specificazione, i criteri fissati dalla legge e con ciò, ragionevolmente, introducendo un autovincolo in punto di articolazione della motivazione. Questa, dunque, non potrà limitarsi ad un richiamo formale ai criteri di determinazione dovendo dare ragione di come è stato tenuto conto di ciascuno d'essi ai fini della determinazione del risultato finale.

Se si scorre, ad esempio, il regolamento sanzioni di Banca d'Italia si ha l'impressione che ogni misura applicata in esito all'accertamento d'una violazione non possa prescindere da un articolato complesso di fattori

¹⁵¹ Sulla fondamentale funzione della motivazione, è obbligo rinviare a A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere pubblico e privato e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 ss.

¹⁵² Cfr. A.M. SANDULLI, *I criteri di determinazione delle sanzioni antitrust*, 2010, in *www.federalismi.it*. Per l'affermazione della necessaria rilevanza dell'esame della concreta situazione al fine della corretta quantificazione della sanzione, Cons. St. 23 maggio 2014, n. 3167 e, di recente, Tar Lazio, 14 novembre 2018, n. 1997, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

che la stessa indica – arricchendo i parametri legislativi – per rendere quanto più aderente la punizione alla singolarità del suo destinatario, soddisfacendo, in tesi, l'interesse dell'ultimo anche ad ottenere la sottoposizione ad una misura «economicamente» sostenibile¹⁵³.

La posizione astratta delle autorità di vigilanza, dunque, in linea teorica, parrebbe porsi in sintonia con talune indicazioni ritraibili da alcune pronunce, rispettivamente, della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, proprio relativamente alle sanzioni amministrative. Per il giudice dell'Unione¹⁵⁴ non si può avere sanzione ragionevole in astratto se nel concreto non sia garantita la proporzionalità della singola decisione applicativa da un sistema che «tenga conto delle specifiche circostanze del caso di specie». Dunque, una doverosa azione di personalizzazione della misura punitiva della P.A. completa quella proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito che deve essere rispettata anche dalle disposizioni che introducono sanzioni amministrative¹⁵⁵.

Per la Consulta, poi, tale necessità non è compromessa solo dalla previsione di sanzioni fisse e rigide¹⁵⁶ poiché il principio costituzionale d'u-

¹⁵³ Sul punto paiono significative di una – quanto meno formale – traduzione delle indicazioni normative, le «*Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*», di Banca d'Italia, vigenti dal 22 febbraio 2019, in *www.banccaditalia.it*. Nel regolamento (Sezione II, par. 1.6, p. 18) si prevede che, «L'importo della sanzione pecuniaria e la durata dell'eventuale sanzione accessoria, stabiliti entro i limiti previsti dalla legge, vengono fissati tenendo conto di ogni circostanza rilevante per apprezzare nel caso concreto la significatività della violazione e il suo grado di offensività o pericolosità». Gli elementi valutativi già fissati dall'art. 144-*quater* Tub, trovano alcune specificazioni. In punto di capacità finanziaria viene indicato che essa si desume, «nel caso di una società o ente, dal fatturato netto dell'ultimo esercizio; nel caso di una persona fisica, dalle remunerazioni, fisse e variabili, in qualunque forma riconosciute o erogate negli ultimi tre anni per la carica ricoperta o per l'attività esercitata presso l'intermediario. Le remunerazioni risultano dalla documentazione prodotta nel corso del procedimento o da ogni altra informazione o dato disponibili il grado di responsabilità dei soggetti sottoposti alla procedura sanzionatoria, in relazione agli elementi informativi disponibili (ad es., per quanto riguarda gli esponenti: effettivo assetto dei poteri, condotte concretamente tenute, durata dell'incarico)». Per quanto riguarda, invece, il disvalore soggettivo della condotta, si indica come quella debba essere valutata «muovendo dal grado di responsabilità dei soggetti sottoposti alla procedura sanzionatoria, in relazione agli elementi informativi disponibili (ad es., per quanto riguarda gli esponenti: effettivo assetto dei poteri, condotte concretamente tenute, durata dell'incarico)».

¹⁵⁴ Corte giust., 4 ottobre 2018, C-384/17, par. 40- 45, in *De Jure*.

¹⁵⁵ Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, *cit.*, par. 8.2.2.

¹⁵⁶ In tal senso si veda anche Corte cost., 15 gennaio 2020, n. 24, par. 4, in *www.cortecostituzionale.it*, che dichiara l'illegittimità della disposizione che prevede la revoca ne-

guaglianza (*ex art. 3 Cost.*), che impone la differenziazione del trattamento dei casi diversi, rilevante tanto in campo penale che amministrativo¹⁵⁷, impone una concreta valutazione delle condotte. Conclusione della sanzione «come risposta proporzionata anche alla concreta gravità oggettiva e soggettiva» del singolo illecito¹⁵⁸ che trova autonoma conferma nell'art. 49, par. 3, Carta UE. Anche, infatti, quel documento normativo, concepito per la sanzione penale ma considerato applicabile anche alle sanzioni amministrative, impone che le misure punitive applicate siano proporzionate rispetto all'illecito¹⁵⁹.

In conclusione, se non si vuol tradire lo spirito normativo, si deve escludere la legittimità di provvedimenti che non siano rispettosi delle indicazioni in punto di quantificazione, spiegando puntualmente le ragioni della «pena» e, dunque, come questa sia stata «personalizzata». Personalizzazione che per quanto riguarda la quantificazione, può essere intesa come applicazione specifica del principio di proporzionalità. Una sanzione personalizzata, cioè commisurata all'azione del colpevole, è l'unica che, a rigore, può dirsi proporzionata perché impiega il minimo mezzo per raggiungere l'obiettivo di riaffermare l'obbligatorietà del diritto violato e disincentivare alla trasgressione per il futuro.

cessitata della patente di guida a persone sottoposte a misure di sicurezza personale (art. 120, comma 2, cod. strada), privando l'organo amministrativo di qualunque margine apprezzamento discrezionale della situazione concreta, diversamente da quanto riconosciuto nella medesima ipotesi al giudice di sorveglianza. Ulteriormente, per violazione del principio di proporzionalità, si veda anche Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, in *www.cortecostituzionale.it*. Riconosciuta la trasponibilità dei criteri di giudizio elaborati per il sindacato delle disposizioni penali, il giudice delle leggi ricorda che il principio di proporzionalità, riconosciuto dalla nostra carta fondamentale, è ribadito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE, disposizione, a sua volta, ritenuta estensibile alle sanzioni amministrative (par. 8.2.4). Quindi, rilevata la fissazione da parte della legge di sanzioni pecuniarie elevate, accompagnata da una privazione eccedente il profitto dell'illecito conclude, che la previsione della «confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, che per di più non consente all'autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa, necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproorzionati».

¹⁵⁷ Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, in *www.cortecostituzionale.it*, par. 8.2.2.

¹⁵⁸ Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, *cit.*, par. 8.1.4.

¹⁵⁹ Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, *cit.*, par. 8.2.4.

9. *Il principio di presunzione di innocenza contro il principio di presunzione di colpevolezza*

La normativa generale sull'illecito amministrativo richiede in aggiunta alla riferibilità della condotta al candidato responsabile anche il requisito della colpevolezza, indifferentemente, attiva od omissiva. Infatti, la disposizione dedicata all'elemento soggettivo (art. 3 l. 689/1981) subordina l'applicazione della sanzione alla sussistenza del dolo o della colpa ed esclude espressamente la punibilità nell'ipotesi di errore incolpevole.

Il legislatore, dunque, ripropone con la normativa generale sulle sanzioni pecuniarie, un regime che è ispirato al modello penalistico¹⁶⁰ ove è elevato a condizione di legittimità della determinazione afflittiva l'atteggiamento riprovevole del soggetto passivo che ha inteso violare il divieto o lo ha disatteso per negligenza od, ancora, volutamente o ingiustificatamente non ha impedito la trasgressione¹⁶¹.

La lettura d'insieme delle disposizioni della parte prima della l. 689/1981, quindi, induceva la più autorevole dottrina¹⁶² a ritenere che ai fini dell'applicazione della sanzione fosse necessario da parte dell'amministrazione procedente l'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa e, dunque, come non fosse assolutamente proponibile in quest'ambito disciplinare la tesi della colpa presunta ripetutamente prospettata dalla giurisprudenza penale relativamente all'elemento soggettivo delle contravvenzioni. Infatti, le previsioni espresse di «una presunzione di colpa», indicate negli artt. 2, comma 2, e 6, commi 1 e 2, l. 689/1981¹⁶³, avrebbero chiuso ogni spazio all'inversione totale o parziale dell'onere probatorio in senso sfavorevole all'incolpato. In altre parole, quelle presun-

¹⁶⁰ G. MORGIOTTA, *L'elemento soggettivo*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa*, cit., p. 245 ss.

¹⁶¹ Non incidono sul profilo di interesse le ipotesi di solidarietà nel pagamento della sanzione pecuniaria in quanto il coobbligato, tanto nella disciplina generale (art. 6 l. 689/1981) quanto in quelle peculiari, ha il diritto di regresso nei confronti dell'autore della violazione, cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 257 ss.

¹⁶² C.E. PALIERO e A. TRAVI, *op. cit.*, p. 196 ss.

¹⁶³ L'art. 2, comma 2, l. 689/1981, prevede che risponde della violazione chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che quest'ultimo provi di non aver potuto impedire il fatto. Analoga prescrizione – con riserva di prova liberatoria – è prevista dall'art. 6, commi 1 e 2, l. 689/1981, rispettivamente a carico del proprietario od altro titolare di diritto reale sulla cosa che servi o fu necessaria per commettere la violazione e del soggetto titolare di potestà di direzione e vigilanza sulla persona capace che commise l'illecito.

zioni espresse dimostrerebbero che la regola è rappresentata dalla «presunzione di non colpevolezza». Dunque, graverebbe in capo «all'organo erogante» dimostrare – nel corso del procedimento, attraverso il materiale raccolto nell'istruttoria – l'addebitabilità dell'illecito al candidato responsabile.

Le conclusioni formulate sulla base del diritto domestico, peraltro, risultavano coerenti con gli ambiti disciplinari rientranti nella competenza dell'Unione. In molte occasioni il giudice europeo ha negato che vi fossero spazi per ammettere una responsabilità oggettiva ritenendo principio fermo quello per cui grava sull'amministrazione la dimostrazione di elementi sufficienti per superare il principio della presunzione di innocenza¹⁶⁴. Presunzione di innocenza, si deve sottolineare, che oggi è oggetto di riconoscimento da parte dell'art. 48 Carta Ue – applicabile alle sanzioni amministrative – e dell'art. 6, par. 2, Cedu, operante nel diritto interno per effetto del rinvio dell'art. 117, comma 1, Cost.

Il complesso degli elementi descritti – sicuramente rilevanti in ambiti disciplinari ad alto tasso di saturazione normativa UE – non sono però valsi ad innescare un ripensamento da parte della granitica¹⁶⁵ e consolidata giurisprudenza ordinaria per cui è *ius receptum* che l'art. 3 l. 689/1981 recherebbe una presunzione *iuris tantum* di colpevolezza¹⁶⁶. Nella sostanza, soprattutto i giudici delle opposizioni delle sanzioni di Banca d'Italia e Consob, hanno «oggettivato» l'elemento psicologico nel fatto, con conseguente evidente alleggerimento sia dell'attività d'accertamento che valutativa sia del corrispondente obbligo di darne conto nella motivazione del provvedimento afflittivo. L'indicazione dell'equivalenza legale dei differenti stati soggettivi renderebbe evidente la sufficienza del-

¹⁶⁴ Per l'applicazione del principio di presunzione d'innocenza, ad un procedimento *antitrust*, in cui si discuteva degli effetti della partecipazione di un'impresa ad una pratica concordata, si veda, Tribunale I grado UE, 15 luglio 2015, n. 422, par. 88, in *www.europa.eu*. Più recentemente, si veda anche Tribunale I grado UE, 28 marzo, 2019, n. 433, par. 56, *ivi*, per la quale: «nell'attuale quadro del diritto dell'Unione in materia di repressione delle infrazioni alle norme sulla concorrenza, il fondamento della garanzia del rispetto dei diritti fondamentali e procedurali di cui un'impresa accusata, da parte della Commissione, di un'infrazione all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve poter beneficiare risiede (...) nel dovere di tale istituzione di agire, in qualsiasi fase di un procedimento di applicazione delle norme sulla concorrenza, con assoluta imparzialità (articolo 41 della Carta), il che comprende anche l'obbligo di rispettare la presunzione di innocenza delle società interessate dall'istruttoria avviata nei loro confronti (articolo 48 della Carta)».

¹⁶⁵ S. VITALE, *op. cit.*, pp. 188–189.

¹⁶⁶ G. MORGIOTTA, *op. cit.*, pp. 252-253.

l'esistenza d'un qualche legame materiale del soggetto con il fatto integrativo dell'infrazione e proprio la sussistenza di un qualche legame renderebbe, a sua volta, sostenibile – in astratto – il peso dell'inversione probatoria stante la «vicinanza della parte onerata della prova»¹⁶⁷.

Dunque, è sufficiente che l'amministrazione procedente individui la condotta vietata, senza necessità di dimostrazione dell'elemento soggettivo, salva la possibilità per il candidato responsabile di dimostrarne l'assenza. Quindi, per garantire una semplificazione dell'azione amministrativa, soprattutto nella repressione degli illeciti c.d. di mero pericolo, si presuppone che ad ogni situazione che la P.A. valuta negativamente corrisponda una ragione di riprovevolezza della condotta del soggetto passivo. L'apprezzamento negativo dell'autorità, dunque, si giustifica anche se quella non spiega in cosa consiste la colpa o perché può ritenersi carente la condotta del sanzionato cui viene addebitata una responsabilità per l'esistenza di un fatto. Responsabilità grave, difficilmente evitabile ma che non è data considerare oggettiva perché l'incolpato avrebbe sempre la possibilità di provare l'assenza della colpa.

È subito da segnalare come il livello di semplificazione dell'attività di vigilanza indotto dall'impostazione giurisprudenziale risulti ben più significativo quando si discute di responsabilità di soggetti che hanno fatto parte di organi di amministrazione e controllo di enti operanti in uno o più segmenti del mercato finanziario. In tale ipotesi quella discutibile presunzione, al limite tollerabile in ipotesi di illeciti semplici¹⁶⁸, infatti,

¹⁶⁷ Tra le tante, si veda Cass., 29 settembre 2019, n. 24081, in *De Jure*, relativa ad una sanzione applicata da Consob previo accertamento di carenze procedurali addebitabili al consiglio d'amministrazione di una banca. Il giudice della nomofilachia conferma il «consolidato orientamento secondo il quale in tema di sanzioni amministrative, la L. n. 689 del 1981, art. 3 pone una presunzione di colpa a carico dell'autore del fatto vietato, riservando a costui l'onere di provare di aver agito senza colpa; sicché, in caso di provvedimento sanzionatorio emesso dalla Consob nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione, spetta ai destinatari della sanzione dimostrare di aver adempiuto diligentemente agli obblighi imposti dalla normativa di settore. Infatti, ai fini dell'affermazione della sussistenza della colpa del trasgressore, è sufficiente la prova della sua condotta (anche omissiva) in violazione di norme specifiche di legge o di precetti generali di comune prudenza, mentre spetta al trasgressore la prova dell'inesigibilità della condotta (Cass., Sez. un., n. 20930 del 2009). Sicché in presenza di accertate carenze procedurali e organizzative, deve per ciò stesso reputarsi sussistente quanto meno la responsabilità colposa dei componenti del consiglio di amministrazione».

¹⁶⁸ Si pensi all'ipotesi della trasmissione di taluni dati o documenti entro un termine indicato dalla stessa P.A., ex art. 51, commi 1-ter e 1-quater, Tub.

si viene a combinare con altre derivanti dalla disciplina della relazione corrente tra l'incolpato o la società.

A titolo esemplificativo, può ricordarsi la situazione, già richiamata, della responsabilità dell'amministratore privo di deleghe d'una banca. In questa ipotesi, il giudice conferma la conclusione dell'autorità, ritenendo che ogni componente del c.d.a., per l'operare della disciplina societaria (artt. 2381 e 2392 cod. civ.), sia obbligato, ad esempio, a predisporre un «robusto» sistema organizzativo di controllo interno. Dunque, l'emersione di fatti «disdicevoli» non impediti dall'apparato di controllo è indicativa di una colpa di tutti i componenti del c.d.a. – che sono venuti meno ad un incumbente collegiale, non adempiendo un obbligo contrattuale – per cui devono rispondere.

La responsabilità d'appartenenza all'organo si combina con la presunzione di colpa asseritamente ricavabile dall'art. 3 l. 689/1981 in tal modo consentendo l'indiscriminata imputazione dell'addebito a tutti i componenti del c.d.a. senza alcun'altra indicazione. Dunque, l'integrarsi delle presunzioni permette, prima alla P.A. e, poi, al giudice di non ritenere necessaria l'indicazione del principio di organizzazione aziendale trascurato e delle ragioni per cui il modello realizzato non è appropriato e, dunque, è espressione di un adempimento colposo dei compiti gravanti sul consigliere. Ma ciò è appunto considerato sufficiente perché la colpa si presume sulla base dell'accadimento di ciò che doveva essere impedito e, dunque, perché la scelta organizzativa si è rilevata *a posteriori* «inadeguata». La seconda presunzione di colpa, poi, permette di «passare» dall'organo al singolo e, quindi, di prescindere dall'esame necessario del concreto atteggiamento psicologico del sanzionato¹⁶⁹.

Se non ci si inganna, la presunzione generalizzata di colpevolezza col-

¹⁶⁹ Indagine che, peraltro, non può essere elusa come invece sembrerebbe sostenere la Corte regolatrice – Cass., 24081/2019, *cit.*, par. 9.2 – invocando l'elevatissima professionalità richiesta a chi ricopre il ruolo di amministratore di banca, le cui attività mansioni ed accorgimenti – in punto di organizzazione del governo societario – devono essere orientati «anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile». Infatti, la sussistenza d'un'elevatissima professionalità e preparazione non spiega perché in una data situazione debba essere considerata risultato di una condotta colposa a meno che, ricadendosi nella responsabilità oggettiva, si pensi che chi è bravissimo – e gli amministratori di banche, per definizione, devono essere bravissimi – risponda di ogni che non incontra l'approvazione successiva della vigilanza. In tal senso, più di recente, si segnala, Cass., 9 marzo 2020, n. 2020, *cit.*, par. 3.3. di motivazione.

lide non solo con le indicazioni testuali dei documenti normativi domestici¹⁷⁰ ed europei ma anche con la prassi interpretativa seguita dalla Corte di giustizia che richiede, in principio, l'assolvimento dell'onere dimostrativo a carico della P.A., anche se attenuato, con l'apertura a prove indiziarie. Impostazione, si sottolinea, che non viene smentita dalla circostanza che tanto la Corte di giustizia quanto il giudice della Convenzione¹⁷¹ talvolta ammettono l'impiego di una presunzione relativa di colpevolezza e, dunque, la ritengono compatibile con quella contraria – di carattere generale – di innocenza, riconosciuta, rispettivamente, dall'art. 48 Carta UE e dall'art. 6, par. 2, Cedu.

Le due Corti, infatti, ammettono una deroga nei casi in cui la presunzione di colpevolezza si riveli indispensabile per la tutela del bene presidiato dalla sanzione e, nel contempo, risulti materialmente agevole per l'incolpato superare l'inversione posta a suo sfavore. Significativo è che il banco di prova della tenuta della presunzione di colpevolezza è stata quella posta a carico del proprietario del veicolo, per violazione delle regole sulla circolazione stradale, in caso di impossibilità di identificazione mediante l'identità del trasgressore.¹⁷² Si è avuto, in tale ipotesi, un riconoscimento di compatibilità poiché l'alleggerimento del carico dimostrativo disposto da una fonte normativa a favore della P.A. può essere «sovertito» intuitivamente con un assai moderato sforzo dimostrativo.

La preferenza europea per la presunzione di innocenza in campo sanzionatorio è poi stata confermata da una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia del 2009 chiamata ad esprimersi sulla portata della disciplina degli abusi di mercato. Per il giudice dell'Unione¹⁷³ la partico-

¹⁷⁰ E con la disposizione generale prevista per i giudizi di opposizione (art. 6, comma 11, d. lg. 1 settembre 2011, n. 150) che prevede che «il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente». Presunzione analoga a quella dell'art. 23, comma 12, l. 689/1981, che era stata intesa dalla giurisprudenza come gravante la P.A. di un preciso onere dimostrativo dei fatti integranti la violazione. Prova precisa che la giurisprudenza – Cass., 14 marzo 2008, n. 7047, in *De Jure* – non riteneva assolta con la semplice produzione dei verbali della P.A. erogante od altri atti della stessa contenenti valutazioni o congetture. Applicando il principio all'esempio del testo, dunque, non sarebbe possibile presumere la colpa a fronte della identificazione di fatti che la P.A. indica quali conseguenze di scelte inidonee o negligenti.

¹⁷¹ Corte giust., 5 dicembre 2019, C-671/17, par. 51 –57, in *www.europa.eu*. e nella stessa direzione Corte Edu, 19 ottobre 2004, n. 66273, in *www.echr.coe.int*.

¹⁷² Vedi nota precedente.

¹⁷³ Corte giust., 23 dicembre 2009, C-45/08, *cit.*, par. 36-44.

larità della fattispecie dell'abuso di informazioni privilegiate (art. 2, n. 1, dir. 2003/06/CE) consente di presumere che il suo autore ha agito con dolo o colpa perché la stessa condotta descritta dalla disposizione recante il divieto, postula la sussistenza dell'elemento psicologico. Fermo il fatto che al trasgressore è, comunque, riconosciuta la possibilità di contestare la sussistenza del dolo o della colpa¹⁷⁴, la Corte prosegue ritenendo più che ragionevole che il c.d. *insider* primario sia in grado di immaginare di non potere impiegare informazioni c.d. *price sensitive*, avute in ragione del proprio particolare ruolo, per compiere operazioni su strumenti finanziari in condizione di vantaggio rispetto agli altri investitori¹⁷⁵. Dunque, nell'ambito del diritto dei mercati finanziari, il caso della repressione degli abusi di informazioni privilegiate rappresenta l'eccezione alla regola della presunzione di innocenza che caratterizza la normativa europea. Vi può essere, dunque, spazio per semplificazioni a favore della P.A. quando le peculiarità della condotta si prestano ad una lettura univoca dell'elemento soggettivo del candidato responsabile. Ogni presunzione, invece, deve essere bandita quando il fatto non è di per sé indicativo o non si rinviene una disposizione espressa che lo prevede, escludendosi che implicitamente l'inversione sia ricavabile da discipline diverse da quella propriamente sanzionatoria.

Se si volge l'attenzione anche ad ambiti diversi, si nota come direttive e regolamenti europei non prevedono agevolazioni dimostrative e leghino l'applicazione della sanzione al riscontro positivo dell'elemento soggettivo dell'illecito, che diviene elemento caratterizzante della pretesa punitiva. In tale direzione sembrano indirizzarsi anche le iniziative legislative recenti relative ad uno dei più importanti e sensibili settori di competenza europea. Nel corso dei lavori preparatori della «direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul quadro giuridico dell'Unione relativo alle infrazioni e alle sanzioni doganali» [COM(2013)0884 – C8-0033/2014 – 2013/0432(COD)]¹⁷⁶, il Parlamento ha indicato come principio prioritario quello secondo cui «solo le infrazioni commesse per negligenza o intenzionalmente siano considerate infrazioni doganali» e, dunque, ha proposto in tal modo di superare le problematiche sollevate dalle sanzioni applicate a prescindere

¹⁷⁴ Corte giust., 23 dicembre 2009, C-45/08, *cit.*, par. 38.

¹⁷⁵ Corte giust., 23 dicembre 2009, C-45/08, *cit.*, par. 36-37.

¹⁷⁶ Cfr. relazione del 19 luglio 2016 [proc. 2013/0432(COD)], in www.europa.eu.

dall'elemento soggettivo della colpa o che comunque vengono comminate presumendola¹⁷⁷.

10. *Il principio del ne bis in idem*

Come ultimo principio ordinatore del potere punitivo può essere indicato quello «negativo» del *ne bis in idem*. L'assimilabilità dei procedimenti amministrativi sanzionatori a quelli penali sul piano sostanziale e la loro equivalenza afflittiva, ampiamente intesa¹⁷⁸, ha come effetto, a favore del soggetto passivo, l'estensione del «diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto». Dunque, l'azione reattiva/retributiva della P.A. risulta variamente condizionata dall'operare e, quindi, dal necessario rispetto, alternativamente, o dell'art. 50 della Carta o dall'importazione del significato dell'art. 4 del protocollo 7 Cedu, tramite l'art. 117, comma 1, Cost.

La conseguenza che si trae in merito all'applicabilità del principio all'ambito delle sanzioni amministrative non si accompagna ad una condivisione della sua portata. Infatti, nel corso del tempo si sono registrate delle oscillazioni. Recentemente, in un'occasione si è affermata la forza ostativa del primo procedimento conclusosi definitivamente rispetto allo svolgimento del secondo, poi, però, a quella posizione decisa, è stato apportato un temperamento. La definitiva conclusione del primo, più celere, si imporrebbe alla considerazione di chi è investito di decidere il secondo, nel senso che quest'ultimo dovrebbe tenere conto della precedente statuizione onde garantire l'applicazione d'una sanzione «complessiva proporzionata»¹⁷⁹.

Dunque, il principio del *ne bis in idem* si erge tanto a parametro di coordinamento tra iniziative repressive originate dallo stesso fatto mate-

¹⁷⁷ Sulla rilevanza sistematica dell'espressa esclusione di forme di responsabilità oggettiva per violazioni del diritto doganale, si veda E. COTTU, *La tormentata armonizzazione sanzionatoria in ambito doganale: un banco di prova per il principio di colpevolezza nel sistema punitivo euorunitario*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2019, p. 398 ss. e spec. pp. 428-429.

¹⁷⁸ Capitolo III, par. 2-4.

¹⁷⁹ Cfr. E. BINDI, *Divieto di ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, 2018, in *www.federalismi.it*; S. VITALE, *op. cit.*, p. 203 ss.; E. BINDI e A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, *cit.*, p. 181 ss.

riale – anche nel silenzio del legislatore – quanto quale parametro interpretativo e di giudizio delle disposizioni di coordinamento espresso, operando come uno strumento «calmieratore» dell’inflazione sanzionatoria non solo propria dell’ordinamento domestico¹⁸⁰.

Se non ci si inganna, quel principio dovrebbe innescare una riflessione ben più ampia di quella sino ad oggi svolta sulla compatibilità e limiti del c.d. doppio binario, inteso come concorso di norma penale ed amministrativa sanzionanti lo stesso comportamento materiale. Nell’ambito della disciplina dei mercati finanziari, invero, si riscontrano condotte che possono generare anche il concorso di più reazioni amministrative punitive innescate dallo stesso fatto materiale sino ad ora non considerate nel tacito presupposto che il principio valga se la condotta oggetto di sanzione sia almeno colpita da una sanzione formalmente penale. Al contrario, se ci si pone in un’ottica sostanziale – e sempre che non si opti per una lettura totalmente restrittiva¹⁸¹ – dovrebbe essere assolutamente indifferente che la stessa condotta possa esporre, dopo una prima sanzione, ad una seconda comminata da una diversa autorità cui sono affidate funzioni di vigilanza concorrenti con quella che ha avviato e concluso per prima il procedimento punitivo. A titolo esemplificativo può richiamarsi l’ipotesi delle imprese abilitate all’esercizio dei servizi di investimento su cui insiste la congiunta vigilanza di Banca d’Italia e Consob relativamente ad ambiti regolatori strettamente complementari per cui lo stesso accadimento ben può essere considerato contemporaneamente illecito rilevante per entrambe (art. 5, commi 1 e 3, Tuf).

Si tratta, ad avviso di chi scrive, d’una situazione di concorso particolarmente significativa, non solo per la frequenza con cui si registra il parallelo avvio di iniziative delle due autorità ma anche perché – diversamente dal caso di concorso tra sanzione penale ed amministrativa¹⁸² – non si rinviene alcun strumento o principio di coordinamento. Le due autorità non sono tenute a tenere conto della precedente azione punitiva dell’altra anche se concentrata, per i profili di propria competenza,

¹⁸⁰ F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative nel diritto europeo*, in AA.VV., *La sanzione*, cit., pp. 42-43.

¹⁸¹ Su cui si veda Capitolo III, par. 5.

¹⁸² Si ricorda che l’art. 187-terdecies Tuf prevede che nel caso in cui per lo stesso fatto sia applicata una sanzione amministrativa pecuniaria od una sanzione penale od amministrativa dipendente da un reato, l’autorità giudiziaria o Consob tiene conto, al momento dell’irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate (lett. a).

sullo stesso oggetto (ad esempio, adeguatezza del sistema di controllo interno), riscontrandosi solo indicazioni tese al loro coordinamento operativo tramite la previsione di (meri) adempimenti informativi (art. 4 Tuf) o di forme di supporto istruttorio (art. 6-ter Tuf).

Se ora ci si concentra sulla portata ed impatto del principio del *ne bis*¹⁸³ si deve dare atto di come quello oggi è oggetto d'un sostanziale ridimensionamento teso a cancellare il ricordo del periodo di «massimo splendore» «garantista» invisibile ai molti Stati del Consiglio d'Europa che impiegavano – e non intendevano abbandonare – il regime del c.d. doppio binario¹⁸⁴.

Scendendo nel particolare, con una ragionevole approssimazione, può ritenersi che l'inizio del periodo «d'oro» sia segnato dalla notissima sentenza Gabetti – Grande Stevens¹⁸⁵. Con quella pronuncia la Corte Edu censurava il sistema italiano di repressione degli abusi di mercato per contrasto con l'art. 4, prot. 7, Cedu in quanto consentiva la reiterazione d'un iniziativa punitiva per i medesimi fatti per cui il soggetto passivo aveva ottenuto l'assoluzione. Per il giudice di Strasburgo l'incompatibilità era evidente perché la disposizione del protocollo «fissa una garanzia contro il rischio di nuove azioni penali e non un divieto di una seconda condanna»¹⁸⁶ e la seconda iniziativa punitiva era stata avviata, né poi era stata interrotta, dopo la pronuncia d'assoluzione¹⁸⁷.

All'evidenza la definitività del risultato di un procedimento ha un effetto preclusivo sull'altro senza necessità di altra verifica diversa da quella dell'identità della condotta, da accertare nella sua sostanza materiale¹⁸⁸, a prescindere dal fatto che più disposizioni possono qualificare come illecito – sotto diversi profili – il medesimo fatto materiale¹⁸⁹.

Nella seconda metà di questo decennio la Corte corregge la propria posizione nel tentativo di contemperare un'esigenza di tutela e di proporzionalità delle punizioni sostanziali con quelle posizioni degli Stati

¹⁸³ Corte Edu, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *cit.*

¹⁸⁴ E. BINDI, *Divieto di ne bis*, *cit.*, 27 ss.

¹⁸⁵ Corte Edu, 4 marzo 2014, n. 18640/10, *cit.*, par. 84 ss.

¹⁸⁶ Corte Edu, 4 marzo 2014, n. 18640/10, *cit.*, par. 220.

¹⁸⁷ Corte Edu, 4 marzo 2014, n. 18640/10, *cit.*, par. 223-224.

¹⁸⁸ Corte Edu, 10 febbraio 2009, n. 14939/03, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*, par. 82, in www.echr.coe.int.

¹⁸⁹ E. BINDI, *op. cit.*, pp. 9-11, cui si rinvia per l'indicazione delle successive pronunce conformi.

contraenti che avevano adottato e non intendevano rinunciare al sistema del c.d. doppio binario, cioè della punizione penale ed amministrativa¹⁹⁰.

Con la sentenza A e B c. Norvegia¹⁹¹, il giudice di Strasburgo afferma che non si ha violazione del *ne bis in idem* convenzionale, quando tra i due procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, sussiste una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*». Nel precisare la consistenza del primo requisito indica che quello sussiste se gli ordinamenti dei singoli Stati prevedano un meccanismo di compensazione atto ad assicurare che le «misure» complessivamente irrogate siano *proporzionate*, in modo da evitare che il soggetto sanzionato sopporti un «onere» eccessivo. Per quanto concerne il secondo, reputa sussistere una connessione temporale se tra i due procedimenti possa dirsi esistente un percepibile nesso di natura cronologica, nel senso che il loro svolgimento sia «sufficientemente vicino»¹⁹² così escludendosi che gli stessi debbano procedere parallelamente o debbano svolgersi almeno in parte in un medesimo lasso temporale. Seguendo una tale prospettiva, per la Corte si evita il rischio di esporre il soggetto sanzionato ad un pregiudizio sproporzionato per il persistere d'uno stato di eccessiva incertezza¹⁹³. La sussistenza tanto della connessione sostanziale che temporale «sufficientemente stretta» tra procedimenti, infatti, esclude la violazione del limite convenzionale del *bis in idem* perché in tal modo il sistema del doppio binario punitivo si presenta come un apparato punitivo integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di un sistema unitario¹⁹⁴.

La pronuncia della Corte Edu realizza un riallineamento alla giurisprudenza della Corte di giustizia che costantemente ha difeso il sistema del concorso di strumenti sanzionatori, sia pur temperato¹⁹⁵, ammettendolo nei limiti in cui quel modello reattivo, presidio di effettività e dissuasività dalla commissione di illeciti, risulti compatibile con il generale principio di proporzionalità¹⁹⁶.

¹⁹⁰ E. BINDI, *ult. op. cit.*

¹⁹¹ Corte Edu, 15 novembre 2016, n. 24310/11 – 29758/11, par. 132 ss., in www.echr.coe.int.

¹⁹² Negli stessi termini si veda la recente, Corte Edu, 16 aprile 2019, n. 72098/14, Bjarni Ármannson c. Islanda, par. 55 ss., in www.echr.coe.int.

¹⁹³ E. BINDI, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁹⁴ E. BINDI, *ult. op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁵ Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, par. 36, in www.europa.eu.

¹⁹⁶ E. BINDI, *op. cit.*, p. 14.

La compresenza di iniziative punitive di diversa natura, in particolare, viene ammessa – e ritenuta compatibile con l'art. 50 Carta Ue e con la logica omologatrice alle indicazioni Cedu (art. 52, par. 3, Carta Ue) – nella misura in cui le sanzioni comminate per gli stessi fatti non superino il «confine mobile» del quanto necessario per assicurare una reale ed adeguata tutela all'interesse pubblico che si vuole proteggere¹⁹⁷.

La Corte di giustizia, chiamata ad occuparsi della compatibilità del doppio binario in materia, rispettivamente, fiscale e di abusi di mercato, dà occasione alla Consulta di mantenere «aperta» la porta della compatibilità del doppio binario, bandendo soluzioni «secche» poiché in principio l'integrale celebrazione dei due procedimenti non è impedita così come non è esclusa l'applicazione della doppia sanzione dipendendo tutto dalla valutazione del giudice che deve avere la possibilità di correggere il risultato globale. In particolare, nell'affrontare il tema del concorso tra sanzioni amministrative e penali tributarie, ha ricordato come la compatibilità con l'art. 50 della Carta Ue sia subordinata alla ricorrenza di due condizioni: l'ordinamento deve avere predisposto «meccanismi» normativi di coordinamento tra le due iniziative e le rispettive conseguenze; il giudice deve aver la possibilità di verificare se, nel concreto, il risultato afflittivo complessivo si riveli eccessivo¹⁹⁸ o «non superi il limite di quanto idoneo e necessario per il raggiungimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa». Sulla stessa linea, quindi, si è posta la Corte costituzionale ricordando come tanto l'art. 4, prot. 7, Cedu quanto l'art. 50 della Carta Ue non prevedono esclusioni secche ma temperate dal duplice ordine di parametri ricordati¹⁹⁹.

La tendenza conservativa del nostro giudice delle leggi trae un evidente conforto da una pronuncia della Corte di giustizia che si è espressa per la compatibilità, con la disciplina punitiva europea degli abusi di mercato (art. 14, par. 1, direttiva CE/2003/06), di una disposizione domestica che impediva la prosecuzione del procedimento amministrativo per gli stessi fatti per cui il soggetto passivo aveva ottenuto una sentenza penale definitiva di proscioglimento per non aver commesso il

¹⁹⁷ E. BINDI, *op. cit.*, pp. 14-15.

¹⁹⁸ Corte giust., 20 marzo 2018, C-524/15, par. 46 ss., www.europa.eu.

¹⁹⁹ Corte cost., 15 luglio 2019, n. 222; Corte cost., 12 giugno 2020, n. 114, in www.cortecostituzionale.it.

reato, rappresentato nella sua componente materiale dalla stessa condotta contestata dall'autorità di vigilanza²⁰⁰.

Nel caso di specie il giudicato penale ha una forza preclusiva della conclusione del procedimento amministrativo perché la legge prevedeva una minima ed indiretta forma di coordinamento. Infatti, si dice il procedimento penale era alimentato dai documenti trasmessi dalla P.A. di settore (Consob) all'autorità giudiziaria e la stessa costituendosi come parte civile nel medesimo processo aveva occasione di interloquire e controllare che l'eventuale sentenza di assoluzione «sia pronunciata tenendo conto di tutti gli elementi di prova di cui dispone l'autorità ai fini dell'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria»²⁰¹.

Dunque, un minimo di strumenti di coordinamento – operanti *ex ante* (cioè durante il procedimento) o *ex post* (al momento dell'irrogazione della sanzione) – è sufficiente per salvare, in un primo momento, il concorso e rinviare la verifica al loro impatto globale poiché, in principio, l'interesse presidiato – nel caso l'integrità dei mercati finanziari – può essere «tale da giustificare un cumulo di azioni (...) ove tali azioni e sanzioni siano intese in vista del conseguente» su indicato «obiettivo» con modalità complementari avendo «ad oggetto, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento costitutivo dell'infrazione»²⁰².

Ma a ben vedere sembra che solo in quel caso sia possibile evitare l'esposizione del sanzionando ad oneri sproporzionati.

In conclusione, sembra potersi sostenere che il principio del *ne bis* viene ad essere sottoposto ad una lettura ed applicazione minimalista tanto da amministrazioni che giudici²⁰³.

Al contrario, anche in assenza di benché minimi criteri di coordinamento tra procedimenti amministrativi ed indicazioni in merito al cumulo di sanzioni formalmente amministrative, il principio non riceve alcuna considerazione. La giurisprudenza domestica, infatti, nega che vi sia spazio per una considerazione complessiva delle iniziative punitive e dell'impatto del cumulo dei loro risultati ancorandosi alla qualifica formale dello stesso fatto attribuitogli da più norme sanzionatorie per cui

²⁰⁰ Corte giust., 20 marzo 2018, C-596/16, in *www.europa.eu*.

²⁰¹ Corte giust., 20 marzo 2018, C-596/16, *cit.*

²⁰² Corte giust., 20 marzo 2018, C-596/16, *cit.*, par. 42.

²⁰³ Per una sua applicazione si vedano Cass., 26 febbraio 2019, n. 5679; Cass., 17 dicembre 2019, n. 33426 e Cass. pen., 15 marzo 2019, n. 3999, tutte in *De Jure*.

non vi sarebbe mai un *bis* in quanto il fatto materiale lederebbe beni diversi²⁰⁴.

²⁰⁴ In tal senso si veda, Cass., 6 agosto 2019, n. 21017, par. 7.1., in *De Jure*, per la quale «il principio del *ne bis in idem* non opera qualora vengano in rilievo più condotte illecite ricomprese in diverse norme sanzionatorie applicate dalla Banca d'Italia e dalla Consob secondo le rispettive competenze». Situazione che ricorre «quando il provvedimento sanzionatorio emesso dalla Banca d'Italia ha avuto ad oggetto comportamenti posti in essere (...) contrari ai criteri di sana e prudente gestione, laddove la Delib. sanzionatoria della Consob riguarda l'inadempimento dell'obbligo di organizzarsi in modo da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra patrimoni gestiti».

CAPITOLO IV

Struttura e principi del procedimento e del provvedimento punitivo

SOMMARIO: 1. Conflitto ed equilibrio del procedimento punitivo. – 2. La limitata rilevanza delle regole e dei principi sul procedimento. Il discutibile impiego della categoria dei vizi «formali» – 3. Principi, struttura e regole generali del procedimento punitivo tra la pluralità delle fonti. – 4. Le linee dei regolamenti sanzionatori delle autorità indipendenti dei mercati finanziari. – 5. La fase pre-istruttoria. Quali possibili spazi per il contraddittorio? – 6. L'avvio del procedimento. La nota di contestazione degli addebiti – 7. I tempi ed i termini del procedimento. Il termine per la contestazione degli addebiti e i c.d. termini intermedi. – 8. Continua. Il termine per la conclusione del procedimento. – 9. Contraddittorio nella fase istruttoria. L'accesso al fascicolo ed ai documenti amministrativi. – 10. Continua. Contraddittorio nella fase istruttoria. Spazi per un effettivo riconoscimento delle prerogative difensive. – 11. Un'ipotesi di recupero dell'effettività del contraddittorio. La disciplina della concorrenza europea ed il ruolo del consigliere – uditore. – 12. La separazione tra funzione istruttoria e decisoria. Limite alla realizzazione della segregazione delle funzioni. – 13. La separazione come momento di valorizzazione del ruolo dell'organo decidente ed impedimento all'impiego della motivazione *per relationem*.

1. *Conflitto ed equilibrio del procedimento punitivo*

Non si può concepire l'esercizio d'un potere pubblico senza lo svolgimento di un procedimento¹ perché questo è il percorso pensato per garantire che quella speciale posizione di supremazia sia impiegata per la soddisfazione degli interessi affidati alla cura dell'amministrazione². A maggior ragione non è immaginabile, nell'attuale contesto costituzionale, l'attribuzione alla P.A. di una più o meno ampia facoltà di scelta che prescindano dal preventivo svolgimento di un procedimento. Le fasi e gli incumbenti, le attività e le operazioni coordinate in cui si sostanzia, quindi, non possono essere considerati meri formalismi perché costitui-

¹ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*⁵, Torino, 2018, pp. 312-314.

² Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Bologna, 2019, pp. 108-109.

scono elementi e condizioni la cui realizzazione concorre a consumare la discrezionalità³, indirizzando in modo plausibilmente corretto la trasformazione in atto di «quell'energia giuridica» contenuta nella norma che abilita alla decisione amministrativa e ne descrive i suoi potenziali effetti. La discrezionalità del potere punitivo delle autorità indipendenti dei mercati finanziari⁴ impone, dunque, di prestare una speciale attenzione alle regole ed ai principi che ordinano i relativi procedimenti. Attenzione che, ragionevolmente, dovrà essere ancora più elevata attesi gli ampissimi margini di scelta derivanti dalla formulazione, tramite clausole generali o di rinvio a *standard*, dei precetti presidiati dalla sanzione. La centralità della dinamica procedimentale, invero, risulta imprescindibile fattore di chiarezza e trasparenza proprio quando – come nelle ipotesi di interesse – l'applicazione della sanzione poggia su di un giudizio negativo di una condotta a contenuto non predefinito⁵ che vede imbricati profili di discrezionalità ermeneutica, di discrezionalità amministrativa in senso proprio e di c.d. discrezionalità tecnica che implicano ponderazioni da compiere – caso per caso – sulla base di cognizioni tecnico scientifiche opinabili, obiettivamente irriducibili ad un giudizio di verità o di falsità o, se si vuole, di conformità o non conformità rispetto ad un parametro tangibile⁶.

L'attenzione per le regole ed i principi del procedimento, dunque, si impone per la loro capacità di orientare il titolare del potere punitivo alla definizione di un provvedimento corretto perché risultato di un confronto tra l'amministrazione ed il soggetto passivo – che si sviluppa tramite un contraddittorio effettivo – e perché garantiscono un esame imparziale dei dati raccolti nell'istruttoria ed una reale (e non solo formale) completa valutazione degli interessi, tanto pubblici che privati, che si contrappongono⁷. Le regole sul procedimento, in altri termini, non pos-

³ M. CLARICH, *op. cit.*, p. 128.

⁴ Capitolo II, par. 4-6.

⁵ G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Torino, 2012, pp. 153-154.

⁶ Cfr. M. CLARICH e L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 358, i quali concludono che potrebbe ritenersi esistente un rapporto direttamente proporzionale tra ampiezze dei poteri delle autorità, ambiti e consistenza delle materie di intervento ed ampiezza delle garanzie procedurali il cui rispetto si imporrebbe in uno Stato di diritto che dovrebbe mirare a ridurre al minimo la fase contenziosa giurisdizionale.

⁷ Cfr. R. VILLATA e G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 575 ss.

sono essere trascurate non solo in fase di formazione della decisione ma anche in quella successiva di revisione giurisdizionale, perché la funzione di chiusura della potestà sanzionatoria, la sua forza preventiva e deterrente⁸, è garantita solo se i molteplici atti di esercizio del potere punitivo non sono solo prevedibili e comprensibili per il candidato responsabile ma sono anche proporzionati, cioè definiti avendo riguardo alle sue specifiche caratteristiche⁹ e, dunque, in esito al puntuale rispetto delle norme e criteri sull'azione amministrativa.

Chi volge l'attenzione alle regole sul procedimento sanzionatorio s'accorge come siano particolarmente attuali due profili di discussione non solo di rilievo teorico. Particolarmente dibattuto, in primo luogo, è il tema dell'individuazione delle norme e dei principi informativi dell'attività amministrativa. In particolare, ci si interroga in merito alle possibili integrazioni delle indicazioni ritraibili dalle fonti scritte e sul modo con cui interpretare quei dati nel loro complesso. In secondo luogo, ci si interroga sulla portata e sulle conseguenze della violazione delle garanzie procedurali. L'attenzione, dunque, è concentrata su due versanti, tra loro connessi, poiché l'effettività della garanzia è legata anche alla possibilità d'ottenere in caso di sua violazione una pronuncia del giudice che ne elimini le conseguenze.

L'esame della pratica, peraltro, evidenzia, ancora una volta, l'esistenza di una contrapposizione netta tra dottrina e giurisprudenza. La prima aperta all'integrazione delle tutele ed al riconoscimento della loro più ampia giustiziabilità. La seconda divisa: da un lato si pone il giudice amministrativo orientato ad una prudente apertura, dall'altro, il giudice ordinario, ed in specie la Corte regolatrice, arroccata su d'una posizione di chiusura tanto sull'uno quanto sull'altro aspetto. In punto d'estensione dei principi la Cassazione reputa che la l. 689/1981 contenga un sistema chiuso, autosufficiente ed impermeabile, insensibile ad ogni intervento sia costituzionale che d'interpretazione sistematica. Il rapporto di specialità che intercorre tra la legge speciale precedente (l. 689/1981) e la legge generale successiva (l. 241/1990) si porrebbe come una sorta di barriera invalicabile alla integrazione dei principi sul procedimento¹⁰,

⁸ A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 637-638; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, p. 234 ss.

⁹ Capitolo III, par. 7 e 9.

¹⁰ Sul punto, in tema di sanzioni bancarie e finanziarie, si veda, tra le tante, Cass.,

che giustificerebbe una sorta di «cristallizzazione» dei criteri di giudizio e d'esercizio del potere considerati immutabili anche al mutare ed evolversi d'una diversa sensibilità per la relazione intercorrente tra soggetto amministrato e la P.A. posta in una posizione di supremazia.

Comunque ricavate le norme ed i principi sul procedimento sarebbero irrilevanti se poste tra i motivi di ricorso, perché sarebbero per lo più tutti vizi formali – inidonei per definizione a condurre all'annullamento dell'atto punitivo – e ciò tanto in sé quanto in ragione del tipo di processo d'opposizione che, implicando una giurisdizione estesa al merito, si sostanzierebbe in un giudizio sul rapporto intercorrente tra sanzionato ed autorità e non sull'atto punitivo. Dunque, la necessità di guardare alla pretesa sostanziale fatta valere dalla P.A. renderebbe irrilevanti gli eventuali difetti del provvedimento e del suo «processo di produzione». Ragionevolmente, quell'ormai consolidato svilimento delle regole procedurali e della tutela sostanziale del sanzionato, espressione d'una pratica giudiziaria di stabilizzazione/conservazione delle determinazioni punitive¹¹, non è assolutamente sostenibile anche se ormai riconducibile ad una più ampia, e relativamente recente, tendenza a svalutare il procedimento e quanto è tradotto nella motivazione dell'atto impugnato¹².

Nel rinviare¹³ l'esame della tematica relativa all'alternativa tra giudizio sull'atto e sul rapporto impiegato dalla Cassazione per neutralizzare

14 marzo 2007, n. 5898; Cass., 4 marzo 2015, n. 4363; Cass., 26 febbraio 2019, n. 5606, tutte in *De Jure*.

¹¹ Come è chiaramente desumibile da Cass., Sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786, in *De Jure*, secondo cui non vi sarebbe spazio per l'annullamento d'un'ordinanza di ingiunzione per la violazione della garanzia procedimentale dell'audizione e per vizi della motivazione della stessa. Per la Corte regolatrice l'esclusione della rilevanza dei vizi relativi alla parte motiva si giustificerebbe per ragioni deflative del contenzioso, per evitare la proposizione di opposizioni con cui i trasgressori sistematicamente tentano la via giudiziaria, con il vizio di motivazione «presunto o reale» «provando a richiedere una motivazione più dettagliata e ciò a prescindere dall'esito» del giudizio, con conseguente aumento del contenzioso e la frustrazione dell'obiettivo di deflazione dei processi che era alla base della l. 689/1981. Per una critica si veda G. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 231 ss., cui *adde* S. CIMINI, *op. cit.*, p. 334 ss.

¹² Cfr. G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento o giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1235 ss. Con specifico riguardo al ruolo della motivazione dei provvedimenti sanzionatori delle autorità dei mercati finanziari, si veda W. TROISE MENGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, p. 189 ss.

¹³ Capitolo V, par. 4 ss.

i vizi procedimentali pare imprescindibile anticipare alcune osservazioni critiche sull'argomento principale impiegato per escludere la forza invalidante dei vizi procedurali e di quelli che possono colpire la motivazione del provvedimento punitivo.

2. *La limitata rilevanza delle regole e dei principi sul procedimento. Il discutibile impiego della categoria dei vizi «formali»*

È risaputo da tempo che la Corte regolatrice trae dal dato testuale dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990 un argomento retorico per confermare l'indifferenza dell'osservanza delle regole procedimentali e decisionali rispetto alla validità del provvedimento punitivo e, dunque, per rigettare le domande di annullamento fondate su uno o più di quei vizi.

I difetti del procedimento e, poi, quelli del decidere, quali l'eccesso di potere, si dice, non hanno alcun rilievo poiché la determinazione punitiva ha natura vincolata – sostanzialmente si limita ad accertare ciò che è. Quello che conta, dunque, è la sostanza e non l'involucro o come la sostanza viene ricostruita, come appunto verrebbe confermato dalla richiamata disposizione della legge generale sull'azione amministrativa che ha sancito il c.d. superamento del principio di equivalenza dei vizi dell'atto¹⁴.

L'originaria impostazione – giustificabile da un'esigenza di riparto della giurisdizione¹⁵ – trae così nuova energia da un documento normativo che prevede che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Alla luce di tanto, eventuali vizi procedurali dovrebbero considerarsi – in principio – non lesivi del diritto di difesa se, comunque, possa apparire, anche in sede di opposizione e, dunque, all'esito del processo di revisione giurisdizionale, che nulla sarebbe mutato se le regole e i principi fossero stati puntualmente osservati, se non nei casi limite di compromissione sostanziale dell'attività oppositiva del candidato responsabile. Ed il tutto, sottolinea sempre la giurisprudenza¹⁶, si por-

¹⁴ Cfr. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il procedimento amministrativo*², 2017, p. 581 ss.

¹⁵ Capitolo II, par. 3.

¹⁶ Cass., 30 settembre 2009, n. 20935, in *De Jure*.

rebbe in sintonia – e risulterebbe assolutamente compatibile – con quel margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore ordinario in sede di bilanciamento degli interessi che si è sostanziato in una preferenza per la tutela del risparmio e del buon andamento dei mercati finanziari rispetto a quello oppositivo dei singoli soggetti.

Se non ci si inganna la «semplificazione» compiuta dalla Corte regolatrice non è assolutamente persuasiva per essere la reiterazione di una conclusione sintetizzata in alcune massime risultato d'una superficiale riflessione. Da qui la persuasione di dovere confermare una critica già formulata¹⁷ e da altri ribadita¹⁸.

L'impostazione della Corte regolatrice collide sia con un profilo di carattere generale che con alcuni profili specifici propri della disposizione stabilizzatrice perché pretende di ricavarne l'effetto a prescindere dalla fattispecie normativa.

Sul primo versante è stato variamente sottolineato come l'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990, non è disposizione applicabile ai procedimenti sanzionatori perché in questi tutte le norme acquistano un'importanza particolare in chiave di difesa dell'interessato, perché costituiscono una forma «necessaria dell'azione amministrativa o inflittiva di sanzioni»¹⁹, conciliando esigenze organizzative dell'attività della P.A. con quella di garanzia del candidato responsabile. Peraltro, la logica che caratterizza la regola stabilizzatrice – impregiudicata l'esistenza dei molteplici profili di discrezionalità del potere – è estranea a quella della dinamica punitiva. In particolare, si sottolinea come l'art. 21-*octies* l. 241/1990 trova la propria ragione in chiave finalistica in una prospettiva di c.d. «amministrazione di risultato»²⁰ che è «in tensione» con le istanze garantistiche proprie dei procedimenti sanzionatori ove il confronto ha una

¹⁷ G. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 232 ss.

¹⁸ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 296 ss.

¹⁹ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 303.

²⁰ Sul contesto culturale in cui è maturato l'art. 21-*octies*, l. 241/1990, per tutti, si vedano R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 581 ss. e spec. p. 585, ove viene sottolineato come la disposizione è espressione d'un movimento affermatosi prima della sua introduzione che privilegiava il principio dell'efficienza e dell'efficacia del «risultato» rispetto ai profili di stretta legalità, d'una reazione alla pervasività, eccesso e cogenza delle leggi amministrative, elementi, nel loro insieme, contrari al principio costituzionale di buon andamento. Dunque, in un contesto in cui erano profondamente mutate le aspettative sociali nei confronti della P.A., appunto orientate alla logica del risultato, appariva inadeguata una disciplina della invalidità calibrata sulla pura illegalità del provvedimento.

funzione prettamente difensiva e non collaborativa. Dunque, modalità e profondità del dialogo procedimentale vengono ad assumere una rilevanza in sé, indipendentemente dall'esito dell'iniziativa amministrativa, analogamente a quanto avviene in sede processuale dove la lesione delle regole del contraddittorio è causa di invalidità del procedimento²¹.

Se si passa poi alla considerazione degli elementi della fattispecie normativa si nota immediatamente come la Corte regolatrice prescindendo del tutto dalla necessità dell'accertamento degli stessi nel concreto. Ogni vizio di un procedimento tempestivamente avviato²² è considerato vizio formale, così come ogni provvedimento sanzionatorio viene ritenuto di natura rigidamente vincolata. Quindi si assume anche che ogni determinazione punitiva, indipendentemente dall'andamento del procedimento, non avrebbe potuto avere altro contenuto – anche in punto di qualificazione della sanzione – diverso da quello fissato dalla P.A. e da qui, se il provvedimento non poteva che essere palesemente identico nel suo contenuto a quello adottato, deriva la neutralità della violazione della regola recante la garanzia procedimentale.

Ora, l'innegabile discrezionalità del potere punitivo – ed in particolare, quello relativo alla determinazione della sanzione²³, rende evidente come manchi il più controverso degli elementi della fattispecie stabilizzatrice il cui concorso è necessario ai fini dell'immunizzazione dell'atto dal suo difetto. A prescindere dalla considerazione in astratto del potere, l'impiego dell'aggettivo palese evidenzia, poi, come il superamento della violazione delle norme sul procedimento sia ancorata alla circostanza che risulti indubbio che il contenuto dispositivo del provvedimento non poteva essere diverso da quello concretamente adottato²⁴.

Dunque, l'amministrazione deve essere in grado di dare ragione dell'unicità del risultato. È, quindi, la P.A. che nel corso del processo è tenuta a dimostrare la necessaria identità del provvedimento impugnato. Quindi, si rivela indebita quella doppia correzione interpretativa proposta dalla Cassazione secondo cui spetterebbe all'opponente dimostrare l'esistenza di alternative praticabili e, comunque, ogni vizio sarebbe inin-

²¹ S. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, pp. 295-296; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 196 e pp. 221-222.

²² Capitolo IV, par. 7.

²³ Capitolo II, par. 5 ss.

²⁴ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 587.

fluente a prescindere dalla disposizione violata²⁵ ed al tipo di compressione arrecata alle prerogative dalla P.A.

Ancora, si può poi proseguire osservando come la lettura «ortopedica» compiuta dalla Corte regolatrice nel reputare pleonastica qualunque considerazione delle c.d. «regole d'azione» della P.A., trascura, da un lato, e collide, dall'altro, con le indicazioni del diritto UE e del suo giudice, da cui si possono trarre principi orientativi sia per l'azione della P.A. (art. 1, l. 241/1990) che per la revisione eventuale e successiva che è riservata al giudice nazionale.

Il diritto UE che riconosce una funzione specifica alle garanzie procedurali (art. 41 Carta UE), prevede anche che il giudice dell'Unione possa disporre l'annullamento degli atti delle istituzioni quando quelli siano adottati in violazione delle norme, dei principi e delle loro forme sostanziali (art. 263, par. 2, TFUE)²⁶. Ora, ferme le differenze strutturali tra le categorie dei vizi europei e quelli della tradizione domestica della violazione di legge e dell'eccesso di potere, si possono individuare alcune coincidenze²⁷. Dunque, se non si ritiene di volere trarre dalle indicazioni UE un principio di rilevanza assoluta delle principali prescrizioni procedurali (diritto di audizione) o formali (obbligo di motivazione esaustiva)²⁸, quanto meno si deve ricordare che il giudice del-

²⁵ Sul punto si vedano R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 590, per i quali il dettato normativo rende evidente come nelle ipotesi previste dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990, l'esito negativo dell'impugnativa consegue al verificarsi della condizione dell'accertamento che il provvedimento vincolato non poteva essere palesemente diverso da quello adottato, gravandosi l'amministrazione della specifica dimostrazione, non essendo sufficiente la mera adduzione della natura formale del vizio azionato.

È, poi, da evidenziare come il giudice civile sembri orientato ad agevolare ulteriormente la P.A. ed ad aggravare la posizione del privato. Il primo fa proprio o potenzia quell'orientamento del giudice amministrativo che – per non complicare la posizione della resistente, superando il dato testuale – pone sul privato un onere di allegazione e cioè di indicazione degli elementi conoscitivi che avrebbe potuto introdurre se fosse stato osservato l'adempimento procedurale. Infatti, la Cassazione sembra ammettere la rilevanza del vizio di lesione del contraddittorio – che è forma sostanziale – solo se il ricorrente deduce «una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificatamente conculcato o compromesso nel procedimento sanzionatorio». Così, Cass., 26 settembre 2019, n. 2481, (par. 3.1), in *De Jure*.

²⁶ Su cui si veda, C. CURTI GIALDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 81 ss.

²⁷ Sulla diversa portata e sulle possibili aree di coincidenza si veda, A. ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell'ordinamento europeo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2018, p. 769 ss.

²⁸ D. U. GALETTA, *Il diritto amministrativo ad una buona amministrazione nei pro-*

l'Unione reputa necessario effettuare un sindacato sulla rilevanza del vizio²⁹ – sia esso sostanziale o procedurale – indipendentemente dalla natura discrezionale o vincolata dell'atto³⁰.

La denuncia del vizio di violazione di forme sostanziali, dunque, attiva un dovere del giudice ad un riscontro effettivo della sua incidenza, da esercitare a fronte della semplice indicazione da parte del ricorrente che la soluzione prospettata³¹, in caso di rispetto della forma sostanziale, non appaia inverosimile³².

Dunque, dalla giurisprudenza UE deriva che l'eventuale applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990 ai vizi dei procedimenti punitivi e dei loro atti è subordinata ad alcune rigorose condizioni che la nostra Corte regolatrice trascura, quando, vigorosamente sostiene la dequotazione del difetto di motivazione³³.

Nella sostanza la Cassazione trascura un dato innegabile e cioè che i vizi di forma non possono essere posti tutti sullo stesso piano poiché

cedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE), in *Riv. dir. pubb.* 2019, p. 165 ss.

²⁹ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁶, 2018, pp. 374-375; M. CINTI, *La tutela giurisdizionale*, in AA.Vv., *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 427-428. In giurisprudenza, ribadisce la necessaria «astratta idoneità» della violazione procedurale ad incidere sul potenziale esito dell'atto, Corte giust., 10 marzo 2020, n. 56, (par. 78 ss.), in *www.europa.eu*. Dunque, l'impostazione del giudice europeo si allinea a quella posizione prudente di quella parte della dottrina che reputa che in tale ipotesi il magistrato debba spostare l'attenzione e, dunque, la sua cognizione dal provvedimento impugnato e dai suoi vizi all'esistenza di un eventuale ipotetico provvedimento e sulla sua probabilità di venire adottato, cfr. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 591.

³⁰ Per un'attenta ricognizione, si rinvia a G. MANUCCI, *Il regime dei vizi formali e sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 259 ss.

³¹ È da segnalare, tra l'altro – C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 94 e p. 104 ss. – come la Corte di giustizia abbia elaborato una serie di figure sintomatiche del vizio di violazione delle forme sostanziali includendovi la compressione delle prerogative difensive procedurali e, quindi, come alla rilevazione di una esclusione di una facoltà riconosciuta all'indagato, faccia seguire, di regola, l'annullamento dell'atto che è il risultato del procedimento in cui si è consumata quella violazione.

³² G. MANUCCI, *op. cit.*, pp. 286-287.

³³ Motivazione che costituisce, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, lo strumento che consente al destinatario del provvedimento individuale di valutare la legittimità ed è insuscettibile di integrazione giudiziale, M. G. MATTARELLA, *Procedimenti ed atti amministrativi*, in AA.Vv., *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 366-377; A. MALLEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, 2018, spec. p. 9 ss., in *www.federalismi.it*.

ve ne sono alcuni che sono posti a garanzia sostanziale degli interessi (e dei diritti) degli amministrati³⁴.

Se si allarga lo sguardo e ci pone nella prospettiva dell'intervento che novellò la l. 241/1990, introducendo anche l'art. 21-*octies*, ci si accorge dell'incolmabile distanza tra l'idea della Cassazione e lo spirito od approccio nei confronti delle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa. Una lettura d'insieme, evidenzia come, se da un lato, si volevano superare gli sterili formalismi, dall'altro, si valorizzava la potenzialità propria del procedimento amministrativo come percorso imprescindibile per l'esercizio del potere avente tra i suoi presupposti un confronto – in contraddittorio – con l'interessato alla decisione finale della P.A. Invero, accanto alla disciplina dei vizi formali si introduceva quella del c.d. preavviso di rigetto (art. 6, l. 11 febbraio 2005, n. 15) che veniva proprio a rafforzare il contraddittorio nel momento in cui il procedimento, o l'istanza di parte (espressione d'un interesse pretensivo dell'istante), si può concludere con un esito sfavorevole al richiedente.

L'integrazione, sostanziata nell'art. 10-*bis* l. 241/1990, esalta e non svilisce le garanzie procedimentali, prevedendo una fase a connotazione contenziosa che dà luogo ad un'interlocuzione sul progetto di decisione finale, il cui esito deve essere espressamente oggetto di considerazione nel caso in cui la P.A., nonostante tutto, confermi la propria posizione di chiusura, escludendo la sussistenza delle condizioni per concludere in senso conforme alle istanze del richiedente³⁵.

Come è stato autorevolmente segnalato³⁶, la generalizzazione di una fase di confronto ogni qualvolta si prospetta la frustrazione dell'interesse privato, dimostra l'esistenza d'un'impostazione diversa da quella presupposta dalla Cassazione che, a maggior ragione, può essere richiamata per criticare la posizione del giudice della nomofilachia. Se la legge ritiene determinante una garanzia procedimentale in ipotesi di celebrazione di un procedimento ampliativo – tramite cui il privato confida d'aumentare le proprie possibilità – a maggior ragione deve ritenersi imposto in un pro-

³⁴ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 593.

³⁵ Infatti, il terzo periodo dell'art. 10-*bis*, l. 241/1990, dispone che l'amministrazione deve dar «ragione nella motivazione del provvedimento finale» dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni presentate in esito alla comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda.

³⁶ In tal senso si veda F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2010, pp. 941-942.

cedimento sanzionatorio ove l'amministrazione si muove per verificare la sussistenza delle condizioni per l'adozione di una decisione afflittiva rispetto cui il soggetto passivo si trova in una situazione oppositiva³⁷.

Una ragione di giustizia sostanziale e d'equità, dunque, impongono di ribadire, in linea di principio, come il rispetto del diritto del soggetto passivo del procedimento a conoscere pienamente la posizione della P.A., a conoscere integralmente, quanto a disposizione della stessa, a confrontarsi effettivamente con gli uffici precedenti, in ogni fase del procedimento, incide sulla validità del provvedimento finale. La rilevanza della disciplina procedimentale si impone, infatti, in quanto a conclusione dell'iniziativa, la P.A. adotta un provvedimento autoritativo che reca un'obbligazione di pagamento o di fare immediatamente esecutiva. Dunque, un atto che modifica unilateralmente la sfera giuridica del destinatario, che, in quanto tale, non par potersi, in assoluto, ammettere se non venga adottato nel pieno rispetto delle regole sulla sua formazione. Non sembra, infatti, sostenibile, nell'attuale contesto storico normativo, che l'amministrazione – per ragioni di efficienza – sia abilitata a fare tutto ciò che reputa più opportuno perché tanto il suo atto autoritativo può essere oggetto di revisione giudiziale successiva, tesa – tramite un contraddittorio differito – a controllare ed, eventualmente confermare il modo in cui la P.A. s'è comportata.

La svalutazione della rilevanza delle regole procedurali – compiuta in modo generalizzato dalla Cassazione – ancora non convince parendo il risultato d'una confusione concettuale tra fenomeni oggettivamente distinti quali rispettivamente contraddittorio e partecipazione. La Corte regolatrice reputa ovviabili o superabili le garanzie del procedimento punitivo dando per acquisito che l'uno o l'altro termine – come spesso impiegati nella pratica – siano nulla più che sinonimi che indicano genericamente l'apporto del privato al procedimento³⁸.

³⁷ L'importanza della garanzia procedurale nei procedimenti ad istanza di parte pare poi venir ulteriormente sottolineata dalla novellazione dell'art. 2-*octies*, comma 2, l. 241/1990 ad opera dell'art. 12, comma 1, lett. i, d.l. 16 luglio 2020, n. 76; con l'espressa sottrazione alla disposizione stabilizzatrice dei provvedimenti adottati in violazione dell'art. 10-*bis*, il documento normativo manifesta una preferenza per questa forma di contraddittorio rinforzato, proprio in quanto lo sottrae a quel depotenziamento previsto per il caso di omissione della comunicazione di avvio del procedimento.

³⁸ F. SATTÀ, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 306 ss., che sviluppa una condivisibile critica alla svalutazione del contraddittorio in contestazione affermato da Cass., n. 20935/2009, *cit.*

Contraddittorio e partecipazione, confusi tra loro dalla Corte regolatrice, non sono però la stessa cosa, pur essendo entrambi espressione del riconoscimento dell'interesse del privato al procedimento. Con il primo termine, che sottende un principio sviluppatosi nell'ambito del processo, e che esprime un aspetto del diritto di difesa, si subordina la soggezione ad una decisione alla condizione che sia stato preventivamente riconosciuto al soggetto passivo «la possibilità di rappresentare i fatti, dedurre prove, esprimere la propria opinione o controdedurre». Con l'istituto, profondamente diverso, della partecipazione, invece, si rende possibile il contributo del privato alla formazione della decisione dell'autorità amministrativa affinché questa meglio conosca gli interessi coinvolti e ne tenga conto. Quindi la partecipazione si sviluppa – e presuppone – una relazione procedimentale in cui gli interessi del primo non si contrappongono necessariamente all'assetto cui si orienta l'amministrazione³⁹. In altre, parole, è proprio la posizione «antagonista» delle parti del procedimento sanzionatorio che impone la necessità di riconoscere al contraddittorio di svilupparsi attraverso atti formali in momenti prestabiliti ed in tutte le fasi che portano alla decisione finale. Tanto, se si vuole, è la conseguenza di una contrapposizione strutturale che – se pur può non portare ad una determinazione afflittiva – deve essere mediata da un confronto sufficientemente approfondito tra amministrazione procedente ed inquisito in tutti quei momenti salienti dell'azione amministrativa che possono incidere sull'orientamento della decisione finale. Dunque, il contraddittorio risulta differente dalla partecipazione anche in una prospettiva dinamica poiché il primo è reso possibile dalla individuazione di momenti specifici o di atti precisamente caratterizzati, diversamente dal diritto di partecipazione che ha «struttura atipica» per potersi meglio adottare alle diverse possibili iniziative istruttorie dell'amministrazione ed alla complessità degli interessi di volta in volta in gioco. Nella sostanza, indipendentemente dall'inserimento dell'organo nell'ordinamento giudiziario, il contraddittorio pieno deve essere assicurato all'indagato poiché è principio e metodo per amministrare⁴⁰. Canone che, in quanto strumento essenziale del diritto alla di-

³⁹ Come, invece, accade con l'avvio del procedimento sanzionatorio in cui la contestazione degli addebiti prospetta l'applicazione di una misura afflittiva sulla base dei dati raccolti ai fini dell'accertamento.

⁴⁰ F. SATTÀ, *op. cit.*, p. 308. Per l'affermazione della necessità di un contraddittorio pieno nel procedimento amministrativo sanzionatorio si esprime anche F. MERUSI, *op.*

fesa, non può essere disatteso opponendo valutazioni di opportunità, affermando la superiorità dell'interesse della comunità e, quindi, la preminenza della sua tutela, come sembra prospettare la giurisprudenza. In altre parole, la funzione sanzionatoria non può prescindere dal confronto pieno in quanto quello è «condizione» per l'esercizio del potere, la cui carenza non è ovviabile, come pretenderebbe la Cassazione, con un controllo *ex post* del giudice⁴¹.

3. *Principi, struttura e regole generali del procedimento punitivo tra la pluralità delle fonti*

La ricostruzione della fisionomia del procedimento punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari richiede uno sforzo articolato poiché l'individuazione di principi, regole e criteri che ne delineano la struttura ed il funzionamento impone la ricognizione d'una molteplicità eterogenea di fonti⁴². Infatti, le prescrizioni della l. 689/1981, applicabili alle sanzioni amministrative pecuniarie in quanto compatibili, sono oggetto di un richiamo selettivo da parte delle leggi successive che hanno definito le regole proprie delle varie autorità⁴³. Le regole specifiche, ulteriormente, devono essere coordinate ed integrate con quelle dell'art. 24, l. 28 dicembre 2005, n. 262 che fissano taluni principi per il più ampio insieme dei procedimenti di controllo a carattere contenzioso e per i procedimenti sanzionatori. Ancora, i regolamenti procedurali adottati dalle singole autorità devono esser letti e valutati alla luce delle disposizioni convenzionali e del diritto dell'Unione europea. Come accade per quelle sostanziali anche le regole relative all'azione amministrativa sono soggette all'integrazione di fonti «esterne» e ad una interpretazione ad esse conforme nei limiti della compatibilità costituzionale. Come è noto, sia pur in diverso modo, i due canali rispettivamente rappresentati dal-

cit. p. 943, che criticando Cass., n. 20935/2009, *cit.*, evidenzia come quando quello non è ammesso in tutta la sua ampiezza, si rischia di ridurlo «ad un rito "teatrale"».

⁴¹ Come pretende, Cass., Sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786, *cit.*

⁴² Cfr. M. CLARICH e L. ZANETTINI, *op. cit.*, p. 360; M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in AA.Vv., *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e S. Cimini, 2013, p. 127 ss., in www.giustamm.it.

⁴³ Vedi Capitolo I, nota 18.

l'art. 117, comma 1, Cost. e dall'art. 52, par. 3, Carta UE, attribuiscono un rilievo «diretto» all'art. 6 Cedu che, dunque, elevano a fonte evolutiva di formazione di criteri, principi e parametri d'interpretazione, applicazione e valutazione delle norme interne⁴⁴.

L'attenzione per le indicazioni della normativa primaria e di quella di produzione europea interessa non solo in una prospettiva teorica – in termini di valutazione della scelta regolamentare della singola autorità – ma anche in una pratica. Infatti, da una disciplina procedurale ingiusta, in principio, derivano atti a loro volta ingiusti e, dunque, il vizio della regola può condurre all'eliminazione in sede contenziosa della determinazione punitiva⁴⁵.

A livello generale – in punto di integrazione – se non ci si inganna, i principi comuni posti per orientare l'esercizio del potere regolamentare dei procedimenti punitivi rimesso a Banca d'Italia, Consob, Covip e Ivass, sortiscono una sorta d'effetto moltiplicatore della portata del regime di tutela del soggetto passivo dell'iniziativa amministrativa ben più ampia di quella attesa dal riferimento alla l. 241/1990⁴⁶.

La legge sul risparmio statuisce, con disposizione poi ripresa dai testi di settore (art. 24, comma 1, l. 262/2005), che i loro procedimenti sanzionatori «sono svolti nel rispetto dei principi della facoltà di denuncia delle parti, della piena conoscenza degli atti istruttori, del con-

⁴⁴ Capitolo III, par. 2 e par. 3.

⁴⁵ In tal senso si possono richiamare le interessanti applicazioni dei principi compiute dal giudice amministrativo d'appello chiamato ad esprimersi sulla legittimità di sanzioni comminate da Ivass, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, ha annullato la pena pecuniaria comminata ad un'impresa di assicurazioni, per violazione del contraddittorio, in quanto la decisione venne assunta in esito ad una rettifica dell'originario atto di contestazione che in realtà si sostanziava in una riqualificazione dei fatti rilevanti anche ai fini della quantificazione della pena. Dunque, la determinazione era illegittima, ledendo l'applicazione di quel principio, riconosciuto dall'art. 9, comma 3, cod. ass., ed inteso, ai sensi dell'art. 6 Cedu, come diritto dell'indagato ad essere informato dettagliatamente della qualificazione giuridica dei fatti (par. 12.6). Con la pronuncia immediatamente successiva, Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2019, n. 4043, ha annullato, per violazione del principio del contraddittorio, inteso come effettiva facoltà di controbattere, l'ingiunzione Ivass adottata sulla base d'una proposta non preventivamente comunicata per controdeduzioni all'inquisito in quanto prodotto di una disposizione regolamentare contraria al riconoscimento del principio del contraddittorio dell'art. 9, comma 3, cod. ass. (par. 5.5. e 5.6).

⁴⁶ Valorizza il richiamo contenuto nell'art. 24, comma 1, l. 241/1990, ai fini della sua considerazione come fonte di integrazione dei principi sul procedimento, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 295.

tradittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisione rispetto all'irrogazione della sanzione»⁴⁷. La legge sul risparmio innesta, dunque, dei principi forti sul «ceppo» costituito dalla l. 689/1981 e pone le basi per un ulteriore «gemmazione» di principi che ne vanno ad espandere la vocazione garantistica. Poiché le amministrazioni dei mercati finanziari operano in ambiti regolati dal diritto europeo le indicazioni dell'art. 24, comma 2, l. 262/2005, debbono essere intese come finalizzate a garantire un trattamento equo ed imparziale al soggetto passivo, che deve essere messo nella condizione di poter rappresentare in modo più ampio le proprie ragioni (art. 41 Carta UE). Quei principi forti – integrati alla luce delle indicazioni del «diritto ad una buona amministrazione» – ulteriormente devono essere «espansi» o letti in modo ampliativo nel corso dei procedimenti sanzionatori c.d. punitivi, per l'operare dei due ricordati canali d'impostazione (art. 117, comma 1, Cost., ed art. 52 Carta UE), che impongono una esegesi accrescitiva delle indicazioni dell'art. 24 l. 262/2005⁴⁸.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata ed eurocompatibile dell'art. 24, comma 1, l. 262/2005, alla luce dell'art. 6 Cedu, evidenzia, dunque, come il tessuto dei principi sul procedimento sanzionatorio – quanto meno delle autorità dei mercati finanziari – si venga ad accrescere per linee interne alla disciplina generale e, dunque, come non si pongono problemi di contrasto o di contemperamento con le disposizioni della l. 689/1981 che subiscono un adattamento. Viene così meno un argomento spesso impiegato dalla giurisprudenza per negare la rilevanza alle garanzie procedurali costituito dalla specialità del più antico atto legislativo. Anche a fronte della sussistenza d'un rapporto che esclude la «trasmigrazione di regole e principi», comunque, si realizza un'integrazione di valori della l. 689/1981. Questo avviene perché tramite canali «sistemici» si realizza un più ampio riconoscimento della spettanza delle prerogative del soggetto passivo del procedimento, rendendo, quest'ultimo, luogo ideale in cui si realizza un confronto parite-

⁴⁷ Art. 145, comma 1-bis, Tuf; art. 195, comma 2, Tuf; art. 9, comma 3, cod. ass. Non si rinviene, invece, un corrispondente richiamo nell'art. 19 *quinquies*, d. lg., 5 dicembre 2005, n. 252, per quanto riguarda i provvedimenti di Covip cui, comunque, sono estesi in forza della previsione generale dell'art. 24 l. 262/2005.

⁴⁸ G. ROMAGNOLI, *La potestà sanzionatoria amministrativa a presidio della disciplina dell'abbinamento di mutui immobiliari o contratti di credito al consumo a polizze vita* (art. 28, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) – *Condotte punibili e modalità d'esercizio dell'azione pubblica*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2015, I, p. 635 ss.

tico perché non vi è ragione di far prevalere l'interesse dell'amministrazione al contrasto dell'illegalità, con conseguente sacrificio di quello difensivo dell'indagato⁴⁹. E, da qui, un recupero di una parte di tutele procedurali – quale il diritto d'audizione – riconosciuto già prima della Costituzione⁵⁰.

In particolare, per quel che interessa gli aspetti procedurali, talune indicazioni dell'art. 6, par. 3, Cedu, come interpretate dal giudice del Lussemburgo, offrono un chiarimento sul modo con cui deve essere inteso e svolto il contraddittorio ed il diritto all'accesso agli atti, richiamati dalla legge sul risparmio (art. 24, comma 1, l. 262/2005).

Dai riferimenti convenzionali si trae che presupposto imprescindibile d'un corretto contraddittorio è la quanto più sollecita informazione del candidato responsabile in modo «dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa mossa a suo carico» (lett. a). Quindi, in prospettiva di un effettivo e paritario confronto, si prevede il diritto del soggetto passivo «a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa» (lett. b). Corrispondentemente, si individua un obbligo della P.A. – la cui portata è definita in relazione al caso – d'articolare le fasi del procedimento e non frapporre ostacoli all'acquisizione mediata del materiale a disposizione della stessa. Infine, si sancisce il diritto della controparte della autorità procedente a «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico» (lett. d). Pena la violazione del c. d. principio della parità delle armi che deve ispirare la logica procedimentale⁵¹, quindi, il confronto in tale sede non ammette l'impiego ai fini della decisione di elementi dimostrativi non controlla-

⁴⁹ Tra le tante pronunzie relative ai procedimenti sanzionatori di Consob si veda, per tutte, Cass., 20 gennaio 2014, n. 1065, in *De Jure*; Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, *cit.*, mentre per quanto concerne quelli di Agcm, si segnala, Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4392, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁰ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 763 ss; V. DOMENICHELLI, *Ruolo normativo del giudice della formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Scritti scelti di Vittorio Domenicelli*, Napoli, 2018, p. 561 ss., ove entrambi, nel ripercorrere i più significativi contributi innovativi del diritto scritto, ricordano tra le prime e più importanti pronunce quelle relative al diritto ad essere sentito del soggetto passivo del procedimento da cui può derivare una decisione «sfavorevole».

⁵¹ M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, p. 125 ss.

bili nella loro attendibilità dal soggetto passivo, o non formati in sua presenza.

Nel far applicazione dei precetti il giudice di Strasburgo ha sottolineato l'obbligo della contestazione dettagliata anche per quanto riguarda la qualificazione giuridica del potenziale illecito in un momento quanto più prossimo alla sua emersione, consentendo alla difesa d'accedere ad ogni prova a discarico⁵². Ancora, particolare attenzione è stata dedicata alle prove. Per la Corte Edu quelle non univoche o non formalmente incontestabili devono essere assunte al cospetto ed in contraddittorio con l'indagato che ne deve verificare, in principio, direttamente la formazione⁵³.

Proseguendo nell'estendere l'ampiezza delle garanzie d'effettività del confronto in sede amministrativa, il giudice di Strasburgo afferma l'insufficienza della regola procedimentale che prevede la possibilità di un accesso ai documenti, se quello è sottoposto ad una preventiva verifica d'ammissibilità da parte dell'amministrazione procedente o di un suo organo. Infatti, il principio di parità delle armi consente all'autorità, solamente in casi predeterminati e tassativi, per ragioni di tutela dell'interesse pubblico generale, la limitazione dell'accesso al materiale raccolto, dando luogo ad un'attenuazione di quello che, altrimenti, si sostanzia in un suo vero ed ampio obbligo di attivazione. La P.A., invero, è in principio tenuta a facilitare l'indagato nella sua opera d'acquisizione completa del materiale che lo riguarda, indipendentemente dalla valenza sfavorevole o favorevole di alcune sue parti. Obbligo d'attivazione e collaborazione, peraltro, inteso in modo particolarmente rigoroso tanto da ritenersi che pure l'eventuale omessa ostensione di un documento – anche neutro rispetto al fondamento della contestazione – integra quella lesione del contraddittorio che inficia inesorabilmente la validità del prov-

⁵² Corte Edu, 11 luglio 2002, C. 4577/11, *Goc c. Turchia*, par. 57; Corte Edu, 25 luglio 2000, C. 23969/94, *Matocchia c. Italia*, par. 65, entrambe in, *www.echr.coe.int*.

⁵³ Corte Edu, 20 gennaio 2011, C. 25041/07, *Verners c. Francia*, par. 52, in *www.echr.coe.int*. Nello stesso senso, con riferimento ai procedimenti sanzionatori di Consob, che non riconoscono parità di posizioni tra accusa e difesa e negano la garanzia di un confronto in un'udienza pubblica, si veda, Corte Edu, 4 marzo 2014, C. 18640, *cit.*, par. 122 –123, che ha anche ricordato come la soppressione del confronto orale può essere giustificato solo in casi assolutamente eccezionali. Richiamando la propria costante giurisprudenza il giudice di Strasburgo ha ribadito che tale fase può ammettere deroghe, in ipotesi limite, di cause semplici, che non sollevano questioni di attendibilità delle prove e dunque la decisione finale può essere presa «in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo».

vedimento, risultando indifferente che quella – od altra violazione procedimentale – non abbia avuto alcuna incidenza sulla decisione finale⁵⁴.

Altro aspetto d'interesse e suscettibile d'utili sviluppi è il principio della separazione delle funzioni istruttorie e decisorie (art. 24, comma 1, l. 262/2005), espressamente richiamato dalla legge sul risparmio, secondo alcuni⁵⁵ ispirato dalla giurisprudenza Cedu, e che, per altri, è espressione d'una dubbia tendenza alla giurisdizionalizzazione del procedimento punitivo⁵⁶, estranea all'ordinamento domestico⁵⁷.

Se non ci si inganna, il recepimento del principio della separazione – che nella prospettiva convenzionale è un presupposto dell'imparzialità della decisione – non è incompatibile con l'azione amministrativa e ciò benché la tendenza degli ordinamenti continentali – ispirati al modello francese – abbiano prediletto il controllo giudiziale successivo del provvedimento, svalutando le garanzie procedimentali⁵⁸. Il modello processuale, infatti, è stato tenuto presente come parametro per la definizione del procedimento ed, in specie, per la delineazione del giusto procedimento anche nella storia recente e nel dibattito che ha accompagnato l'elaborazione della l. 241/1990⁵⁹.

La trasposizione di modelli processuali a connotazione rigida (dunque diversi da quelli di cognizione sommaria) non compromette la natura della funzione; d'altronde è risalente l'idea che il provvedimento della P.A. non sia diverso dalla sentenza del giudice nella misura in cui, entrambi, rappresentano una forma di attuazione/applicazione della legge nel caso concreto⁶⁰.

⁵⁴ Corte Edu, 15 gennaio 2009, C. 8927/02, Sharomov c. Russia, par. 47, in www.echr.coe.int.

⁵⁵ Con riferimento all'art. 24, l. 262/2005, cfr. R. VILLATA e F. GOISIS, *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, De Angelis e N. Rondinone (a cura di), Torino, 2008, p. 543.

⁵⁶ Con riferimento all'autorità del mercato mobiliare, si veda, M. FRATINI, G. GASPARRI e A. GIALONGO, *Le sanzioni della Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob)*, in AA.VV., *Le sanzioni della autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, p. 422.

⁵⁷ Cfr. A. CARBONE, *op. cit.*, p. 34 ss.

⁵⁸ Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*², Bologna, 2019, pp. 209-210.

⁵⁹ Sul punto si vedano le riflessioni sul pensiero di Giorgio Pastori di S. A. FREGO LUPPI, *Il contributo al tema del giusto procedimento*, in *Amministrare*, 2018, p. 257 ss. e spec. p. 262.

⁶⁰ Cfr. V. CIRELLI IRULLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2018, p.

Tanto il giudice quanto l'amministrazione vedono, peraltro, limitata la loro discrezionalità da norme procedurali che ben possono ergersi a fattori di garanzia per le parti della relazione, rispettivamente, processuale ed amministrativa⁶¹.

Dunque, se il risultato dell'una e dell'altra attività non è diverso, distinguendosi la decisione dell'amministrazione nel fatto ultimo di essere sempre soggetta al controllo della giurisdizione, nulla impedisce l'introduzione di vincoli procedurali che attribuiscono diritti al loro destinatario; cioè, di prerogative dotate di reale forza precettiva e che, quindi, in ragione della loro funzione di garanzia, risultino incomprimibili e la cui violazione si rifletta negativamente sull'atto punitivo risultante dalla sequenza procedimentale in cui quella si è realizzata. Il giusto procedimento «sanzionatorio» nella sostanza è quello che si caratterizza per un complesso di regole che fissano un punto di equilibrio tra fermezza dell'amministrazione, il suo essere soggetto preposto alla tutela dell'interesse «leso» dalla condotta del candidato responsabile, e protezione di quest'ultimo⁶². Regole che, per il fatto della loro esistenza, per la loro precettività ed idoneità a creare dei vincoli, degli obblighi a carico della P.A. procedente, rendono insostenibile quella tendenza marcata del giudice delle opposizioni alle sanzioni Consob e Banca d'Italia, che reputa spettare al ricorrente in fase amministrativa una protezione procedimentale formale od attenuata che ne rende remota la riforma⁶³.

1285 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. e persona*, 2018, p. 31 ss.; M. BELLAVISTA, *Il principio di separazione dei poteri nella continuità tra procedimento e processo*, *ivi*, p. 47 ss.

⁶¹ Per rimanere al processo è sufficiente richiamare le disposizioni che limitano la ricostruzione della realtà processuale e quindi la rendono diversa dalla realtà sostanziale, condizionando così la valutazione del magistrato.

⁶² Come evidenziato da A. CARBONE, *op. cit.*, p. 292, nelle sue conclusioni, secondo cui il contraddittorio che caratterizza il procedimento sanzionatorio, e dovrebbe essere assicurato dalle sue regole, è quello che è idoneo a conciliare tanto la funzione collaborativa della partecipazione che quella garantistica difensiva anche in considerazione del fatto che il provvedimento finale è adottato dall'autorità che è comunque – in ultima analisi – parte dell'interlocuzione preparatoria.

⁶³ Sulla cui posizione di chiusura si vedano, di recente, R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca imp. soc.*, 2019, p. 3 ss.; S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in *AA.Vv., Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Napoli, 2018, p. 3. In precedenza, tra i molti scritti, oltre a quelli già citati, si vedano le considerazioni critiche di L. GALATUCCI e R. LENER, *A che serve il sindacato*

I diritti procedurali ed i relativi principi ricavabili dal complesso delle diverse fonti di produzione devono trovare soddisfazione nel corso dell'attività istruttoria e decisoria della P.A. perché la loro presenza va a definire quel punto di equilibrio tra esigenze e posizioni contrastanti che si realizza tramite la sostanziale compressione di quella discrezionalità che in principio compete all'amministrazione nella scelta del modo con cui condurre l'istruttoria e poi la fase decisoria, riducendone quegli ampi spazi che le conferiscono le discipline generali quali, rispettivamente, la l. 689/1981 e la l. 241/1990⁶⁴. Il rispetto del diritto procedimentale concorre a garantire quell'imparzialità e conformità alla legge dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) che viene soddisfatto tramite la fissazione di percorsi vincolati tesi, in una logica di amministrazione di risultato, alla definizione di una decisione stabile in quanto rispettosa della disciplina dell'attività.

I diritti procedurali, in altre parole, limitano quella ontologica disparità delle posizioni di privato e pubblica amministrazione nel corso del procedimento, escludendo che oltre un determinato «livello» si possa vedere il procedimento come luogo di un confronto asimmetrico, per il prevalere dell'interesse della P.A. al contrasto dell'illegalità, con conseguente tollerabile sacrificio di quello difensivo dell'indagato. Il diritto difensivo in quanto situazione garantista, a diversa consistenza nel procedimento e nel processo, ha per ciò stesso la medesima dignità e ciò è sufficiente a rendere manifestamente insostenibile l'idea per cui la superiorità dell'interesse dell'amministrazione o l'esigenza di una pronta tutela del bene pubblico affidato alle sue cure consenta di soprassedervi nel corso del procedimento perché le garanzie riconosciute sono di diversa qualità. Le situazioni giuridiche soggettive sono tali perché sono posizioni meritevoli di protezione in sé, a prescindere dalla possibilità astratta, dell'esperimento d'una revisione giurisdizionale per ovviare alla loro violazione. Per converso non è possibile giustificare sistematicamente la loro violazione o compressione perché poi è data una forma eventuale di compensazione.

Il differente momento in cui operano la P.A. ed il giudice rende evidente l'erroneità della conclusione anche se il secondo – in sede giurisdizionale di merito – può anche rideterminare la sanzione. La P.A.

dell'autorità giudiziaria su provvedimenti delle autorità di vigilanza, in *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 81-83.

⁶⁴ Cfr. M. CLARICH e L. ZANETTINI, *op. cit.*, p. 358.

svolge un procedimento osservando regole predeterminate per definire un appropriato provvedimento. Il giudice, successivamente ed eventualmente, guarda al procedimento per verificare la legittimità del provvedimento. Legittimità, vale sottolineare, che non può essere esclusa richiamando la realtà sostanziale quando, come nel caso delle autorità dei mercati finanziari, l'accertamento è il risultato d'un acclaramento che presuppone il compimento di scelte discrezionali. Come è stato evidenziato dalla più autorevole dottrina, il rispetto delle regole procedurali non trasforma l'amministrazione in un giudice⁶⁵.

Ulteriormente, si può aggiungere, la controllabilità della determinazione della P.A. e, dunque, la compensabilità di ciò che non è avvenuto nel procedimento con ciò che dovrebbe avvenire nel processo non consente di desumere una giustificazione automatica – buona per tutte le situazioni – per una indiscriminata «dimidiazione» dei diritti «partecipativi» dell'indagato in quanto non concepiti come necessari strumenti di un pieno contraddittorio ma quali semplici occasioni utili per far acquisire all'amministrazione elementi conoscitivi nel corso d'un'istruttoria, la cui valutazione di compiutezza è rimessa all'autorità procedente⁶⁶, poiché nel solo processo le parti potrebbero aspirare e pretendere una effettiva parità di trattamento.

In conclusione, la lettura dell'art. 24 l. 262/2005 attraverso la lente dei parametri europei conferma l'imprescindibile rilevanza del procedimento amministrativo – che è sempre forma e sostanza dell'azione della P.A. – e, quindi, l'inconculcabilità dei diritti dell'indagato. Di conse-

⁶⁵ Il fatto che l'amministrazione garantisca un confronto pieno – in contraddittorio con il punito – non trasforma il procedimento in un processo e la prima in un giudice, F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 181 ss.

⁶⁶ Se si vuole, coerentemente con una impostazione seguita nella ricostruzione delle prerogative del soggetto passivo di un qualunque procedimento sanzionatorio, come si può trarre dal principio di diritto posto da Cass., 2 ottobre 2009, n. 21114, in *De Jure*, secondo cui «l'art. 18, l. 4 dicembre 1981 n. 689 impone all'autorità amministrativa competente a ricevere il rapporto dell'infrazione l'obbligo di sentire gli interessati che ne abbiano fatto richiesta, nonché di tenere conto dei documenti dagli stessi inviati e degli argomenti esposti negli scritti difensivi, ma non attribuisce al presunto responsabile il diritto a pretendere una vera e propria istruttoria ed una sorta di anticipazione del processo, rientrando nell'ambito delle facoltà discrezionali dell'autorità amministrativa quella di assumere ulteriori informazioni sui fatti (anche tramite l'audizione di testimoni), il cui esame e controllo sono consentiti agli interessati nel corso del giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione e restano soggetti alla valutazione da parte del giudice».

guenza si deve anche respingere l'idea secondo cui il «confronto amministrativo» deve offrire un livello di garanzie difensive comprimibili o non necessarie poiché la necessità di una quanto più rapida repressione degli illeciti⁶⁷ consentirebbe il differimento d'un completo e paritario contraddittorio nella successiva fase processuale⁶⁸.

Le conclusioni raggiunte permettono poi di sviluppare un'ulteriore riflessione critica. Quelle, infatti, consentono di sottolineare l'insostenibilità, per la sua scorrettezza di fondo, della posizione di una parte della giurisprudenza che – ambigualmente – avvicina l'atto conclusivo d'applicazione della sanzione ad una determinazione «endoprocedimentale», alludendo a due fasi di un unico percorso. Ad un fenomeno «unitario» – ma a composizione «eterogenea» – caratterizzato da una prima «sede ideale» di confronto celere e snello, asimmetrico, ad estensione variabile, cui segue una seconda, eventuale, avviabile con il ricorso del sanzionato, ove gli è riconosciuta la possibilità di confrontarsi con la P.A., innanzi ad un giudice investito di una cognizione piena tanto sull'atto quanto sul rapporto, come tale, in grado di sostituire in tutto od in parte il provvedimento avvertato⁶⁹. Non solo la fase giudiziale è fase eventuale⁷⁰, che incide sul provvedimento punitivo, ma è quest'ultimo che produce l'effetto modificativo della sfera del destinatario cristallizzando la pretesa e rendendola esigibile anche se poi, magari, la determinazione «acclarativa» sarà, in tutto o in parte, sostituita dal giudice investito della giurisdizione di merito⁷¹.

4. *Le linee dei regolamenti sanzionatori delle autorità indipendenti dei mercati finanziari*

Come anticipato, parte importante della disciplina procedimentale è

⁶⁷ M. ALLENA, *Art. 6 Cedu.*, cit., p. 168.

⁶⁸ Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8-bis, l. 15 dicembre 1990, n. 386, relativa alla disciplina sanzionatoria degli assegni bancari – Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 368, in *Giur. cost.*, 2010, p. 5152 – richiamando la propria precedente giurisprudenza, ha affermato che l'art. 24 Cost. non può essere proposto come parametro di correttezza «ove la disposizione censurata abbia oggetto non già un procedimento di natura giurisdizionale ma (...) esclusivamente una procedura di carattere amministrativo», dunque, confermando quella differenziazione di tutela conseguente al diverso luogo in cui il privato fa valere le proprie ragioni.

⁶⁹ Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929, cit.

⁷⁰ S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 336-337.

⁷¹ Su cui si veda Capitolo V, par. 3.

contenuta nei regolamenti sanzionatori delle diverse autorità di vigilanza finanziarie, espressamente incaricate della recezione ed attivazione dei principi, della conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione e distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie (art. 24 comma 1, l. 262/2005).

Per garantire il buon funzionamento dell'amministrazione, dunque, la legge le investe del compito di dare consistenza ai diritti procedurali dei soggetti passivi e, quindi, di modulare gli obblighi che, in attuazione dei principi richiamati, vincolano la stessa disponente obbligata al rispetto della norma subprimaria dalla medesima elaborata⁷².

La lettura d'insieme dei vari atti delle autorità di interesse – a prescindere dalle criticità segnalate nei paragrafi che seguono – suggerisce l'idea della loro ispirazione ad un modello comune e, dunque, di come quelli, sia pur con significative variazioni, paiono affrontare in termini analoghi i vari momenti del procedimento, sollevando tendenzialmente le medesime perplessità.

L'esame parallelo degli elaborati suscita la seria impressione che i regolatori si siano impegnati in un'opera che voleva garantire il massimo disimpegno o, se si vuole, se non eludere, quanto meno contenere i potenziali limiti a carico delle P.A. nei minimi termini, più o meno consciamente, riprendendo lo schema di procedimento ricavabile dalla l. 241/1990 che, per essere adeguato alle esigenze del caso specifico, avrebbe richiesto significativi correttivi. Infatti, se quello è ricavabile dalla legge generale sull'attività amministrativa, ed è il risultato della codificazione di principi generali di sicura applicazione nel campo d'interesse, ragionevolmente se ne richiedeva un'implementazione robusta, ispirata dall'art. 24, l. 262/2005, se non altro perché la l. 241/1990 fissa un livello di interlocuzione elastica con la P.A. – in ragione di una diversa logica non prevalentemente antagonista/contenziosa – ma collaborativa, nell'ottica di una iniziativa tesa a favorire il diretto interessato⁷³.

Una lettura parallela dei prodotti normativi regolamentari sembra suggerire l'idea che le autorità di vigilanza non abbiano «somatizzato» completamente l'impostazione ricavabile da una lettura evolutiva della disciplina anche interna alla luce delle diverse indicazioni «sovranazionali». Al fondo, se non ci si inganna, traspare la persuasione – che caratterizza

⁷² Cfr. G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 154.

⁷³ Si pensi, ad esempio, al ruolo collaborativo dei compiti del responsabile del procedimento (ex art. 6 l. 241/1990) od al preavviso di rigetto (art. 10-bis l. 24/1990).

una certa giurisprudenza – secondo cui il procedimento, nel concreto, è mera sovrastruttura superabile o ritualità teatrale⁷⁴, i cui difetti sono sanabili in sede giurisdizionale, nulla più, quindi, che un insieme di atti, operazioni ed attività coordinate ma descritte da «norme imperfette» la cui inosservanza è priva di sanzione⁷⁵.

Dunque, traspare una concezione del procedimento contraria a quella secondo cui questo è insieme di attività, atti e operazioni condotti da una P.A. che – senza abdicare al proprio ruolo, al fatto di essere «controparte» del soggetto passivo – opera per rendere possibile un pieno ed effettivo contraddittorio. Confronto utile anche a chi è titolare della potestà punitiva perché una dialettica ampia ed approfondita sulle prove poste a base della contestazione, un'analisi critica dell'indagato che riceve attenzione da parte della P.A. procedente, è strumentale all'adozione di una «giusta» e imparziale decisione. Determinazione imparziale, anche se assunta dalla P.A. procedente, perché è il risultato di una considerazione obiettiva degli esiti d'un istruttoria in cui sia stato dato reale spazio alla difesa dell'indagato e d'una fase decisoria in cui quello ha potuto compiutamente esporre la sua posizione conclusiva.

Se ben ci si avvede attendibili indicazioni dell'impostazione riferita sembrano potersi ricavare dalle disposizioni dei diversi regolamenti dedicate, nell'ordine, al responsabile del procedimento, all'accesso agli atti, al diritto al contraddittorio ed all'audizione dell'indagato.

Dopo aver descritto il contenuto dell'atto d'avvio del procedimento⁷⁶, tutti i regolamenti si soffermano sul ruolo del responsabile del procedimento, talvolta enfaticamente indicato come il soggetto che ha il compito di sovrintendere all'adeguato, completo, legittimo e tempestivo svolgimento dell'istruttoria «garantendo l'effettivo diritto di difesa dei destinatari» della contestazione (art. 2, comma 3, reg. sanz. Consob) o di verificare che si sia correttamente instaurato il contraddittorio con i candidati responsabili (par. 1.5, secondo periodo, reg. sanz. B.I.) e sia consentito loro il diritto di difesa tramite la partecipazione al procedimento (par. 1.3, primo periodo, reg. sanz. B.I.).

Non è, però, indicato altro, mancando qualunque riferimento ai compiti del responsabile del procedimento tal che – nei fatti – la sua fun-

⁷⁴ F. MERUSI, *Per il ventennale*, loc. cit.

⁷⁵ E ciò in modo assolutamente antitetico rispetto all'idea ispiratrice della giurisprudenza europea ricordata da C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁷⁶ Su cui si veda Capitolo IV, par. 6.

zione si riduce a quella di condurre le varie sottofasi, fissare le date, dar corso all'audizione dell'incolpato che ne abbia fatto richiesta, trasmettere le controdeduzioni dell'ufficio ed elaborare la proposta del provvedimento finale.

Nella sostanza sembra che il responsabile del procedimento di ciascuna autorità di vigilanza sia chiamato ad ordinare un confronto formale – che si sviluppa sul piano documentale – con la sola eccezione della richiamata audizione, tramite cui il soggetto passivo, se lo ritiene, ha la facoltà di introdurre oralmente il proprio punto di vista alle autorità, su argomenti connessi ma non trattati nelle difese scritte⁷⁷.

Nei vari regolamenti, manca, in particolare, qualunque riferimento ai compiti del responsabile ed, in specie, a quelli dell'accertamento dei fatti e dei presupposti per l'emanazione del provvedimento, indicati dalla legge sull'azione astratta (art. 6, comma 1, lett. b, l. 241/1990), che, nella logica del confronto in contraddittorio, dovrebbero implicare una sua disponibilità alla verifica – se richiesta dalla parte privata – dell'attendibilità di quelle valutazioni, accertamenti non coperti da pubblica fede od, ancora, al riscontro, tramite audizione «incrociata» dell'attendibilità delle denunce e delle dichiarazioni raccolte e ritenute attendibili, fonte di convincimento dall'ufficio che ha sviluppato e concluso la c.d. fase preistruttoria⁷⁸.

Come anticipato, tutto il confronto si sviluppa lungo linee chiuse, che bloccano il potenziale istruttorio che – in nome del contraddittorio effettivo – dovrebbe dar spazio a chi è «sospettato». Anche il confronto scritto e su prove «precostituite» si svolge lungo linee antitetiche rispetto a quella di una piena e paritaria difesa, in ragione d'una prevalenza dell'interesse pubblico alla celerità dell'azione punitiva.

Significativa di quell'impostazione risulta la considerazione e lo spazio riservato all'audizione che nei regolamenti di interesse viene dispo-

⁷⁷ Dunque, sembra svilito quel ruolo del responsabile del procedimento quale «propulsore» del procedimento in funzione della sua più appropriata conclusione, anche in chiave collaborativa, cfr. N. GULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in AA.Vv., *Il codice dell'azione amministrativa*², a cura di A.M. Sandulli, Milano, 2017, p. 556 ss. Come si vedrà sembra possibile sostenere che nel procedimento sanzionatorio possa assegnarsi al responsabile del procedimento una funzione collaborativa con l'incolpato tesa a formare il più completo apparato conoscitivo da sottoporre all'organo decisore che, invece, è chiamato ad esprimere la volontà contenziosa in quanto sintesi dell'interesse del soggetto passivo con quelli affidati alla cura dell'autorità.

⁷⁸ Su cui si veda Capitolo IV, par. 5.

sta unicamente su impulso del soggetto passivo nel corso della fase istruttoria. Dunque, pare implicitamente escluso che il responsabile del procedimento possa disporre o sollecitare l'audizione che, peraltro, non è neppure prevista nella fase decisionale, ciò in distonia tanto dalla disciplina dei procedimenti sanzionatori in materia di concorrenza quanto dalla l. 689/1981. Non sembra trascurabile, invero, che tutti i regolamenti compiano una scelta che si sostanzia in una compressione delle facoltà difensive dell'indagato contraria alla previsione dell'art. 18 l. 689/1981⁷⁹ per cui, prima della decisione finale, l'amministrazione deve sentire l'interessato che ne abbia fatto richiesta e, quindi, solo dopo tale incombente, esaminati gli atti e i documenti, adottare il provvedimento⁸⁰.

Anche la conoscenza degli atti istruttori e, dunque, la preparazione della prima difesa non risulta agevole poiché l'accesso al materiale dell'autorità o da questa raccolto è subordinato alla presentazione di una formale istanza che è di per sé inutile, infatti, in principio, non si pone il problema di verificare la legittimazione alla richiesta di documenti dell'istante. Questo è legittimato, infatti, in quanto destinatario della nota di contestazione; non c'è necessità di compiere quel contemperamento tra interesse alla conoscenza rispetto a quello alla riservatezza perché tutto ciò che conferisce nel fascicolo del procedimento deve essere mostrato, dovendo escludersi che la P.A. – anche nei procedimenti che interessano più soggetti – possa poi differenziare ciò che mette a disposizione di coloro cui viene contestato il medesimo fatto illecito⁸¹.

Particolarmente significativa della precompressione della funzione del procedimento come momento di conciliazione tra opposti interessi e posizioni sembra trarsi da una disposizione comune che sostanzialmente disconosce la posizione oppositiva del soggetto passivo. Banca d'Italia, Consob, Covip ed Ivass, dopo aver dato un riconoscimento formale alla

⁷⁹ Disposizione di parte generale e, dunque, tendenzialmente applicabile se non risulta incompatibile con la normativa speciale o sia diversamente stabilito (*ex art.* 12 l. 689/1981).

⁸⁰ Segnalano la scelta di esclusione dell'audizione in fase decisoria – da parte delle autorità di vigilanza finanziarie – e, dunque, la controtendenza rispetto alla l. 689/1981, M. CLARICH E ZANETTINI, *op. cit.*, par. 7, e ciò a differenza di quanto dispone il d.p.r. 217/1998 che la prevede tanto in fase istruttoria che decisoria innanzi al vertice dell'autorità.

⁸¹ Sul contemperamento tra conoscenza e riservatezza, M. CLARICH, *op. cit.*, p. 146 ss. nonché per la preferenza di talune P.A. per l'accesso formale, V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 358.

pienezza del diritto di difesa, subito precisano come quello si debba svolgere «nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti nel procedimento amministrativo» (par. 1.3, nono periodo, reg. sanz. B.I.; art. 5, comma 4-*bis*, reg. sanz. Consob; art. 8, comma 4, reg. sanz. Covip; art. 15, comma 4, reg. sanz. Ivass). In considerazione dell'esigenza d'assicurare l'economicità – anche in termini di celerità – dell'azione amministrativa, si stabilisce che gli scritti devono essere sintetici, la documentazione allegata pertinente ed ordinata, seguendo l'ordine della contestazione. Banca d'Italia e Consob, ulteriormente, ammoniscono, avvertendo che il mancato rispetto del principio come da loro articolato «può costituire elemento di valutazione negativo del grado di cooperazione degli interessati».

La lettura dei regolamenti evidenzia come per le autorità non v'è spazio per un diritto pieno di difesa che implica la libertà di organizzare nel modo ritenuto più consono all'inculpatato la propria attività oppositiva. Tanto si dovrebbe escludere per l'operare d'una limitazione d'un principio pensato per garantire l'efficienza dell'azione amministrativa.

La prevalenza dell'interesse punitivo, dunque, colorerebbe la relazione procedimentale in modo inconsueto, imponendo al soggetto passivo il rispetto di principi non scritti elaborati per disciplinare nel modo più utile le relazioni tra enti pubblici. Come è noto il principio di leale collaborazione, espressamente sancito per i rapporti tra Stati e organi dell'Unione (art. 4, par. 3, TUE)⁸², è stato enunciato dalla giurisprudenza che si è occupata dell'azione di amministrazioni aventi competenze concorrenti al fine di un loro coordinamento in vista del conseguimento d'un risultato⁸³.

Ora, a prescindere dalla particolarità della disomogeneità dei soggetti, è evidente l'inevitabilità del principio se si considera che quello presuppone che chi lo deve osservare abbia un interesse orientato nella medesima direzione e, quindi, non si trovi – come nella relazione sanzionatoria – in posizioni «antitetetiche». Se, però, per assurdo si reputasse applicabile il principio, ritenendo le parti accomunate dal comune fine dell'applicazione della legge, da quello dovrebbero derivarsi anche ob-

⁸² C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*², Milano, 2018, pp. 228-229; L. DANIELE, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁸³ R. BIN e G. PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*¹⁸, Torino, 2017, p. 298; M. CLARICH, *op. cit.*, p. 313.

blighi per la P.A. e, dunque, in una logica del contraddittorio, dovrebbe portare anche ad una valorizzazione della posizione dell'indagato che dovrebbe essere guardato con attenzione e aiutato. Proprio la leale collaborazione – nel corso del contraddittorio – soprattutto in sede istruttoria, dovrebbe vietare alla P.A. di attestarsi su di una posizione d'attesa e critica, imponendole di indicare al soggetto passivo i punti su cui concentrarsi, gli elementi utili per condurre ad un alleggerimento della sua posizione od all'archiviazione. In tal modo il principio della leale collaborazione che può ritenersi espressione di un dovere di solidarietà, si porrebbe quale fattore di elevazione del livello d'imparzialità della decisione finale perché il responsabile del procedimento, incrociando quanto offerto dal servizio che ha curato la fase preistruttoria, con ciò che produce e deduce l'indagato, potrebbe dare anche esso un utile apporto coerente con quel principio di efficienza dell'azione amministrativa tanto declamato⁸⁴. La leale collaborazione, dunque, potrebbe essere impiegata per estendere al procedimento sanzionatorio quell'obbligo di soccorso che si reputa gravare sulla P.A. – e per lei sul responsabile del procedimento – dalla disciplina generale non contenziosa⁸⁵. Obbligo che ben si può collegare al principio di proporzionalità che vuole l'impiego delle misure meno invasive per la tutela dell'interesse pubblico e che, dunque, dovrebbe impegnare la P.A. nel verificare – ricontrollando in contraddittorio – l'attendibilità del materiale su cui è basato l'atto di contestazione degli addebiti, se vi sono le condizioni per l'applicazione della sanzione e se non vi sono alternative alla misura punitiva. Di qui la riconduzione

⁸⁴ Cfr. M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2019, p. 386, che sottolinea come la legge ponga una serie di doveri all'amministrazione – da realizzarsi tramite l'opera dei «responsabili» – per garantire la realizzazione di scelte appropriate ed imparziali rispetto alle parti interessate, imponendo ai funzionari l'obbligo costituzionale (art. 98, comma 1, Cost.) di essere fedeli prima al consorzio sociale che all'amministrazione come persona giuridica.

⁸⁵ Ulteriormente inteso come espressione di quel più generale principio di buona fede oggettiva che vuole salvaguardare le prerogative dell'interlocutore della P.A., nel corso di quella relazione legale che è il procedimento, previsto dalla legge per consentire che – in modo leale – una effettiva dialettica consenta la realizzazione del «bene comune», rappresentato dal più appropriato e corretto provvedimento. Sull'incidenza del principio di buona fede oggettiva sull'azione delle P.A. ed i suoi effetti sul modo di intendere la dinamica procedimentale si veda, S. TARULLO, *Le tutele del privato nel procedimento e nel processo tra logica di spettanza e logica di correttezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 844 ss. e spec. pp. 856 –857.

del «soccorso istruttorio» tra le prescrizioni utili per il corretto esercizio della discrezionalità concorrendo a consentire la raccolta di informazioni tanto più esatte e complete.

5. *La fase preistruttoria. Quali possibili spazi per il contraddittorio?*

I procedimenti sanzionatori – per comune opinione – si articolano in quattro fasi quali, rispettivamente, quella dell'accertamento, detta anche preistruttoria, dell'avvio, dell'istruttoria e della decisione⁸⁶. Il diritto al contraddittorio nelle sue diverse forme e articolazioni è garantito dal momento della notifica dell'atto di contestazione degli addebiti che segna l'inizio del rapporto giuridico amministrativo che interessa il destinatario e che è formulato sulla base della valutazione dei risultati d'una precedente attività della P.A. La «partecipazione difensiva», dunque, viene assicurata attraverso la prima informazione – veicolata dalla lettera di contestazione – che sintetizza gli esiti dell'apprezzamento di un'attività anche complessa, ma libera perché collocata in una fase preprocedimentale nel corso della quale l'amministrazione di settore valuta se vi siano le condizioni per iniziare un procedimento punitivo.

Il modello disciplinare delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, dunque, riprende le indicazioni dell'art. 13 l. 689/1981 che – al suo comma 3 – prevede come regola generale lo svolgimento «solitario» da parte della P.A. delle più opportune indagini tese a verificare l'eventualità d'una violazione sanzionabile. L'organo accertatore, invero, procede in via informale, e nei tempi reputati più congrui, alla ricostruzione dei fatti e delle condotte⁸⁷, al di fuori di qualunque obbligo informativo o di prescrizione sull'attività. Il fatto della collocazione di quell'opera in un momento antecedente all'atto di contestazione è reputata ragione sufficiente ad escludere qualunque forma di coinvolgimento di chi è interessato dall'accertamento⁸⁸.

Nulla deve comunicare l'autorità quando riceve e confronta le informazioni trasmesse direttamente dal soggetto vigilato con prassi di mercato, segnalazioni od esposti di clienti od associazioni di investitori an-

⁸⁶ M. CLARICH e L. ZANETTINI, *op. cit.*, p. 363.

⁸⁷ G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 162 ss.

⁸⁸ E. MONTEDURO, *op. cit.*, p. 138 ss.; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 340; L. VITALE, *op. cit.*, p. 246 ss.

che se, considerate nel loro insieme, possono condurre all'accertamento della violazione. Nulla, ancora, devono Consob, Ivass, Banca d'Italia o Covip comunicare al soggetto sotto osservazione e ciò neppure quando esercitano le loro prerogative di vigilanza informativa per avvalorare un sospetto di irregolarità⁸⁹, o dispongono ispezioni, rientranti o meno nel programma di attività predisposte per verificare i livelli di rischio cui sono esposti talune categorie di imprese operanti nel segmento del mercato di loro competenza, per approfondire. Si reputa, infatti, che sulle amministrazioni non gravi alcun obbligo perché il loro sforzo preliminare è diretto all'accertamento, il cui esito positivo fa scattare l'obbligo d'avvio⁹⁰ onde rendere certo ed opponibile – tramite il procedimento – il risultato dell'esame del profilo oggettivo e soggettivo dell'infrazione e, dunque, eventualmente applicare la sanzione⁹¹.

Il candidato responsabile, prima della notifica dell'atto di contestazione, al più, può presagire in che direzione si possono sviluppare le attività di indagine e, solo in casi marginali, comprendere l'esito delle attività acquisitivo/informative che lo riguardano⁹². Tanto accade per le ri-

⁸⁹ In tale senso si veda Tar Lazio, Roma, 14 novembre 2019, n. 13096, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che colloca, nella fase preistruttoria, nella piena disponibilità dell'autorità – e, dunque, reputa sottratta al rispetto di qualunque termine – anche la richiesta di ulteriori chiarimenti, su informazioni precedentemente fornite da un'impresa, in vista dell'avvio nei confronti di quest'ultima di un procedimento sanzionatorio.

⁹⁰ Significativamente, il reg. Ivass n. 39/2018, relativo alla «*procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*», colloca l'accertamento dell'infrazione nella fase preliminare (Capo II, artt. 8–11), distinguendola da quella di avvio della procedura (Capo III, artt. 12–13) ove vengono indicati i contenuti dell'atto con cui sono formulati gli addebiti, le modalità di notificazione e la possibilità d'integrazione dell'originaria lettera di contestazione. Il regolamento, che si può apprezzare per l'equilibrio della sua formulazione testuale, chiarisce come l'avvio del procedimento viene disposto dopo la valutazione degli elementi necessari per l'accertamento della violazione (art. 8 reg. 39/2018). Elementi, prosegue, che possono essere acquisiti «anche attraverso la richiesta di documenti e informazioni alle imprese, agli intermediari assicurativi e riassicurativi ed agli intermediari assicurativi a titolo accessorio, ai soggetti sottoposti ad accertamento, e ad ogni altro soggetto interessato o in possesso di informazioni rilevanti» (comma 1), od emergere da «verifiche condotte da altre Autorità» (comma 3) od ulteriormente da «verifiche ispettive nei confronti degli intermediari assicurativi e riassicurativi o degli intermediari assicurativi a titolo accessorio» (comma 4).

⁹¹ In generale, sul problema del contraddittorio in corso di accertamento, collocato nella fase preistruttoria, si veda anche M. D'ORSOGNA, *Gli atti di accertamento della violazione*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa*, a cura di A. Cagnasso e S. Toschei, 2016, p. 561 ss.

⁹² Così nell'ipotesi in cui l'autorità disponga un'ispezione, atteso che il provvedi-

levazioni negative contenute nei verbali ispettivi di Ivass e Covip i cui regolamenti – ponendo un autovincolo – indicano come momenti costitutivi dell'accertamento le violazioni ivi rilevate (art. 8, comma 4, reg. sanz. Ivass; art. 5, comma 3, reg. sanz. Covip). Diversamente, ed è la maggioranza dei casi, nelle ipotesi di verifiche a distanza, cioè quando l'amministrazione procede alle valutazioni di elementi eterogeni, di varia natura, complessità, attendibilità e provenienza nulla è dato rilevare all'interessato. Ogni valutazione e conclusione dipende dal modo con cui l'autorità – nell'esercizio⁹³ del suo apprezzamento discrezionale – compone e valuta i vari elementi raccolti in momenti e tempi diversi⁹⁴, godendo di ampi margini temporali anche per giungere alla conclusione perché questa si reputa essere tempestiva se non maturata con una intollerabile tardività⁹⁵.

La sottrazione della fase preliminare ad un qualunque confronto con il soggetto su cui vertono gli accertamenti – sia pur in linea con l'indicazione di una disposizione generale (art. 13, comma 1, l. 681/1981) – è stata oggetto di una revisione critica che ha preso le mosse dalle peculiarità dell'operato delle amministrazioni indipendenti⁹⁶. L'esclusione di un confronto formale con l'interessato, si è detto, collide con un'esigenza di effettività della tutela del soggetto passivo che si pone con un'intensità maggiore di quella che si presenta quando si discute di sanzioni comminate dalla P.A. tradizionali.

In primo luogo, s'è sottolineato come l'accertamento non implica il mero compimento di atti e operazioni materiali i cui esiti sono poi con-

mento che l'autorizza, per garantire anche i diritti del soggetto passivo, deve delimitarne l'ambito e le finalità – G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., pp. 133-134 – e, dunque, da quelle informazioni può ricavare che la P.A. dubiti del corretto svolgimento d'una data attività. Peraltro, analoga considerazione potrebbe trarsi nei casi in cui le amministrazioni indirizzano richieste di informazioni ai soggetti che ritengono poter essere informati e, dunque, esposti al rischio del coinvolgimento nella successiva procedura sanzionatoria.

⁹³ Cfr. M. BUSCEMA, *La contestazione e la notificazione*, in AA.Vv., *La sanzione*, cit., p. 579.

⁹⁴ Infatti, pressoché ogni regolamento fa coincidere il momento dell'accertamento con la valutazione di tutti gli elementi oggettivi o soggettivi costitutivi della fattispecie suscettibile di dare luogo all'applicazione della sanzione, facendo salvo così, in principio, il livello di prudenza o di profondità – anche in termini di tempo dedicato – per giungere alla conclusione della sussistenza dell'illecito.

⁹⁵ Capitolo IV, par. 5.

⁹⁶ Sui diversi profili, per tutti, si veda S. CIMINI, *op. cit.*, p. 340 ss.

frontati con il precetto che si intende violato⁹⁷. Infatti, la conclusione relativa alla sussistenza dell'illecito è il risultato della scelta dei metodi di lavoro, dei modelli da seguire nel corso dell'indagine e dei parametri di raffronto relativi che vanno a condizionare il modo con cui compiere anche le operazioni materiali.

In secondo luogo, si è rilevata la centralità dell'attività di accertamento che va a definire il contenuto dell'atto d'impulso del procedimento che rappresenta il «momento centrale del procedimento sanzionatorio» condizionando tutta la successiva attività istruttoria che dovrebbe portare a confermare o disconoscere il primo risultato raggiunto dalla P.A.⁹⁸.

In terzo luogo, s'è osservato come – in una prospettiva pratica – l'accertamento contenuto nell'atto di contestazione tende, sia pur con qualche variazione, ad essere confermato nel provvedimento conclusivo⁹⁹ e, dunque, assuma una stabilità ben più elevata di una mera ipotesi di lavoro su cui si confrontano l'autorità procedente ed il privato.

Per ovviare a quel vuoto di contraddittorio – incompatibile con la natura contenziosa del procedimento – e sollecitare un ripensamento giurisprudenziale¹⁰⁰, si è suggerito di valorizzare la circostanza che l'accertamento ha una rilevanza esterna ed è, quindi, il risultato di un procedimento amministrativo, presupposto che condensa il risultato della pre-istruttoria che è, a sua volta, procedimento che precede quello sanzionatorio¹⁰¹. Quindi, nel silenzio del legislatore, la disciplina del procedimento «presupposto» dovrebbe ricavarsi dalla l. 241/1990 che garantisce la partecipazione dell'interessato; di qui la conseguenza per cui anche nella fase che conduce all'accertamento dovrebbe essere assicurata l'interlocuzione con chi poi sarà il destinatario dell'atto di contestazione per essere l'obbligo informativo un'incombente da ricomprendersi tra i livelli essenziali delle prestazioni (art. 29, comma 2-*bis*, l. 241/1990 ed art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)¹⁰².

Pur condividendosi la necessità d'anticipare il confronto alla fase d'ac-

⁹⁷ Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 307-308.

⁹⁸ S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 342-343.

⁹⁹ M. CLARICH e L. ZANETTINI, *op. cit.*, p. 366.

¹⁰⁰ Sulla cui posizione si rinvia a M. MONTEDURO, *op. cit.*, pp. 138 -139; S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 341-342.

¹⁰¹ Così M. MONTEDURO, *op. cit.*, p. 145, idea poi ripresa da S. CIMINI, *op. cit.*, p. 345.

¹⁰² S. CIMINI, *op. cit.*, p. 345.

certamento, se non ci si inganna, un utile argomento può essere tratto direttamente dalla l. 681/1981 considerata dai più una sorta di base intangibile della disciplina delle sanzioni amministrative, dunque, come tale, in grado di «reggere» al facile argomento di chi esclude l'influenza della l. 241/1990 nel campo di interesse per essere legge generale inidonea ad incidere in un ambito presidiato da una disciplina speciale.

In particolare, l'art. 15 l. 689/1981, se letto alla luce dell'art. 41 Carta UE e dei principi dell'art. 6 Cedu, par consentire di trarre un ulteriore principio generale per cui ogni accertamento complesso non può essere compiuto in modo solitario dalla P.A. ma deve essere compiuto in contraddittorio con il soggetto passivo.

La legge sulle sanzioni, infatti, contrappone alla regola dell'accertamento amministrativo – unilaterale/solitario dei fatti semplici (art. 13, comma 1, l. 689/1981) – una diversa norma per quei casi in cui la conclusione non sia ritraibile in via immediata da un'indagine empirica istantanea. Invero, se l'accertamento richiede il compimento di analisi complesse, a campione, si dispone che il risultato deve essere comunicato al destinatario e questo ha il diritto di richiedere la revisione delle analisi con la partecipazione di un proprio consulente tecnico e solo il risultato della revisione equivale all'accertamento e, dunque, tiene luogo alla contestazione (art. 15 l. 689/1981).

Ora, se la P.A. non ha il dominio esclusivo degli accertamenti tecnico scientifici – tipico è il caso del livello di inquinamento dell'aria – altrettanto può ripetersi per quelle ipotesi in cui l'accertamento richiede il compimento di operazioni complesse non univoche, espressione di quella discrezionalità tecnica che la giurisprudenza reputa caratterizzare le decisioni delle autorità amministrative indipendenti. In altre parole, sembra ragionevole ricavare che ogni accertamento non immediato non può essere compiuto senza alcun confronto con il destinatario proprio perché è la sua stessa complessità che lo impedisce¹⁰³.

Il tutto si impone perché, come nel caso delle analisi di laboratorio, nelle materie rimesse alle autorità di vigilanza è frequente la necessità di confronto sui criteri d'analisi, sul loro margine di accettabilità, sul mar-

¹⁰³ Aspetto questo corroborato da altro elemento testuale. Il legislatore, per quanto concerne le violazioni di regole punite con la sola sanzione pecuniaria, abilita all'accertamento anche gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, cioè personale non abilitato alla funzione per la propria competenza tecnica, in quanto non necessaria ai fini del corretto svolgimento dell'attività accertativa.

gine di approssimazione dei metodi impiegabili e sull'interpretazione delle risultanze, necessità di un confronto che si propone nuovamente quando si debbono effettuare valutazioni di correttezza aziendale, appropriatezza organizzativa o comportamentale il cui risultato, poi, conferisce in un verbale appunto di accertamento cui la giurisprudenza attribuisce uno speciale valore dimostrativo anche per le parti non coperte dalla «fede privilegiata»¹⁰⁴.

È da segnalare, peraltro, come il riconoscimento del diritto al contraddittorio anticipato sia rinvenibile, poi, nella disciplina procedimentale relativa alla violazione delle regole della concorrenza che deve essere osservata da Agcm¹⁰⁵. Da quella si trae come il procedimento viene avviato dall'Autorità garante sulla base di una proposta degli uffici, i quali segnalano gli estremi d'una presunta infrazione alle regole della concorrenza (art. 6, comma 1, d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217). Dunque, il presupposto dell'inizio dell'attività non è dariscontrare in un vero e proprio accertamento ma nella prospettazione di una condotta non conforme, la cui illiceità sarà oggetto di accertamento all'esito del procedimento. Proprio per consentire tale verifica il «regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato» (art. 8, comma 1 d.p.r. 217/998) prescrive che tutti i poteri istruttori «sono esercitati a decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati, anche contestualmente alla notifica stessa». Dunque, l'audizione dei soggetti informati sui fatti, le richieste di informazione, le ispezioni, la richiesta di supporto della guardia di finanza, tutte le attività istruttorie, sono subordinate all'adempimento d'un obbligo informativo relativamente agli «elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni» (art. 6, comma 2). Sempre successivamente alla notifica e, quindi, nel contraddittorio procedimentale, potranno poi essere disposti quegli altri strumenti conoscitivi ritenuti rilevanti ai fini dell'istruttoria quali «le perizie e analisi statistiche ed economiche, nonché la consultazione di esperti, proposte dagli uffici» (art. 11, comma 1). E, comunque, anche nel corso di quell'eventualità, se ne prevede la comunicazione preventiva al can-

¹⁰⁴ Sul punto, per un esame critico, si veda Capitolo V, par. 6.

¹⁰⁵ G. ROMAGNOLI, *I procedimenti di accertamento della violazione della disciplina europea della concorrenza. Pluralità di autorità a presidio di uno stesso diritto*, in AA. Vv., *Disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, a cura di M. Frigessi di Rattalma, Torino, 2014, p. 117.

didato responsabile ed agli altri interessati al fine di consentire loro l'esercizio delle facoltà partecipative previste dallo stesso regolamento e, quindi, presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri relativi allo specifico «incidente probatorio».

La disciplina domestica della concorrenza, quindi, riduce al minimo lo spazio per le indagini compiute in modo solitario dalla P.A. al di fuori del confronto con chi potrebbe risentire negativamente dei loro esiti. Infatti, si consente agli uffici dell'autorità lo svolgimento di attività di ricerca informale, l'esame di dati e notizie ricavati da indagini conoscitive non aventi connotazione puntuale o di dati ed informazioni offerte spontaneamente da privati od associazioni di imprese o consumatori.

La normativa sull'azione di Agcm, pertanto, pare essere un ragionevole indicatore di una necessità di carattere generale che richiede che la dimensione «informale» dell'indagine debba essere relativamente contenuta, riducendosi a ricerche di dati ed informazioni, all'esame di segnalazioni che non richiedono l'esercizio di poter istruttori acquisitivi o di verifiche tecniche specifiche e complesse.

6. *L'avvio del procedimento. La nota di contestazione degli addebiti*

I procedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza prendono avvio con la notifica della nota o lettera di contestazione degli addebiti. A prescindere dalla circostanza che la complessità degli illeciti rilevabili dalle amministrazioni dei mercati finanziari tendenzialmente escludono l'eventualità d'una contestazione immediata, tutti i relativi regolamenti indicano in quel documento l'atto che fa sorgere un rapporto amministrativo specifico (art. 4, comma 1, reg. Consob; art. 12, comma 1, reg. Ivass; par. 1.2., primo periodo reg. B.I.).

È da segnalare come la normativa subprimaria delle diverse autorità si faccia carico di definire il contenuto della nota – superando il vuoto dell'art. 14 l. 689/1981¹⁰⁶ – onde renderla strumento idoneo a fornire al suo destinatario un'adeguata informazione per quanto concerne l'illecito oggetto di contestazione, le caratteristiche della condotta, le disposizioni violate nonché relativamente ai tratti essenziali del procedimento che vi fa seguito. In particolare, tutte le amministrazioni prevedono che l'atto

¹⁰⁶ Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 360.

di avvio abbia una struttura tipizzata in cui sono indicati: le verifiche ispettive o la documentazione da cui è emersa la violazione; la descrizione della violazione; le disposizioni violate o le norme sanzionatorie; l'ufficio e il responsabile del procedimento; il termine di conclusione del procedimento; dove può essere presa visione ed estratta copia dei documenti istruttori; i termini entro cui i destinatari possono presentare difese (deduzioni) scritte, documenti o richiedere d'essere sentiti; ove prevista, la facoltà e i termini per proceder all'oblazione.

La definizione dei contenuti dell'atto, che ne chiarisce la prospettiva informativa in chiave difensiva, in una logica di effettività del contraddittorio, ha condotto a riflettere su quale possa essere il livello minimo della sua consistenza e sulle conseguenze, chiedendosi se le sue indicazioni possano generare dei limiti o dei vincoli per la P.A. procedente.

Dunque, ci si è domandati quali caratteristiche debba avere per essere non solo formalmente ma anche sostanzialmente adeguato allo scopo e, quindi, quali possano essere i suoi riflessi sulla futura condotta della P.A. che magari orienta la sua azione in modo diverso dal programma di verifica in esso contenuto, raffrontando, in corso di procedimento, i fatti riscontrati con disposizioni diverse da quelle indicate.

Anche per questi delicati temi, si ripete quella costante che vede contrapposto alle sollecitazioni degli studiosi¹⁰⁷ un totale disinteresse della giurisprudenza ordinaria. Come al solito quest'ultima svaluta totalmente le questioni reputando di poter ricomprendere ogni carenza dell'atto od inosservanza delle sue indicazioni tra quei vizi formali, comunque irrilevanti (*ex art. 24-octies*, l. 241/1990) rispetto alla validità del provvedimento finale e, comunque, sanabili nel corso del processo d'opposizione, cioè nella fase giurisdizionale¹⁰⁸. La lettura riduttiva benché «diffusa» non risulta condivisibile per diverse ragioni e per presupporre una visione errata delle condizioni di esercizio del potere, dovendosi concludere nel senso che non solo l'omissione delle indicazioni sostanziali ma anche di quelle procedurali (quale quella del termine per la presentazione delle

¹⁰⁷ Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 362 ss.; M. CONDEMI, in AA.Vv., *Sub art. 145*, in *Commentario al TU delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, III, Padova, 2018, p. 2706 ss.

¹⁰⁸ E ciò sempre che, come ricorda M. BUSCEMA, *op. cit.*, p. 587, il giudice ritenga che le eventuali «imperfezioni» relative alle norme che si assumono violate debbono essere ovviate da un onere di attenzione del destinatario della sanzione tenuto, nei limiti della diligenza media, a farsi carico della individuazione delle disposizioni rispetto cui la contestazione deve intendersi correlata.

deduzioni) dovrebbero condurre alla «destabilizzazione del risultato finale»¹⁰⁹.

Contro la lettura criticata si erge non solo l'inapplicabilità dell'art. 21-*octies* l. 241/1990 e la necessità di garantire tramite un atto d'avvio completo e vincolante un corretto ed effettivo contraddittorio – coerente con la lettura evolutiva dell'art. 6, par. 2, lett. b, Cedu – ma anche un generale dovere di correttezza e buona fede che conforma e caratterizza l'azione amministrativa. La P.A., prima deve mettere in condizione il soggetto passivo d'apprestare una propria difesa, e, poi, deve rispettare la linea tracciata nell'atto di contestazione poiché la difesa dell'incolpato è organizzata in funzione e per resistere alla contestazione nei termini formulati¹¹⁰. Immaginare che l'autorità non ne risulti vincolata equivarrebbe ad ammettere la non obbligatorietà delle regole procedurali, la loro inidoneità a generare qualunque affidamento del privato, in ragione d'un'asserita prevalenza dell'interesse punitivo che postula una visione autoritaria del potere e che vede l'amministrato posto in una situazione di illimitata soggezione.

In principio, ferma la rispondenza della nota ai requisiti formali, la sua correttezza è subordinata, verosimilmente, alla sua idoneità a fornire un'informazione adeguata ed agevole per la difesa nel caso concreto. La sua correttezza, quindi, dipende da una verifica di adeguatezza dell'atto all'assolvimento dello scopo per cui è imposto. Pertanto, l'atto di contestazione per essere idoneo a soddisfare la sua finalità deve fornire una chiara ed intellegibile ricostruzione dei fatti contestati e della loro contrarietà a specifiche disposizioni che si assumono violate e ciò anche tramite una chiara connessione con i documenti e rilievi ispettivi che si sono ritenuti determinanti ai fini dimostrativi.

Pare, dunque, persuasivo che, a pena di nullità¹¹¹, i fatti oggetto di

¹⁰⁹ Così anche S. CIMINI, *op. cit.*, p. 362.

¹¹⁰ Obbligo reso evidente nei casi in cui la legge contempla la possibilità di oblazione della sanzione; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 362, rileva, infatti, come il dovere dell'amministrazione di una chiara definizione dei fatti in relazione ad una precisa individuazione della norma violata e degli elementi dimostrativi sia strumentale anche rispetto alla valutazione dell'interessato di procedere al pagamento. Dunque, quell'obbligo di precisione e completezza risulta anche funzionale ad un interesse dell'amministrazione alla definizione della questione. Obbligo di precisione che – per un principio di coerenza e di imparzialità (*ex art. 97 Cost.*) – non può avere un carattere «intermittente» e valere solo quando è riconosciuta la facoltà all'incolpato d'una definizione agevolata del trattamento dell'infrazione.

¹¹¹ M. CONDEMI, *op. cit.*, p. 2706.

contestazione debbano essere rigorosamente puntuali per quanto riguarda i profili di ipotetica sanzionabilità. Quindi, si può ritenere che sulla P.A. gravi un obbligo di precisione tanto più elevato quanto lo sono i profili di tecnicità del fatto oggetto di discussione. Conseguentemente, è da escludere la correttezza di una contestazione prolissa cui segue l'indicazione d'un elenco di norme ed in cui viene fatto rinvio ad un indistinto elenco di documenti o, si può aggiungere, ad una relazione ispettiva in cui sono indicati numerosissimi elementi di valutazione.

La precisione dell'atto di contestazione è essenziale al fine di garantire un corretto esercizio del diritto di difesa ed il suo difetto, verosimilmente, non potrà che incidere sulla validità del provvedimento finale¹¹². Il soggetto passivo, infatti, ha il diritto ad essere informato dettagliatamente dell'accusa mossa nei suoi confronti e quell'indicazione, ritraibile dall'art. 6, par. 1, lett. a, Cedu, si armonizza con il diritto al trattamento equo dell'art. 41, par. 1, Carta UE che, per consentire un'adeguata difesa, postula un'adeguata informazione, da veicolare appunto con l'atto d'avvio che, nel contempo, rappresenta anche un autolimita per la P.A. procedente.

Dalla natura o funzione limitativa dell'atto di contestazione si può derivare che l'amministrazione che l'ha formato non lo può disattendere. Quello, infatti, cristallizza la valutazione negativa dell'autorità – che ha dato luogo al c.d. accertamento – rispetto ad un certo e determinato fatto come ricostruito sulla base del materiale istruttorio.

Da quella premessa, quindi, possono trarsi due ordini di conseguenze.

Una prima è data dalla immodificabilità dell'addebito nel corso del procedimento e, dunque, l'inapplicabilità di una sanzione diversa da quella contestata anche se quella mutazione è il risultato di una riconsiderazione dell'immutato materiale istruttorio¹¹³. Pertanto, se nel corso dell'istruttoria l'autorità si determina per una riqualificazione dell'illecito¹¹⁴, in prin-

¹¹² Si registrano, infatti, casi in cui il giudice amministrativo investito della contestazione di una sanzione comminata da Agcm – Cons. St., sez. V, 30 agosto 2002, n. 4362, in *www.giustizia-amministrativa.it* – ha parzialmente annullato il provvedimento assunto in esito ad una contestazione imprecisa, per violazione del principio del contraddittorio. Più di recente, Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4580, è giunto allo stesso risultato annullando parzialmente una sanzione Aeeg comminata per fatti non esattamente identificati nell'atto di avvio del procedimento.

¹¹³ Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 363-364.

¹¹⁴ Contrariamente a quella diffusa tendenza della giurisprudenza rilevata da S. VI-

cipio, dovrà disporre l'archiviazione del procedimento per farvi seguire la notifica di un nuovo e diverso atto d'avvio¹¹⁵ e ciò sempre che – compatibilmente con il termine di conclusione del procedimento – non sia possibile riconoscere il riesercizio delle facoltà difensive rispetto all'illecito come riqualificato. Soluzione coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi nei procedimenti relativi alla violazione delle regole della concorrenza¹¹⁶. Questa, infatti, ha escluso la violazione del diritto d'informazione e del pieno diritto di difesa se l'indagato venga previamente informato della riqualificazione e, poi, gli vengano riconosciuti tempi e strumenti adeguati per riorganizzare le proprie difese.

La seconda conseguenza può essere individuata nella inestensibilità dei fatti oggetto di contestazione. Dunque, non è consentito all'amministrazione ampliare l'oggetto del procedimento se nel corso di quello – nell'esercizio dell'attività di vigilanza ed ispettiva – emergono altri fatti censurabili che possono apparire meritevoli di sanzioni. Per ogni diverso fatto – anche se di natura omogenea – emerso nel corso di altra attività successiva di accertamento – si impone la notifica d'uno specifico atto di contestazione, potendosi ammettere, al limite, un'integrazione dell'oggetto del procedimento se si garantisce, comunque, il diritto di difesa e si contiene tale eventualità a condotte riconducibili ad un arco temporale limitato.

In tal senso si è orientato il regolamento di Ivass che ammette una limitata integrazione del procedimento già avviato se, in un arco temporale contenuto, calcolato avendo come termine di riferimento la data del suo inizio, emergono fatti nuovi che costituiscono violazione delle stesse contestazioni già oggetto di contraddittorio (art. 14, reg. Ivass).

7. *I tempi ed i termini del procedimento. Il termine per la contestazione degli addebiti e i c.d. termini intermedi*

Un'esigenza di efficienza dell'attività amministrativa, in uno con quella

TALE, *op. cit.*, p. 253, che reputa che il contenuto della contestazione sia modificabile nel corso dell'istruttoria cristallizzandosi solo al termine di quella.

¹¹⁵ Per l'annullamento di una sanzione Ivass, comminata in esito ad una riqualificazione dell'illecito oggetto della lettera di contestazione, si veda Cons. St., sez. VI, n. 2042/2019, *cit.*

¹¹⁶ Corte Edu, 25 luglio 2000, n. 23969/94, par. 61, in *www.echr.coe.int*.

di tutela di chi ne è interessato, giustificano l'introduzione di una disciplina dei tempi dell'azione pubblica. A garanzia anche dell'imparzialità e del buon andamento è ormai acquisita la necessità di comprimere la discrezionalità della P.A., cadenzandone l'azione, rendendo possibile la previsione del momento in cui può essere raggiunto il risultato ed, ancora, ponendo degli sbarramenti oltre cui una data prerogativa o potere non può essere esercitato. I profondi mutamenti che hanno caratterizzato i rapporti tra privato e P.A. a partire dagli anni '90 del secolo scorso – che trovano la loro espressione nella l. 241/1990 – particolarmente attenta agli interessi del soggetto passivo¹¹⁷, hanno portato alla riconsiderazione del rapporto con il titolare del potere poiché la tempestività dell'azione amministrativa viene elevata ad elemento qualificante della sua correttezza e, si può aggiungere, della sua legittimità.

Il tempo, dunque, incide sulla qualità dell'azione amministrativa¹¹⁸ di cui è parametro di valutazione come si trae tanto da disposizioni sovranazionali che domestiche. L'art. 41 Carta UE, prevede che ogni persona ha diritto a che la questione che la riguarda sia trattata «entro un termine ragionevole». L'art. 6 Cedu, estensibile ai procedimenti amministrativi punitivi, prende in considerazione il tempo in una duplice prospettiva sia come parametro di valutazione globale dell'azione pubblica sia come indice di misurazione della collaborazione con il soggetto passivo: il suo primo paragrafo esordisce precisando che la questione che interessa il soggetto deve essere esaminata non solo equamente ma anche «entro un termine ragionevole»; il suo terzo paragrafo alla lettera a) sancisce che il soggetto passivo ha diritto ad «essere informato nel più breve tempo possibile dell'accusa a suo carico» mentre alla lettera b) afferma che il medesimo deve «disporre del tempo» e non solo delle facilitazioni necessarie «a preparare la sua difesa».

Ancora, la legge generale del procedimento amministrativo reca una disciplina che impone alle amministrazioni di compiere scelte auto-organizzative relative alla conduzione delle proprie iniziative ed una solu-

¹¹⁷ M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 251; ID, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 124. Per un'ampia riflessione sul ruolo del termine della disciplina dei tempi dell'azione amministrativa, si veda D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2017, p. 779 ss.

¹¹⁸ Rilevando, come si sottolinea, anche ai fini della valutazione del rispetto del principio di efficienza, cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*², a cura di A.M. Sandulli, Milano, 2017, pp. 74-75.

zione residuale per il caso di omissione (art. 2, l. 241/1990). Dunque, la tempestività può essere considerata una caratteristica dell'azione amministrativa e la puntualità un obbligo giuridico a carico della P.A.¹¹⁹

Sulla stessa linea si pongono le specifiche leggi di settore¹²⁰ che obbligano le amministrazioni indipendenti dei mercati finanziari a provvedere su tale aspetto, che assume un particolare rilievo poi nell'ipotesi delle iniziative punitive, in ragione dei condizionamenti che possono sortire sul diritto di difesa¹²¹. La natura che si riconosca al termine per il compimento d'un determinato adempimento può impedirne o meno l'esecuzione oltre un dato periodo, rendere rilevante o irrilevante l'atto in tempestivo od ancora incidere sulla sua validità sia in sé sia su quella del provvedimento conclusivo del procedimento.

Se ora si passa all'esame del contenzioso sviluppato dalla prassi delle autorità indipendenti ci si avvede d'una elevata problematicità del modo con cui è intesa ed applicata la disciplina dei tempi e dei termini dell'azione amministrativa.

Oggi particolarmente controversa, infatti, risulta non solo la questione della individuazione della natura dei termini procedurali (ordinatori o perentori) ma anche quella relativa alla relazione intercorrente tra regolamentazione amministrativa e l. 689/1981 nonché quella corrente tra il prodotto della attività normativa subprimaria di ciascuna autorità ed i principi informativi che l'ultima deve rispettare quando disciplina il proprio procedimento punitivo.

Procedendo, se si vuole, nell'ordine ideale di presentazione, il primo «polo problematico» da affrontare è quello relativo al termine entro cui deve essere eseguita la contestazione differita della violazione. La legge

¹¹⁹ È, infatti, pacifico che la P.A. oltre all'obbligo sul «se» provvedere ha anche l'obbligo sul «quando» provvedere, sul punto, anche per ulteriori riferimenti, si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*², cit., p. 287 ss.

¹²⁰ Art. 4, comma 3, Tub; art. 1, comma 6, l. 7 giugno 1974, n. 216; art. 19-*quinquies*, comma 8, d. lg. 252/2005; art. 9, comma 3, cod ass.

¹²¹ Con riguardo alla funzione garantistica del termine posto per la notifica dell'atto di contestazione degli addebiti, si veda W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 149 ss., che valorizza la funzione riconosciuta – da Cass., Sez. un., 9 marzo 2007, n. 5395 – alla disposizione che circoscrive il tempo entro cui la P.A. può avviare il procedimento punitivo. Sul tema si vedano M. CLARICH e E. CAMILLI, *Il procedimento sanzionatorio di Consob sotto il riflettore della Corte di cassazione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1161 ss., ove si può leggere il testo della pronuncia.

generale (art. 14, l. 689/1981) e quelle di settore (art. 195 Tuf; art. 311-*septies* cod. ass.; art. 19-*quinquies*, comma 1, d. lg. 252/2005) dispongono, pena l'estinzione del potere punitivo nel caso concreto, che l'atto d'avvio del procedimento debba essere notificato al candidato responsabile entro un termine breve decorrente dalla data d'accertamento dell'illecito. A garanzia, dunque, del soggetto passivo si impone alla P.A. un adempimento mirante ad assicurare un'informazione tempestiva e dettagliata sanzionato dalla decadenza della potestà punitiva¹²².

È da segnalare, però, come quella tutela forte del soggetto passivo derivante dal riconoscimento della natura decadenziale del termine ricordato sia dalla stessa Corte regolatrice sottoposto ad un'opera di sostanziale svuotamento. È questo, infatti, il risultato ultimo d'una lettura che manifesta un'evidente propensione del giudice alla conservazione del provvedimento punitivo adottato¹²³ anche se, a dire degli esponenti delle autorità, realizzerebbe un ragionevole compromesso¹²⁴; evitando soluzioni estreme mirerebbe a coniugare esigenze di tutela del destinatario con quelle della P.A., non costretta a concludere l'attività preistruttoria.

Ed è da sottolineare, poi, come quella tutela venga ancora più significativamente negata quando, le prescrizioni del regolamento dell'autorità, ancorano l'accertamento al compimento di un atto formale quale l'apposizione del visto d'un ufficio interno. In tale ipotesi non vi è alcun margine per discutere d'una sua retrodatazione perché ciò che fa fede è quando è stato compiuto l'atto che reca l'apprezzamento dei dati raccolti¹²⁵. A fronte di quella previsione non importa a quando risalga il momento in cui, secondo diligenza professionale e, dunque, ragionevolezza, si sarebbe potuta ritenere fondata la persuasione in merito alla

¹²² G. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 225.

¹²³ G. ROMAGNOLI, *ult. op. loc. cit.*

¹²⁴ M. PERASSI e R. D'AMBROSIO, *op. cit.*, pp. 2299-2300.

¹²⁵ La tendenza della giurisprudenza a riconoscere la massima libertà d'azione alle P.A. trova il suo maggior riconoscimento nell'accettazione della fissazione per via regolamentare del momento in cui si perfeziona l'accertamento, come prevede la disciplina subprimaria di Banca d'Italia; in tal modo, infatti, risulta automaticamente preclusa la valutazione in concreto del momento in cui ragionevolmente si sarebbe dovuto ritenere perfezionata l'attività valutativa. Se, infatti, come pacificamente reputa la Corte regolatrice, il momento dell'accertamento dipende dall'esecuzione di un adempimento formale da parte della stessa P.A. precedente – Cass., 19 febbraio 2019, n. 4820, par. 1.2. di motivazione, in *De Jure* – viene svuotata di valore la difesa decadenziale perché sarà la P.A. che, ponendo in essere l'atto che conclude l'attività d'apprezzamento, potrà coprire ogni ritardo procedurale, sottraendolo al controllo di ragionevolezza.

commissione dell'illecito. Il termine, in tale ipotesi, non può decorrere che da quella data, con buona pace d'ogni esigenza difensiva del destinatario della contestazione resa progressivamente più difficile dallo scorrere del tempo¹²⁶.

Se non vi è la previsione di un atto formale da cui far decorrere il termine, comunque, il giudice della nomofilachia manifesta una assoluta prudenza. Infatti, in tal caso, ritiene che l'accertamento debba coincidere con il momento in cui – tenuto conto della complessità della situazione – la P.A. procedente avrebbe potuto più che ragionevolmente concludere per la sussistenza dell'illecito¹²⁷ tal che la protrazione dell'attività preparatoria possa apparire ingiustificata rispetto alla complessiva ricostruzione e valutazione della condotta.

All'evidenza ci si trova di fronte ad un criterio che consente – per lo più – di ritenere incompiuto l'accertamento anche di fronte ad evidenze documentali poiché per il giudice non si può prescindere da un'attività «intellettiva» di apprezzamento complessivo dei dati ed elementi raccolti. Dunque, il giudice segue un criterio «selettivo» della correttezza e tempestività che lascia tendenzialmente la mano libera all'amministrazione che può trasmettere – tramite l'atto di contestazione – l'informazione dovuta all'indagato nel momento ritenuto più opportuno. Infatti, non sarebbero mai sufficienti neppur controvertibili evidenze¹²⁸ perché l'accertamento non è legato alla sola ricostruzione del fatto nella sua materialità ma al momento in cui sostanzialmente l'amministrazione reputa compiuta un'attività di ponderazione di ogni elemento rilevante¹²⁹.

¹²⁶ W. TROISE MANGONI, *op. cit.*, p. 158.

¹²⁷ Cass., 8 agosto 2019, n. 2117, par. 2.1. di motivazione, in *De Jure*.

¹²⁸ Salvo queste siano corroborate da valutazioni negative formulate da altre autorità con cui la prima amministrazione collabora in forza di previsioni normative che intendono assicurare il coordinamento delle loro azioni, cfr. Cass., 30 ottobre 2017, n. 25730, par. 4.5 di motivazione, in *De Jure*.

¹²⁹ In tal senso, relativamente alle sanzioni del Tuf, tra le tante, si veda, Cass., 7 gennaio 2019, n. 126, in *De Jure*, per la quale «In tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte della Consob, va individuato in quello in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento, dovendosi a tal fine tener conto, oltre che della complessità della materia, delle particolarità del caso concreto anche con riferimento al contenuto ed alle date delle operazioni, tanto più ove la violazione sia riferibile ad un tempo ben determinato e circoscritto» (Cass. n. 8687/2016; n. 9456/2004). È stato anche chiarito che «mentre la redazione della relazione ed il suo

Se non ci si inganna, la lettura riferita, per quanto costantemente ribadita in giurisprudenza, non può essere accolta risultando contraria al principio della tempestività dell'informazione, e se si vuole, a quella del non aggravamento (*ex art. 1, comma 2, l. 241/1990*) che impone alla P.A. di svolgere ogni attività nel più breve tempo necessario per il loro espletamento. Principio tanto più stringente quando dal rispetto di quello dipende non solo l'autodeterminazione del soggetto passivo ma anche l'efficacia dell'attività difensiva che risulta ulteriormente più complicata con lo scorrere del tempo.

Per ricondurre a certezza il decorso del tempo e, dunque, la tempestività dell'azione punitiva o, se si preferisce, per superare l'incertezza legata ad imprevedibili valutazioni della situazione concreta, sembra preferibile l'idea di chi ha proposto di ancorare il decorso del termine decadenziale ad un momento esterno obiettivamente percepibile coincidente con la conclusione dell'attività istruttoria¹³⁰ per le verifiche c.d. *in loco*, ritardandolo al momento in cui gli uffici accertatori – nelle verifiche c. d. a distanza – licenziano la loro relazione ispettiva che contiene le ipotesi di illecito riscontrato e ciò, si sottolinea, parallelamente a quanto accade nelle ipotesi di infrazioni rilevate nel verbale che chiude l'ispezione formale¹³¹.

Una seconda questione è quella della incidenza dei termini infraprocedimentali. Tutti i regolamenti delle autorità di vigilanza contengono, infatti, una più o meno articolata serie di disposizioni che prevedono dei termini intermedi che mirano a dare un ritmo al procedimento ed, in particolare, per conciliare sostanzialmente le esigenze d'efficienza amministrativa – garantire il rispetto del termine fissato per la sua conclusione – con quelle difensive dell'incolpato. In particolare, indicano i tempi entro cui l'interessato può produrre memorie, documenti, formulare richieste e gli uffici debbono porre in essere le attività di loro competenza¹³².

esame debbono essere compiuti nel tempo strettamente indispensabile, senza ingiustificati ritardi, occorre, invece, individuare, secondo le particolarità dei singoli casi, il momento in cui ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione stessa (Cass. n. 25836/2011; conf. n. 5914/2018)".

¹³⁰ W. TROISE MANGONI, *op. cit.*, p. 163.

¹³¹ Capitolo IV, par. 6.

¹³² Si pensi, per quanto riguarda la Consob, ad esempio, al termine ultimo posto all'ufficio sanzioni per l'invio della relazione finale e della proposta di provvedimento che è indicato (art. 6, comma 4, reg. sanz. Consob) nel trentacinquesimo giorno antecedente alla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Ragionevolmente per quanto le disposizioni subprimarie paiano stentoree – apparendo ancorare al mancato rispetto dei tempi indicati delle forme di decadenza – non sembra possibile giungere a quell'estrema conclusione poiché l'esigenza del celere svolgimento dei lavori non può giustificare una compromissione assoluta del diritto di difesa.

Di conseguenza il dovere a carico dell'amministrazione dello svolgimento della più appropriata istruttoria non fa venire meno il suo obbligo di esaminare scritti e documenti che l'incolpato abbia presentato dopo la scadenza del termine fissatogli dal regolamento¹³³ o di precludere al secondo la facoltà di presentare controdeduzioni all'atto conclusivo dell'istruttoria e recante la proposta di provvedimento predisposta dall'ufficio che ha curato quella fase.

Ai termini infraprocedimentali, dunque, può riconoscersi una natura meramente acceleratoria diversamente da quelli che ordinano l'attività difensiva nel processo, per la diversa contrapposizione tra parti che caratterizza l'una e l'altra procedura.

Nel processo si fronteggiano, in principio, due soggetti che fanno valere un interesse proprio la cui tutela è subordinata al rispetto dei tempi – che condizionano il modo con cui ricostruire la realtà processuale rilevante per il giudice che è terzo. Nel procedimento, al privato che agisce per evitare l'applicazione d'una misura afflittiva, si «contrappone» la P.A. che deve contemperare le proprie ragioni con quelle del primo e

¹³³ L'art. 5, comma 2, reg. sanz. Consob, prevede che i destinatari della contestazione possano presentare memorie scritte e documenti nel termine di trenta giorni eventualmente prorogabile con richiesta motivata per un ulteriore periodo massimo di trenta giorni. Il successivo comma 4 dello stesso articolo prevede che nello stesso termine i soggetti «passivi» possano chiedere – con istanza separata – di essere sentiti personalmente dall'ufficio sanzioni. In modo parzialmente analogo l'art. 15, comma 1, reg. sanz. Ivass, prevede l'esercizio delle medesime facoltà difensive nel più lungo termine di sessanta giorni – eventualmente prorogabile – e la facoltà di richiedere, con specifica istanza, l'audizione (comma 5).

In modo identico, poi, tanto Consob quanto Ivass prevedono che l'ulteriore attività difensiva nella fase decisoria sia riservata a coloro che hanno presentato controdeduzioni scritte o abbiano partecipato all'audizione (art. 8, comma 1, reg. sanz. Consob; art. 18, comma 5, reg. sanz. Ivass). A questi, infatti, viene trasmessa la relazione finale e si riconosce la facoltà di presentare controdeduzioni scritte, con l'esclusione di qualche documento che, espressamente, si dice non verrà preso in considerazione (art. 8, comma 2, reg. sanz. Consob; art. 27, comma 1, reg. sanz. Ivass), nei trenta giorni dalla notifica dell'ultimo atto conclusivo dell'istruttoria.

che è tenuta a considerare partitamente tutto quanto acquisisce per giungere alla definizione del contenuto della decisione più appropriata.

È lo stesso ruolo svolto dalla P.A. nel procedimento – tanto più in quello sanzionatorio in cui le fasi d'impulso, istruttoria e decisoria competono ad uffici distinti – che rende ragionevole ritenere che il superamento del termine non abbia effetti preclusivi e, dunque, non impedisca all'incolpato l'esercizio delle sue facoltà difensive previste quale strumento di replica a determinazioni interne delle amministrazioni, nuove rispetto alla contestazione degli addebiti, ma destinate ad orientare la decisione finale. Anche il documento o la memoria tardiva può offrire utili spunti ricostruttivi della vicenda controversa e chiarimenti così come quelli possono ricavarsi da un'audizione richiesta oltre il termine regolamentare. Ancora, in ragione della necessità di acquisire una più ampia visione ai fini del decidere, sembra doversi riconoscere il diritto a ricevere la proposta dell'ufficio che ha condotto l'istruttoria ed a replicarvi anche a chi non ha presentato scritti difensivi e sostenuto l'audizione¹³⁴.

La proposta finale è atto diverso, «esterno», maturato all'esito di una fase distinta da quella che ha condotto alla contestazione degli addebiti, che può innescare un bisogno difensivo particolare rispetto cui il soggetto passivo avverta la necessità di contraddire anche producendo documenti nuovi, resisi disponibili successivamente.

La P.A. – anche nelle procedure contenziose – non si muove in una logica meramente retributiva pesando torti e comminando punizioni a chi non ha adeguatamente e tempestivamente concorso all'accertamento della realtà «procedimentale» venendo meno all'assolvimento di un proprio onere, non si deve attenere, come il giudice, alla ricostruzione della realtà processuale come definita dall'inerzia di una delle parti, ma deve essa stessa cercare di ricostruirla autonomamente, per giungere ad una equilibrata decisione e, quindi, non può scartare elementi in base alla sola circostanza di tempo in cui vengono acquisiti¹³⁵ o possono essere forniti.

8. *Continua. Il termine per la conclusione del procedimento*

Tutti i regolamenti delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari –

¹³⁴ Vedi nota precedente.

¹³⁵ In termini analoghi si veda S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 348-349.

coerentemente con lo spirito dell'art. 2 l. 241/1990, in ossequio al principio della certezza temporale dell'azione amministrativa – fissano anche il termine finale entro cui si deve concludere il procedimento (par. 1.5, dodicesimo periodo, reg. sanz. B.I.; art. 4, comma 2, reg. sanz. Consob; art. 10 reg. sanz. Covip; art. 28 reg. sanz. Ivass). Dunque, le discipline specifiche si caratterizzano per contenere un elemento prescrittivo ulteriore sull'aspetto temporale del procedimento rispetto a quello della l. 689/1981 che si limita ad indicare rispettivamente un termine per la contestazione della violazione accertata ed uno entro cui il destinatario deve approntare la propria attività difensiva (art. 14, comma 2 e art. 18, comma 1, l. 689/1981).

Tutte le discipline, peraltro, contemplano una soluzione articolata che prevede la modulabilità di un periodo di durata base individuato da ciascuna autorità per l'ipotesi più semplice, rappresentata dallo svolgimento di una interlocuzione solamente documentale con un unico soggetto.

Dunque, tra l'effettivo momento di notifica dell'atto di contestazione e quello della decisione (e, poi, a quello della notifica al suo destinatario) possono passare un numero di giorni ben più ampio di quello indicato a causa della complessità oggettiva o soggettiva dell'istruttoria. Infatti, sia il numero di soggetti coinvolti nel medesimo procedimento sia il modo con cui quelli sviluppano le loro individuali attività difensive/partecipative ricade nella sua durata globale in quanto quelle due variabili – per conservare immutato il tempo a disposizione dell'amministrazione – comportano una dilatazione del termine finale od una serie articolata di ipotesi di sospensione del suo decorso.

È normale che il termine di conclusione non si computi partendo dal giorno della notifica dell'atto di contestazione ma dopo, dallo scadere di un periodo ragionevolmente lungo ad essa successivo. Decorso, peraltro, che è ulteriormente posticipato nell'ipotesi che la stessa condotta veda una pluralità di candidati responsabili perché, in questo caso, i trenta giorni si contano dall'ultima notifica¹³⁶.

Ancora, è normale che i vari regolamenti contemplino una sospen-

¹³⁶ Così, ad esempio, l'art. 4, comma 2, reg. sanz. Consob, prevede che il termine di conclusione del procedimento è di duecento giorni decorrenti dal trentesimo giorno successivo alla notifica della lettera di contestazione ed, in caso di medesimo procedimento avviato nei confronti di più interessati, il termine decorre dal trentesimo giorno successivo alla perfezione dell'ultima notificazione.

sione del decorso del termine nel periodo compreso tra la data fissata per l'audizione e quella a cui l'incombente è differito¹³⁷.

Ulteriormente, non si computa il periodo di trenta giorni concesso agli interessati per replicare agli approfondimenti istruttori che l'ufficio inquirente richieda all'unità operativa competente che ha concorso alla formazione dell'atto di contestazione¹³⁸.

Inoltre, il termine è sospeso normalmente nel periodo compreso tra la data di protocollazione della relazione finale dell'ufficio inquirente e la scadenza di quella di trenta giorni decorrente dalla notifica della stessa all'interessato, per consentirgli una replica. Periodo, si sottolinea, che in ipotesi di pluralità di candidati responsabili si allunga perché bisogna avere riguardo al decorso del termine per l'ultimo dei soggetti che ha ricevuto la proposta di sanzione¹³⁹.

Infine, anche gli approfondimenti istruttori e le integrazioni illustrative che l'organo investito del potere decisionale ritenga utili, provocano una sospensione del termine di conclusione del procedimento¹⁴⁰.

Le indicate soluzioni regolamentari pongono alcune questioni quali: la compatibilità di un termine mobile, la legittimità della fissazione di un termine lungo e le conseguenze nell'ipotesi di suo sfondamento¹⁴¹.

Anticipando le conclusioni sembra potersi affermare che la funzione di garanzia del termine di conclusione del procedimento punitivo escluda la legittimità dell'opzione per un termine «scorrevole» che priva l'incolpato della certezza del momento in cui cesserà la sua situazione di soggezione.

La medesima funzione impone, poi, di contenere la discrezionalità normativa dell'autorità obbligandola ad orientarsi per la fissazione di termini ragionevolmente brevi. Infine, sembra necessario riconoscere al ter-

¹³⁷ A titolo esemplificativo si veda l'art. 5, comma 4, reg. sanz. Consob, che prevede l'effetto sospensivo del periodo compreso tra la data originariamente fissata per l'audizione e quella effettiva, in caso di mancata audizione, per un periodo massimo di trenta giorni.

¹³⁸ Continuando con la disciplina Consob, si veda sul punto l'effetto sospensivo previsto per tale eventualità dall'art. 6, comma 3, reg. sanz.

¹³⁹ In tal senso si veda l'art. 8, comma 3, reg. sanz. Consob.

¹⁴⁰ Sempre avendo riguardo al reg. sanz. Consob, si veda l'art. 8, comma 7, secondo cui se la Commissione richiede all'ufficio sanzioni una relazione integrativa questo vi provvede nei quarantacinque giorni dalla richiesta ed il termine di conclusione è sospeso dalla data della richiesta a quello della sua evasione maggiorato di ulteriori venti giorni dati al soggetto passivo per far prevenire controdeduzioni scritte alla Commissione.

¹⁴¹ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 366.

mine di conclusione del procedimento natura decadenziale e, dunque, legare al suo superamento l'estinzione del potere punitivo. A prescindere dalla questione della congruità sembra doveroso derivare la decadenza dell'amministrazione dal fatto che, con la scelta dei tempi dalla stessa compiuta, la medesima si è assoggettata ad un autovincolo che si sostanzia in un obbligo verso il soggetto passivo a non protrarre oltre un certo periodo lo stato di incertezza cui il secondo è esposto. Peraltro, poiché l'incertezza termina non con l'adozione del provvedimento ma con la notificazione dello stesso all'interessato, si dovrà intendere che nell'arco temporale indicato debba essere eseguita ritualmente la comunicazione al destinatario¹⁴².

La preferenza per la natura decadenziale del termine, peraltro, si impone – indipendentemente da ogni altra considerazione – in quanto l'estinzione del potere punitivo sembra essere l'unica «sanzione» in grado di «compensare» l'inadempimento della P.A. a quell'obbligo di tempestività di fonte legale che in generale circostanza e circoscrive il potere amministrativo ed, in specie, quello di provvedere (art. 2, l. 241/1990). Solo la decadenza dell'amministrazione pare, in altre parole essere lo strumento idoneo ad ovviare il protrarsi dello stato di incertezza – che è inadempimento non eliminabile con altre forme di recupero della condotta illecita della P.A., quali il risarcimento del danno o la richiesta al giudice di un provvedimento sostitutivo dell'atto (art. 2, comma 7, e art. 2-bis, l. 241/1990). Se è vero che il ritardo da sempre luogo ad un illecito della P.A., indipendentemente dalla natura pretensiva od oppositiva dell'interesse del privato (art. 2-bis l. 241/1990), sembra coerente sostenere che non vi sia spazio per distinguere tra situazioni e, dunque, a prescindere dalla eventuale fondatezza della contestazione, si debba affermare l'unica soluzione che può restituire certezza.

Come si ammette in dottrina, la natura decadenziale del termine ben può ricavarsi, in via interpretativa, nel silenzio della legge, avendo riguardo al tipo di disposizioni oggetto d'esame ed alla posizione del privato¹⁴³. Dunque, in ipotesi di norme che producono un effetto restrittivo della situazione giuridica dell'interessato, anche in assenza di una

¹⁴² Come ad esempio, conferma l'art. 28, comma 4, reg. sanz. Ivass, che fa coincidere la conclusione con la trasmissione all'interessato della decisione.

¹⁴³ M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 251, ricorda come, a fronte di fattispecie di poteri che incidono negativamente sui diritti di soggetti passivi, la natura perentoria del termine possa ricavarsi in via interpretativa.

disposizione espressa, può concludersi per l'effetto estintivo del potere poiché la sua conservazione – come nel caso del silenzio inadempimento – non si giustifica nella prospettiva di una pur tardiva soddisfazione dell'istante.

Tanto rilevato si deve, però, segnalare che anche sulla natura del termine finale si registra un contrasto da un lato tra il giudice civile e dall'altro tra quello amministrativo e dottrina. Per il primo la sua l'indicazione, anche se proveniente dall'autorità procedente, sarebbe del tutto irrilevante, per avere la sua previsione una valenza formale meramente orientativa, ordinatoria¹⁴⁴. Inoltre, l'inosservanza del termine di conclusione non potrebbe rendere illegittima la sanzione perché sarebbe un vizio che riguarderebbe un provvedimento a contenuto vincolato inidoneo ad incidere negativamente o compromettere il diritto di difesa¹⁴⁵. Infine, per la Corte regolatrice i regolamenti delle P.A. non potrebbero introdurre autovincoli alla loro azione tesa a contenere i tempi dell'esercizio delle prerogative punitive e, quindi, ogni disposizione subprimaria dovrebbe essere disapplicata in quanto non abilitata a «modificare le disposizioni sul procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative dettate dalla l. 689/1981»¹⁴⁶.

Il silenzio della legge sulla depenalizzazione si rivelerebbe significativo; poiché la disciplina generale ha previsto solo un termine per la contestazione degli addebiti necessariamente dovrebbe risultare precluso ogni spazio per disposizioni integrative, richiedendosi, se ben si intende, un'attribuzione di potestà regolamentare espressa¹⁴⁷. E da qui l'ulteriore conclusione che il termine per l'esercizio del potere punitivo dovrebbe ricavarsi dall'indicazione dell'art. 28 l. 689/1981 e, dunque, coincidere con quello quinquennale di prescrizione del credito sanzionatorio¹⁴⁸.

Come anticipato, antitetica è la conclusione del giudice amministrativo che reputa che il silenzio della l. 689/1981 non possa costituire un ostacolo al riconoscimento della natura decadenziale del termine di conclusione del procedimento – per la natura di fonte d'un autovincolo dello

¹⁴⁴ Per un'indicazione di alcune significative sentenze della Corte regolatrice, si veda E. DESANA, *Procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia: l'insostenibile leggerezza dei termini*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2440.

¹⁴⁵ Così, Cass., 3 gennaio 2019, n. 4, par. 3.1 di motivazione, in *De Jure*.

¹⁴⁶ Così, Cass., 18 aprile 2018, n. 9517, in *De Jure*.

¹⁴⁷ Cass., 4 marzo 2015, n. 4363, par. 6, in *De Jure*.

¹⁴⁸ Per Cass., n. 9517/2018, *cit.*, «l'unico termine procedurale insuperabile è quello di prescrizione quinquennale della l. 689 del 1981 ex art. 28» della stessa.

stesso – il cui rispetto costituisce condizione di legittimità del provvedimento punitivo¹⁴⁹.

Nel ricordare la funzione garantistica del termine di conclusione del procedimento nonché il suo essere espressione del principio di efficienza

¹⁴⁹ Così Cons. St., sez. V, 3 maggio 2019, n. 2874, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che con riguardo ad una sanzione comminata da Anac ne ha affermato l'illegittimità per superamento del termine regolamentare di conclusione del procedimento. Per il giudice della nomofilachia amministrativa: «in considerazione, appunto, della peculiarità del procedimento sanzionatorio, nel condividere i principi espressi da diversi precedenti (Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2013, n. 542, seguita da Cons. Stato, VI, 6 agosto 2013, n. 4113, entrambe in tema di procedimento sanzionatorio di competenza della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 del d.lg. 1 settembre 1993, n. 385, nonché Cons. St., VI, ord. 19 febbraio 2016, n. 544, in riferimento all'art. 8 d.lgs. n. 163 del 2006 e al Regolamento sanzioni Anac), le citate sentenze n. 4657 e n. 5695 del 2018 hanno precisato che, pur non richiedendosi un'espressa previsione della perentorietà del termine per provvedere, è tuttavia necessario rinvenire nell'impianto normativo che regola lo specifico procedimento sanzionatorio una norma di legge che, imponendo la previsione di termini per l'avvio e la conduzione del procedimento, nonché per la sua conclusione, in deroga alle previsioni generali della legge n. 689 del 1981, ne consenta anche la qualificazione come termini perentori.

Nel caso di specie, la norma di riferimento di rango primario è stata individuata nell'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui: «Il regolamento dell'Autorità disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti». È da segnalare come in uno dei precedenti richiamati lo stesso magistrato aveva affermato la natura perentoria del termine di durata del procedimento sanzionatorio di Banca d'Italia, rilevando che «2.2. (...) è proprio la natura del provvedimento sanzionatorio a suggerire la soluzione nel senso della necessaria perentorietà del termine per provvedere, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente come è noto protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.). Non par dubbio, infatti, che consentire l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizione (cinque anni, in base all'art. 28 della legge 689/81), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per l'adozione dell'atto, equivarrebbe ad esporre l'incolpato ad un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa.

2.3 Va d'altra parte tenuta ben distinta la disciplina generale del procedimento amministrativo (nell'ambito della quale alla violazione del termine procedimentale ordinariamente fissato all'Amministrazione non consegue l'invalidità dell'atto tardivamente adottato) rispetto alla disciplina, per questa parte a carattere speciale, del procedimento irrogativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, il cui paradigma normativo è ancora individuabile nella legge n. 689 del 1981».

dell'azione amministrativa, sembra doversi escludere la fondatezza della ricostruzione della Corte regolatrice¹⁵⁰ che presta il fianco ad alcuni rilievi critici di carattere generale¹⁵¹.

Sembra in primo luogo da escludere che la l. 689/1981 contenga una disciplina caratterizzata da una «super specialità» per cui le autorità di vigilanza potrebbero fissare il termine di conclusione dei loro procedimenti solo in caso di conferimento espresso d'uno specifico potere normativo – come nel caso di Ivass (art. 9, comma 2, cod. ass.) o di Anac (art. 8, comma 4, d.lg. 12 aprile 2006, n. 63). La tendenza generale dell'ordinamento, non solo domestico, è quella di attribuire un potere a tutte le amministrazioni – comprese le autorità di vigilanza (art. 2, comma

¹⁵⁰ Per una condivisibile critica, per tutti, si rinvia a S. CIMINI, *op. cit.*, p. 367 ss.

¹⁵¹ E ciò a prescindere dal fatto che l'attuale orientamento è il risultato di una immeditata generalizzazione di una massima della Corte regolatrice – Cass., Sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591, in *De Jure* – con cui il giudice reagiva all'affermazione dell'applicabilità dei termini brevi di conclusione del procedimento previsti dall'art. 2 l. 241/1990, per l'ipotesi in cui leggi o regolamenti non avessero previsto un più ampio termine; dunque, in una prospettiva di salvezza dei risultati dell'attività punitiva, mirava ad evitare che l'azione amministrativa venisse compresa da termini troppo brevi che – con buona pace della valutazione legislativa – il giudice riteneva incongrui e, dunque, incompatibili con una non dichiarata pretesa alla effettività dell'azione punitiva. Per un'analisi critica si veda, F. SCALIA, *Termine e procedimento amministrativo sanzionatorio*, 2007, in *www.giustamm.it*. Dunque, il precedente riguardava un caso diverso da quelli di interesse ove ci si trova innanzi alla fissazione d'un termine regolamentare da parte della stessa autorità precedente. Ipotesi, si sottolinea, che aveva condotto la stessa Corte regolatrice, occupandosi di sanzioni Consob – Cass., 9 marzo 2005, n. 5099, in *De Jure*, ad una soluzione opposta e sintonica con quella del giudice amministrativo. Ricordato l'obiettivo valore del decorso del tempo, rileva come dal sistema normativo si tragga che il decorso di questo è condizione di legittimità dell'atto di esercizio del potere tanto più quando il termine – adeguato – è fissato dalla stessa P.A. precedente e che, implicitamente, il suo superamento nella singola occasione costituisce una violazione di legge (par. 2.3 di motivazione). Dunque, una volta che la Consob ha fissato i termini li deve necessariamente rispettare. La fissazione dei termini di conclusione – in generale indicata dalla l. 241/1990 – prosegue la Corte – così come la valorizzazione della celerità dell'azione della P.A. (par. 2.7) costituisce fattore che realizza quel bisogno di «certezza del diritto e di tutela della dignità della persona» e che «impongono un dovere di diligente celerità nell'espletamento delle procedure specialmente di quelle nelle quali la pubblica amministrazione eserciti un potere punitivo». Il superamento del termine comporta, quindi, la decadenza dal potere punitivo e l'annullabilità del provvedimento quanto meno per una logica di coerenza e di buon senso, perché «non ha senso imporre ad una amministrazione pubblica di stabilire dei limiti cronologici alla propria azione, se poi la violazione degli stessi è priva di conseguenze»

5, l. 241/1990)¹⁵² – di fissare termini ragionevolmente contenuti di durata dei loro procedimenti, cui corrisponde un'attribuzione generale parimenti ampia alla definizione della loro consistenza e sviluppo (art. 3, comma 2, Tuf).

L'affermazione giurisprudenziale, in secondo luogo, non tiene conto della diversità della funzione del termine di prescrizione rispetto a quello di conclusione del procedimento che è tale da impedire operazioni estensive od analogiche. L'uno, infatti, ha la funzione di garantire la certezza in merito a situazioni giuridiche non esercitate l'altro a dare certezza del tempo dell'agire della pubblica amministrazione¹⁵³. Dunque, al più, il primo termine, che decorre dall'accadimento del fatto, vale a limitare la possibilità della P.A. di dare luogo ad un accertamento suscettibile di contestazione perché allo spirare del periodo quinquennale l'ordinamento lega una valutazione di disinteresse amministrativo.

In terzo luogo, la tesi della Cassazione, invero, non considera la tendenza normativa, non solo domestica, a contenere i tempi di durata dei procedimenti entro spazi medio brevi e ciò tanto per ragioni di efficienza dell'azione pubblica che di certezza. Tanto si trae con evidenza a livello di normativa UE dal Reg. 2532/1998 del 23 novembre 1998, sul potere sanzionatorio della Banca Centrale Europea. Quest'ultimo, nel dettare le prescrizioni procedurali, dedica una specifica disposizione ai tempi dell'azione punitiva. Dopo aver indicato che il potere di contestazione si prescrive nell'anno dalla contestazione della sanzione, il regolamento continua disponendo che il «potere di prendere la decisione di irrogare sanzioni (...) si estingue allo scadere di un anno dalla data della decisione di avviare la procedura» (art. 4, par. 2), coincidente con il momento della notifica dell'atto d'avvio all'interessato. Dunque, a livello d'Unione il potere punitivo risulta condizionato non solo dal momento dell'avvio dell'attività propedeutica al suo esercizio ma anche dal rispetto del tempo entro cui va esercitato.

Il riconoscimento d'un potere di definizione dei termini del procedimento punitivo ed, in particolare, di quello finale, consente d'affron-

¹⁵² L'art. 2, comma 5, l. 241/1990, si ricorda, contiene una disposizione di carattere generale diretta alle amministrazioni indipendenti prevedendo che «fatto salvo quanto previsto dalle specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e vigilanza disciplinano in conformità ai loro regolamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza».

¹⁵³ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 369.

tare il problema della correttezza della scelta compiuta dall'autorità, poiché l'esercizio di quella prerogativa esclude l'applicabilità dei termini suppletivi dell'art. 2, l. 241/1990¹⁵⁴.

La potestà regolamentare, in quanto espressione di una prerogativa discrezionale della pubblica amministrazione, è pacificamente soggetta al controllo di legittimità e, quindi, censurabile per violazione di legge od eccesso di potere (art. 21-*octies* l. 241/1990). Di conseguenza, la previsione di un termine finale eccessivamente lungo – sproporzionato – espone al rischio d'annullamento. Come anticipato, la funzione di garanzia della previsione d'un termine finale esclude la ragionevolezza ed anche la proporzionalità di quelle scelte normative che prevedono termini medio lunghi «scorrevoli», termini, ad esempio, quali quelli dei regolamenti di Banca d'Italia e Consob che consentono di dilatare obliquamente la durata del procedimento tramite un disinvolto impiego dei casi di sospensione dei tempi, con conseguente frustrazione del bisogno di certezza e prevedibilità.

Bisogno di certezza e prevedibilità che viene irragionevolmente frustrato – per favorire la P.A. procedente – quando l'allungamento del periodo di tensione del candidato responsabile non è previsto per garantirgli l'esercizio di qualche complessa attività difensiva ma per consentire un disteso svolgimento di quella amministrativa. Verosimilmente illegittime, quindi, appaiono quelle prescrizioni che rinviando il decorso del termine alla data dell'ultima notifica in caso di pluralità d'indagati o che lo sospendono quando l'autorità ritiene utile compiere lo svolgimento di una riflessione integrativa.

Se si considerano le indicazioni dell'art. 2 e dell'art. 21-*novies*, comma 1, l. 241/1990 nonché di quelle sui procedimenti sanzionatori di Bce, sembra ragionevole affermare che il termine di durata possa essere compreso tra i dodici ed i diciotto mesi dalla data di avvio. Si individuano, così, dei termini sufficientemente ampi per consentire alla P.A. di organizzare carichi di lavoro e permettere all'incolpato di sviluppare adeguatamente la propria attività difensiva.

In conclusione, pare doversi intendere che quella pretesa a che sia garantito un compiuto esame della questione dalla P.A. debba avvenire in un tempo ragionevolmente predeterminato. Tempo, peraltro, che a sua volta per essere ragionevole e proporzionato dovrà temperare

¹⁵⁴ Per la cui applicabilità in caso di inerzia si esprime, condivisibilmente, S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 376 –377.

esigenze dell'amministrazione e dell'interessato. Se si scorrono i vari documenti normativi interni ed europei sembra plausibile ritenere che alla P.A. possa essere riservata l'articolazione dei tempi in ragione della complessità della questione pur sempre rimanendo nell'ambito di un caposaldo massimo predefinito.

9. *Contraddittorio nella fase istruttoria. L'accesso al fascicolo ed ai documenti amministrativi*

Alla notifica dell'atto di contestazione degli addebiti segue l'inizio della fase istruttoria nel corso della quale si concentra la più consistente attività difensiva del soggetto passivo; infatti, tutti i regolamenti delle autorità di vigilanza prevedono che nella fase decisoria sia solo riconosciuto, all'incolpato che ha attivamente partecipato a quella precedente, di presentare delle controdeduzioni alla relazione e proposta di delibera formulate dall'ufficio inquirente a conclusione dell'istruttoria (art. 1.5, nono periodo, reg. sanz. B.I.; art. 8, comma 2, reg. sanz. Consob; art. 27, comma 1, reg. sanz. Ivass)¹⁵⁵.

Diversamente da quanto è disposto nel regolamento di procedura di Agcm – come anticipato – le autorità prediligono un confronto sostanzialmente documentale confinando in un ambito Augusto l'audizione¹⁵⁶, resa un incidente di scarso impatto difensivo. Questa, infatti, al più può costituire occasione per un eventuale chiarimento per il responsabile relativamente alle ragioni esposte negli scritti difensivi e sui documenti prodotti. È, peraltro, prassi che il responsabile formuli delle domande in merito a quanto dichiarato in relazione all'atto di contestazione.

Per consentire un'adeguata partecipazione difensiva, nella prospettiva d'un effettivo contraddittorio, in questa fase viene riconosciuta all'incolpato la possibilità di accedere agli atti del procedimento. Tutti i regolamenti, infatti, in sintonia con la legge (art. 24, comma 1, l. 262/2005) e con i principi sovranazionali (art. 41, par. 2, lett. b, Carta UE e art. 6, par. 3, lett. b. Cedu) definiscono il modo di esercizio di quel diritto strumentale indicando le formalità della domanda, l'ufficio cui indiriz-

¹⁵⁵ È da segnalare, peraltro, come la possibilità dell'indagato di conoscere la relazione finale e controdedurvi – considerata necessaria per garantire un pieno ed effettivo contraddittorio – non è ancora prevista dalla disciplina regolamentare di Covip.

¹⁵⁶ Capitolo IV, par. 4.

zarla e nel contempo prevedono la sospensione del termine per il deposito delle controdeduzioni la cui completezza si reputa condizionata dall'esame del materiale a disposizione dell'autorità (cfr. art. 5, comma 4, reg. sanz. Consob).

Come è stato ricordato¹⁵⁷, se da un lato la previsione espressa del diritto strumentale ne rende indubbia la spettanza, dall'altro, ne è controversa l'ampiezza e la portata. Infatti, i regolamenti prevedono – in sintonia con la legge sulla trasparenza che richiamano (art. 22, l. 241/1990) ed in linea con le prescrizioni dell'Unione – che l'amministrazione proceda ad un contemperamento di interessi limitando l'ostensione a quanto necessario alla difesa, senza compromettere l'interesse di altri alla riservatezza di notizie dalla prima raccolte durante la fase pre-istruttoria. Dunque, tendenzialmente l'acquisizione è limitata a quanto impiegato dall'amministrazione per fondare l'addebito oggetto del procedimento, reputandosi che il diritto di difesa possa dirsi correttamente garantito dalla possibilità dell'inquisito di dire la «sua» sulle prove concretamente impiegate¹⁵⁸.

La ricostruzione riferita, se non ci si inganna, è viziata da una visione riduttiva dell'accesso come diritto strumentale ad una difesa assolutamente parziale in quanto vista come una sorta di diritto di replica all'argomento speso dalla P.A. che porta a ritenere che la garanzia valga solo per i documenti raccolti o prodotti ai fini dell'incolpazione escludendo, invece, che il diritto alla conoscenza si estenda ad elementi neutri od anche favorevoli all'indagato ma non inclusi nel fascicolo del procedimento. Di conseguenza, per lo più, si ritiene che il soggetto passivo sia sufficientemente tutelato dalla «sanzione» della inutilizzabilità ai fini probatori di quanto non «esteso»¹⁵⁹; di qui l'esclusione del diritto a conoscere quanto altro raccolto e conservato dall'amministrazione¹⁶⁰.

¹⁵⁷ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 352 ss.; W. TROISE MANGONI, *op. cit.*, p. 208 ss.

¹⁵⁸ Per un esame della giurisprudenza europea si veda, D. U. GALETTA, *op. loc. cit.*

¹⁵⁹ Tra le prime note pronunce in tema di inutilizzabilità di prove non precedentemente fornite all'impresa indagata per violazione delle regole europee della concorrenza, si veda Trib. I grado CE, 29 giugno 1995, C. 30-91, in *www.europa.eu*.

¹⁶⁰ App. Venezia, 22 marzo 2018 n. 26, in *www.consob.it*, per la quale «la mancata ostensione dell'intera massa di documenti esaminati dall'autorità di vigilanza nel corso dell'ispezione è dovuta alla irrilevanza di quelli che non hanno formato oggetto d'esame da parte della Divisione Intermediari allorché sono stati formulati gli addebiti: nella documentazione posta a disposizione dell'U.S.A. non sono infatti confluiti tutti i documenti esaminati dall'autorità di vigilanza in sede ispettiva. Pacifica è la circostanza che quelli di cui indistintamente il ricorrente denuncia la mancata ostensione non costitui-

Diversamente dall'idea prevalente sembra ragionevole sostenere che dal diritto di accesso al fascicolo non si possa derivare l'esclusione dell'accesso a quanto altro la P.A. ha raccolto e conserva¹⁶¹, ma ha ritenuto di non impiegare.

Se si vuole, il principio della conoscenza degli atti istruttori, cui è strumentale il diritto di accesso, richiamato dall'art. 24 l. 262/2005, non è tale da comprimere in assoluto quel più ampio diritto d'accesso che può essere fatto valere a prescindere dal procedimento (*ex art. 22, comma 1, l. 241/1990*) per la cui legittimazione si richiede la sussistenza di un c.d. interesse differenziato e la strumentalità della conoscenza alla soddisfazione di una situazione giuridica tutelata¹⁶².

In altre parole, sembra verosimile ritenere che l'ordinamento riconosca una pretesa acquisitiva ben più estesa coerentemente con le indicazioni che si possono trarre dalla giurisprudenza Edu¹⁶³.

Il giudice di Strasburgo ha, infatti, affermato che la garanzia sostanziale dell'accesso deve riguardare ogni documento che la P.A. ha ottenuto in esito alla sua attività ispettiva anche se poi è stato ritenuto influente sia rispetto alla formulazione della contestazione che ai fini dell'applicazione della sanzione¹⁶⁴. Infatti, l'esame dell'intera documentazione raccolta dall'autorità ben potrebbe consentire al soggetto passivo

scono il corredo documentale posto a fondamento degli addebiti a lui mossi dalla Consob, così che neppure astrattamente la loro messa a disposizione pare funzionale a garantire all'opponente l'esercizio del diritto di difesa, posto che l'inculpazione si fonda su profili giuridico-fattuali indubbiamente portati a sua conoscenza. È, invero, proprio la irrilevanza (ai fini dell'inculpazione) della documentazione non allegata alla relazione ispettiva, in quanto estranea all'illecito amministrativo, a giustificare la mancata ostensione».

¹⁶¹ A titolo esemplificativo, si veda, l'art. 3.10.5 del *Manuale di gestione Consob* che prevede che la documentazione acquisita in sede ispettiva è sottoposta a scansionamento in conformità all'originale ed acquisita in un database.

¹⁶² In tal senso si veda Corte giust., 13 settembre 2018, C-594/16, par. 31 ss, in *www.echr.coe.int.*, ove viene rilevato come debba essere adottata un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di esclusione del diritto all'accesso ad informazioni relative ad atti sottoposti a procedure liquidatorie e come questo possa essere riconosciuto anche al fine di consentire la valutazione in merito alle condizioni per l'avvio del procedimento giurisdizionale volto alla tutela di situazioni giuridiche soggettive.

¹⁶³ Per l'affermazione del più ampio riconoscimento del diritto di accesso ai documenti acquisiti nell'esercizio di funzioni di vigilanza di Banca d'Italia, si veda Cons. St., 15 novembre 2018, n. 6444, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che sottolinea la distinzione tra accesso procedimentale ed amministrativo.

¹⁶⁴ Corte Edu, 15 gennaio 2009, C. 8927/02, Sharomov c. Russia, par. 47, *cit.*

il reperimento di argomenti difensivi o di elementi di prova utili a corroborare l'esistenza di fatti ostativi all'affermazione di qualunque sua responsabilità e ciò sembra tanto più vero se si considera che la P.A. si avvale di strumenti acquisitivi di cui non dispone il privato. Dunque, l'accesso a quanto l'amministrazione non ritiene utile – pur con tutte le cautele a tutela dei terzi – ben potrebbe contribuire a porre il privato nella condizione di meglio rappresentare la sua posizione rispetto al sospetto d'un illecito.

Ulteriormente, alla sua negazione – che è violazione del dovere della P.A. di garantire una agevolazione difensiva – dovrebbe essere riconosciuta una valenza invalidante del provvedimento punitivo a prescindere da qualunque considerazione della rilevanza probatoria favorevole del materiale non osteso.

10. *Continua. Contraddittorio nella fase istruttoria. Spazi per un effettivo riconoscimento delle prerogative difensive*

Tutti gli studi sui procedimenti sanzionatori¹⁶⁵, segnalata l'importanza del contraddittorio che si svolge nella fase istruttoria, si sono concentrati sulle modalità di confronto scritto e sulla necessità che quello possa svilupparsi anche rispetto al risultato finale di questa fase procedimentale costituita dalla relazione conclusiva e dalla proposta di provvedimento. Dunque, condivisibilmente, è stata salutata con favore la presa di posizione del Consiglio di Stato del 2015¹⁶⁶ che aveva riconosciuto che un confronto pieno tra privato e P.A., coerente con l'indicazione dell'art. 24, comma 1, l. 262/2005, imponesse ai regolamenti delle autorità di vigilanza di rendere partecipi gli incolpati della relazione dell'ufficio inquirente e della sua proposta di delibera, consentendo loro anche di controdedurvi.

Conseguentemente – con tempi diversi – tutte le amministrazioni – con esclusione di Covip – hanno introdotto una previsione relativa al c.d. contraddittorio rafforzato sulla proposta finale.

¹⁶⁵ M. CLARICH e L. ZANETTINI, *op. cit.*, p. 358 ss.; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 306 ss.; S. VITALE, *op. cit.*, p. 243 ss.

¹⁶⁶ Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, par. 26 ss. di motivazione, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Come segnalato¹⁶⁷, una perplessità ulteriore si può porre rispetto al modello che prevede un confronto documentale – sulla falsariga della l. 241/1990 – temperato dall'audizione, se si ha riguardo al ruolo ritagliato al responsabile del procedimento cui, in tesi, dovrebbe spettare una rilevante funzione dinamica inquisitoria (artt. 5 e 6, l. 241/1990). La sua figura, e se si vuole la modulazione dei suoi compiti e degli spazi valutativi che gli dovrebbero competere, è rimasta nell'ombra; probabilmente la sua marginalizzazione e compressione d'autonomia è passata inosservata poiché l'attenzione si è concentrata sul fatto che la l. 262/2005, rispetto alla l. 689/1981, anticipava il contraddittorio nella fase istruttoria non prevista dalla più antica¹⁶⁸ e, comunque, con una non inconsueta formula liquidatoria/disimpegnata, dichiarava applicabili in quanto compatibili «i principi sulle funzioni del responsabile del procedimento».

L'aulica dichiarazione secondo cui l'ufficio sanzioni – o per lui il responsabile del procedimento – è chiamato a garantire il diritto di difesa dell'incolpato, risulta contraddetta da una serie di prescrizioni che la limitano attraverso l'assegnazione formale di mansioni d'esame della documentazione e delle difese scritte del soggetto passivo e lo privano di un proprio potere d'indagine e verifica. Tanto si trae dalla parte iniziale della disposizione Consob rubricata «istruttoria del procedimento» di tenore corrispondente a quelle poste nei regolamenti di Banca d'Italia¹⁶⁹ ed Ivass¹⁷⁰.

Per il regolamento dell'autorità del mercato mobiliare «l'Ufficio Sanzioni Amministrative, ricevute le deduzioni e i documenti dei destinatari della lettera di contestazione degli addebiti e scaduto il termine per la loro presentazione, procede all'esame degli atti del procedimento sanzionatorio» (art. 6, comma 1, reg. sanz. Consob).

Significativo indice della «diminuzione» della sua autonomia e, dunque, del suo ruolo è che nessun cenno viene dedicato a quei poteri di verifica, inquisitori della sussistenza delle condizioni di applicazione della sanzione tramite il confronto con l'incolpato, cui si riferisce l'atto di contestazione degli addebiti.

Silenzio reso più eloquente dalla circostanza che eventuali approfondimenti non possono essere svolti dallo stesso che è obbligato, come si

¹⁶⁷ Capitolo IV, par. 4.

¹⁶⁸ Lo sottolinea S. VITALE, *op. cit.*, p. 251.

¹⁶⁹ Par. 1.5, terzo periodo, sez. II, reg. sanz. B.I.

¹⁷⁰ Art. 18, comma 1, lett. d ed e, reg. sanz. Ivass.

vedrà, ad affidarsi ad altra unità dell'amministrazione. Ragionevolmente la soluzione limitativa è il risultato d'una scelta comune alle autorità, tesa al depotenziamento della fase dell'istruttoria finalizzata a contenerne l'impatto anche se si tratta d'un'impostazione non necessitata dalla incompatibilità della disciplina punitiva delle autorità di vigilanza con il principio dell'autonomia operativa e valutativa del responsabile del procedimento. Al contrario, il fatto che l'atto di contestazione sia il risultato di un primo accertamento compiuto da un ufficio dell'amministrazione procedente, dovrebbe esaltare il ruolo del responsabile del procedimento; l'aspirazione al conseguimento d'una soluzione finale imparziale, in altri termini, sembrerebbe tale da indurre ad implementare gli strumenti offertigli per riscontrare, nel corso della sua istruttoria, sviluppando una dialettica effettiva e libera con il candidato responsabile, l'attendibilità delle prime valutazioni svolte dalla stessa P.A.; favorendo – in ragione della definizione della più equilibrata decisione – conformemente allo spirito dell'art. 97 Cost – un percorso in cui il contenuto dell'atto di contestazione costituisce idealmente la tesi; il risultato dell'istruttoria va a definire il nucleo dell'antitesi; la fase decisionale, riservata al vertice dell'autorità, ne rappresenta la sintesi¹⁷¹.

L'ottimizzazione del risultato – in termini di correttezza dalla composizione degli interessi – impone di riflettere sulla esattezza della semplificazione che è alla base della ricostruzione della relazione tra privato e responsabile come fase di un «contraddittorio verticale» quasi che vi fosse una contrapposizione assoluta tra parti, similmente a quanto accade nel processo in cui la pretese di un contendente collidano con quelle dell'altro, salvo poi ammettere che l'uno ha nel rapporto amministrativo una prevalenza sull'altro.

Credo, infatti, che quella contrapposizione che nei procedimenti punitivi è legata alle assolutamente contrarie posizioni delle parti – il pubblico ipotizza una punizione, il privato la contesta mirando alla conservazione – sia il risultato di una considerazione esclusiva dell'evento finale che però trascura le caratteristiche del percorso¹⁷² che si deve seguire per giungervi. E questo percorso – per le stesse caratteristiche del-

¹⁷¹ Così valorizzando i doveri del ruolo e le relative responsabilità che, per l'amministrazione – che si esprime attraverso il suo organo di vertice – gravano sul responsabile del procedimento nei confronti degli interessati al provvedimento, cfr. M. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 387.

¹⁷² Sul punto anche L. TORCHIA, *Garanzie partecipative*, cit., p. 2. ss.

l'amministrazione e della sua azione – impone dei temperamenti, dei momenti di riflessione, se si vuole anche a contenuto collaborativo, che necessariamente devono essere collocati nella fase istruttoria. Fase istruttoria che deve avere una sua dignità ed autonomia perché quella per non essere «mero rito» – un «incidente» per dare formale soddisfazione al principio di separazione – sembra dover essere concepita come momento di riscontro – in contraddittorio – delle conclusioni delle unità operative¹⁷³ – il cui risultato sarà trasmesso con la proposta al vertice dell'autorità che definirà l'atto finale tenendo conto anche dell'immanente politicità della scelta sanzionatoria; determinazione che, come ogni altro atto d'amministrazione attiva, si inserisce in un flusso regolatorio che caratterizza l'azione di ciascuna specifica autorità in un dato momento storico e che, a sua volta, può esprimere una linea di intervento definita a livello europeo dalle amministrazioni di settore (ABE, EIOPA, ESMA)¹⁷⁴.

Il contraddittorio del procedimento amministrativo certamente diverso dal processo – anche perché destinato a svilupparsi in momenti differenti che tengono conto della tendenziale diversità di posizioni di partenza e di quella potenziale di arrivo – non è solo importante perché la correttezza (equità) procedurale è presupposto e metodo per il raggiungimento della legalità sostanziale come sembra anche suggerire l'antecedente – l'elemento ispiratore dell'art. 41 Carta Ue – che è da individuarsi nell'art. 6, par. 1, Cedu¹⁷⁵. Al contrario è anche fondamentale per il modo con cui si sviluppa e prevede la separazione della fase istruttoria da quella decisoria. Ed è proprio nel corso della fase istruttoria che emerge la differenza tra contraddittorio processuale – tra parti in posizione di collisione frontale – e contraddittorio procedimentale in cui si realizza una collisione temperata per l'affidamento al responsabile del procedimento d'un compito che non è di contrapposizione di principio al candidato responsabile ma di verifica delle condizioni per l'esercizio del potere punitivo. Dunque, in coerenza con il suo ruolo, anche se i regolamenti delle autorità di vigilanza non fanno ampio riferimento ai compiti del responsabile del procedimento, gli si deve riconoscere un ampio spazio. In specie, è da ritenere che quello sia tenuto ad operarsi per dar seguito – nel limite del ragionevole – alla verifica incrociata della correttezza delle eventuali operazioni ma-

¹⁷³ Cfr. L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁴ Capitolo I, par. 4.

¹⁷⁵ D. U. GALETTA, *op. loc. cit.*

teriali o tecniche che sono state compiute in sede preistruttoria e in sintonia con il diritto interno e con il riconoscimento di una valenza costituzionale al diritto di partecipazione, per la sua inclusione tra i livelli essenziali delle prestazioni (*ex art. 29, l. 241/1990*), dell'art. 117, comma 2, lett. m, Cost.¹⁷⁶.

Quella verifica incrociata, infatti, può dirsi manifestazione di quell'imparzialità dell'azione amministrativa che trova la sua base, rispettivamente, nell'art. 97 Cost., e nell'art. 41 Carta UE ed è coerente con il principio di derivazione convenzionale, estensibile ai procedimenti punitivi, secondo cui ogni incolpato ha il diritto di esaminare o far riesaminare gli elementi impiegati per fondare l'addebito di responsabilità nei suoi confronti, qualunque essi siano (art. 6, par. 2, lett. d, Cedu). Si ricorda, infatti, come il giudice di Strasburgo abbia inteso la prerogativa testualmente prevista dell'esame del testimone come possibilità di verifica di ogni elemento impiegato dall'accusa, attribuendo all'indicazione, ancora una volta, un significato che trascende l'indicazione letterale¹⁷⁷ giungendo a ricomprendervi anche le dichiarazioni di tecnici o periti¹⁷⁸ o le prove documentali¹⁷⁹.

Se si condivide la centralità del ruolo del responsabile del procedimento ricavabile anche da una adeguata considerazione dell'indicazione sostanziale dell'art. 24, comma 1, l. 262/2005¹⁸⁰, ragionevolmente si può dubitare della legittimità di quelle numerose disposizioni dei regolamenti delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari che, in modo non velato, privano di «mordente» la sua azione, sfrondandone le prerogative con indicazioni espresse che paiono incanalare in modo limitativo i potenziali approfondimenti istruttori, seguendo uno spirito antitetico a quello che portò alla stagione delle riforme inaugurate con la l. 241/1990.

Un primo ordine di perplessità sollevano quelle prescrizioni che prevedono che ogni eventuale dubbio debba essere superato con l'apporto esclusivo della divisione che ha curato la formulazione dell'atto di con-

¹⁷⁶ Cfr. L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 6; S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 322-323.

¹⁷⁷ Cfr. Corte Edu, 1 novembre 2001, n. 34209/96, SN c. Svezia, par. 45, in *www.echr.coe.int*.

¹⁷⁸ Corte Edu, 26 marzo 1996, n. 20524/92, par. 81- 82, Doorson c. Olanda, in *www.echr.coe.int*.

¹⁷⁹ Corte Edu, 11 dicembre 2008, n. 6293/04, par. 158-159, Mirilashvili c. Russia, in *www.echr.coe.int*.

¹⁸⁰ In particolare di quelle sulla distinzione di funzioni.

testazione degli addebiti, con buona pace di ogni principio di imparzialità che, credo, appunto implichi che la valutazione istruttoria si svolga unicamente tramite il confronto tra l'incolpato ed un soggetto, qual è il responsabile del procedimento, posto in una posizione di autonomia critica che, a sua volta, presuppone autonomia delle scelte dei mezzi di verifica ed approfondimento. Pertanto, meritevole di riconsiderazione dovrebbe essere, ad esempio, quella disposizione di Consob, dedicata all'istruttoria procedimentale, secondo cui l'ufficio sanzioni, in caso di necessità di chiarimenti, «può chiedere alla Divisione che ha formulato le contestazioni, nonché ad ogni altra unità organizzativa il cui supporto sia ritenuto utile, una relazione tecnica sulle difese svolte dai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti e su ogni altro aspetto meritevole di approfondimento» (art. 6, comma 2, reg. sanz. Consob)¹⁸¹.

Quell'indicazione, se non ci si inganna, rende il confronto istruttorio limitato in più prospettive. Quello, risulta, in principio, incentrato sull'eventuale «attendibilità esterna» della prova ritenuta rilevante dall'unità che ha effettuato l'accertamento; attiene alla forza persuasiva delle prove ma non comprende l'indagine sulla loro formazione poiché se ne ammette una sorta di esame critico «estrinseco»; è condotto, sostanzialmente, da quella parte dell'amministrazione che si è persuasa della colpevolezza, generando una sorta di «inquinamento» che non può ritenersi neppure attenuato dalla circostanza che le ulteriori considerazioni dell'unità operativa che ha condotto l'accertamento, siano trasmesse per la replica alla parte privata (art. 6 comma 2, reg. sanz. Consob).

Una limitata valenza difensiva ha poi, come anticipato, l'eventuale au-

¹⁸¹ Il regolamento Ivass, invece, prevede, in via sistematica, la trasmissione all'ufficio sanzioni od al collegio di garanzia, per i procedimenti sugli intermediari di competenza di quest'ultimo, d'una relazione tecnica articolata destinata a risolvere gli eventuali dubbi emersi in sede istruttoria. Infatti, la relazione tecnica (*ex art. 18, comma 2, reg. sanz. Ivass*) deve, tra l'altro: riportare «2.1 (...) le valutazioni del Servizio in merito alle singole controdeduzioni difensive, anche contenute nel verbale di audizione ove presente»; illustrare «2.2. (...) gli ulteriori elementi informativi di cui il Servizio medesimo dispone ai fini della complessiva valutazione delle fattispecie contestate, ivi inclusa l'eventuale cessazione della violazione»; descrivere se «2.3. (...) indica altresì gli elementi utili ai fini dell'eventuale applicazione della sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione temporanea prevista dagli articoli 311-*sexies*, comma 3, e 324-*septies*, comma 3 del Codice e dall'articolo 62, comma 3, del d.lgs. 231/2007». Dunque, la determinazione dell'Ufficio istruttore – anche ai fini della formulazione della proposta di provvedimento da indirizzare all'organo decidente – risulta fortemente condizionata dalle indicazioni delle unità operative che hanno condotto la preistruttoria.

dizione del soggetto passivo che rispetto al modello dell'art. 689/1981 non è collocata nella fase decisionale, risultando anticipata.

L'esame della prassi delle autorità di vigilanza evidenzia come quell'incontro tra incolpato e responsabile del procedimento, sia nulla più che un'occasione per fornire ulteriori elementi informativi alla P.A. tramite un'esposizione diretta e personale delle vicende che interessano il procedimento, utile nella prospettiva della decisione finale, tendenzialmente orientata dall'impostazione che è alla base dell'atto di contestazione degli addebiti¹⁸². Si tratta di un sostanziale monologo – al più utile per far conoscere la persona dell'indagato – ma che nulla aggiunge all'apparato difensivo che rimane concentrato negli scritti con buona pace delle aspettative che potrebbe suscitare questo momento se fosse inteso come spunto per una revisione critica di quanto acquisito nel corso del procedimento e riflessione su ulteriori approfondimenti istruttori.

Nella sostanza l'audizione è considerata un elemento accessorio, assolutamente marginale, in sintonia con quella risalente e consolidata impostazione riduttiva del giudice ordinario che la reputa facoltà che, anche quando espressamente prevista e richiesta, può essere conculcata senza nessuna conseguenza sulla validità del provvedimento sfavorevole finale¹⁸³.

A fronte di tanto, peraltro, per quanto possa certamente essere utile la possibilità che il procedimento sanzionatorio consenta di far parlare per ultimo l'indagato innanzi all'organo decidente, non mi pare che tale privazione sia così grave¹⁸⁴ perché la grave iniquità di fondo di pressoché tutti i regolamenti sanzioni delle autorità di vigilanza è che non consentano un'interlocuzione critica sulle prove formate nella fase prei-

¹⁸² Tant'è che l'art. 15, comma 5, reg. Ivass 39/2018, prevede che, ove ritenuto necessario dal responsabile del procedimento, alla stessa partecipi anche un rappresentante del servizio che ha curato l'accertamento e la contestazione degli addebiti.

¹⁸³ G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 232; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 330. Il principio della compensabilità processuale delle carenze istruttorie, infatti, ha portato la nostra giurisprudenza ad assumere una posizione antitetica rispetto al giudice dell'Unione. La Corte di giustizia, infatti, costantemente reputa che l'omissione d'un'audizione di una parte interessata prevista dalla disciplina procedimentale costituisca errore di diritto, di per sé, in linea di principio, rilevante ai fini dell'annullamento del procedimento. In tal senso, di recente, si veda Corte giust., 4 aprile 2019, C-558/17; Corte giust., 25 giugno 2020, C-15/18, par. 115, in *www.europa.eu*.

¹⁸⁴ Per la vigorosa riaffermazione della necessità del riconoscimento all'indagato di parlare per ultimo innanzi all'organo decidente, si veda, da ultimo, S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 329-330.

strutturata. Possibilità, peraltro, che forse sarebbe percorribile, coniugando esigenze di economicità dell'azione amministrativa con quelle di imparzialità ed equità dell'esame della posizione del soggetto passivo come evidenzia un *unicum* del panorama regolamentare UE.

Perplessità ancor maggiori sollevano quelle disposizioni omologhe dei regolamenti di Banca d'Italia ed Ivass che prevedono una sostanziale privatizzazione del potere valutativo del responsabile del procedimento per iniziativa di un soggetto appartenente alla struttura operativa. Nell'una e nell'altra disciplina subprimaria si dispone che, nei casi di particolare complessità, importanza, novità o di rilevanza sistemica delle questioni emerse, il responsabile del procedimento – su impulso del capo del dipartimento vigilanza bancaria e finanziaria (par. 1 – 5, ottavo periodo, II parte, reg. sanz. Banca d'Italia) o su indicazione del segretario generale (art. 18, comma 4-*bis*, reg. sanz. Ivass) – trasmetta gli atti del procedimento al comitato per l'esame delle irregolarità che effettuata la relativa analisi «formula un parere vincolante ai fini della successiva proposta» all'organo decidente.

Dunque, il servizio sanzioni, per scelta o su indicazione di un altro ufficio interno della P.A. di appartenenza, dismette il proprio ruolo per affidare ad altra struttura la definizione del nucleo della proposta di deliberazione.

11. *Un'ipotesi di recupero dell'effettività del contraddittorio. La disciplina della concorrenza europea ed il ruolo del consigliere-uditore*

Escluso che la rigidità del modello dell'istruttoria limitata sia conseguenza delle caratteristiche del procedimento punitivo finanziario, ci si può chiedere se quello sia il portato di traduzioni in pratica di indicazioni provenienti dalle autorità europee od a specifici criteri organizzativi di settore.

L'esame del formante europeo, però, offre elementi di segno contrario pur nella vigenza del principio dell'autonomia procedurale che, in linea di massima, lascia liberi gli Stati di organizzare il modo – e, dunque, anche i procedimenti – con cui realizzare gli obiettivi loro assegnati dal diritto dell'Unione¹⁸⁵. Infatti, soprattutto nell'ambito del diritto alla

¹⁸⁵ B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*², a cura di M. Chiti, 2018, p. 373.

concorrenza, si rinviene un complesso di elementi che tendono a garantire che nell'ambito dei relativi procedimenti amministrativi di accertamento si realizzi un confronto effettivo ed adeguato tra organi dell'Unione e soggetto passivo che ad essi si contrappone perché portatore d'un interesse oppositivo. Quel settore in cui s'è maturata la più significativa e risalente esperienza punitiva, a fronte della complessità dei profili del confronto, per renderlo quanto più imparziale sin dall'istruttoria, s'affida all'opera d'un ufficio che è riconducibile all'apparato burocratico dell'Unione ma che agisce in totale indipendenza e con autonomia di valutazione e giudizio rispetto a quella componente dell'amministrazione che è investita della ricerca di prove utili all'accertamento dell'illecito.

L'esperienza europea, dunque, sembra confermare la conciliabilità di spazi per un contraddittorio orizzontale – paritario – in seno alla fase istruttoria, con quelli del contraddittorio verticale, nella fase decisionale, destinata a sfociare in un atto amministrativo unilaterale qual è il provvedimento punitivo. Il diritto dell'Unione dimostra, quindi, l'erroneità di quelle manifestazioni di «scaltrezza motivazionale» impiegate per confermare le sanzioni comminate dall'autorità di vigilanza e rendere irrilevanti i vizi che colpiscono la disciplina regolamentare¹⁸⁶ o l'agito delle amministrazioni procedenti. È quasi intuitivo che non si possano giustificare violazioni del diritto di difesa – ritenute compensabili in sede di opposizione – perché il contraddittorio procedimentale avrebbe una connotazione collaborativa asimmetrica e non difensiva, che viceversa si realizzerebbe solo innanzi al giudice terzo.

Non è inutile ripetere che alla parte privata, nel corso dell'istruttoria, deve essere garantito un confronto pieno e paritario innanzi ad un ufficio imparziale, per porre i presupposti per una quanto più corretta ed equilibrata soluzione. Successivamente, in fase decisionale, riemerge e si giustifica un contraddittorio asimmetrico – a carattere difensivo limitato – perché l'organo dotato di poteri deliberativi – che rappresenta la

¹⁸⁶ Tra le tante si veda, Cass., 21 febbraio 2020, n. 4600, in *De Jure*, secondo cui nei procedimenti sanzionatori non è richiesto che il confronto tra privato e P.A. si sviluppi su ogni aspetto perché «le garanzie previste per il procedimento sanzionatorio (...) sono da condurre al livello proprio del contraddittorio procedimentale, solitamente di tipo verticale, che si svolge tra l'amministrazione e l'interessato su di un piano non di uguaglianza, ma in funzione collaborativa, partecipativa e non difensiva; e non invece al diverso livello del contraddittorio di matrice processuale, di tipo orizzontale, che riguarda due parti in posizione paritaria rispetto ad un decidente, terzo e imparziale».

P.A. precedente e, dunque, è parte sostanziale del rapporto amministrativo – valutati tutti gli elementi a sua disposizione¹⁸⁷ – determina il contenuto del provvedimento finale.

Come anticipato, un ragionevole equilibrio procedimentale si rinviene nell'ambito della disciplina della concorrenza, uno dei campi d'interesse fondamentale dell'Unione europea. L'equilibrio, o se si vuole, il temperamento tra esigenza di efficienza dell'azione amministrativa con quella della parimenti incompressibile tutela dei soggetti passivi delle iniziative «reattive», è stata perseguita, da un lato, conservando l'autonomia degli organi inquirenti e, dall'altro, inserendo nella dinamica procedimentale un soggetto appartenente all'amministrazione, ma terzo rispetto alla divisione che conduce l'istruttoria, con il compito di verificare il rispetto dei diritti di difesa in tutta la loro ampiezza. Verifica che viene sviluppata sia nella prospettiva informativa acquisitiva – per quanto riguarda il diritto d'accesso ai documenti amministrativi – sia in quella contenziosa di concreto confronto, presidiando in modo imparziale l'attività pubblica al fine di garantire la formulazione di decisioni che siano coerenti con le contestazioni originariamente mosse e, dunque, sia stato reso possibile un effettivo esercizio del diritto di difesa.

In particolare, con la decisione 2011/695/UE del 13 ottobre 2011 «relativa alla funzione ed al mandato del consigliere uditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza», la Commissione ha affidato a quest'ufficio, estraneo alla direzione della concorrenza, la funzione di garante della regolarità procedurale e sostanziale del confronto tra le parti¹⁸⁸.

Il Consigliere uditore, che gode di una posizione di indipendenza rispetto alla divisione competente allo svolgimento dell'istruttoria, e ha un «canale di comunicazione diretta» con il commissario per la concorrenza – formulando indicazioni procedurali ed assumendo decisioni sul punto (art. 3, 2011/695/UE) – ha il compito fondamentale di verificare, prima della decisione, il rispetto dell'esercizio effettivo del diritto di difesa (art. 9), all'esito dell'esercizio d'un'attività continuativa che si sviluppa lungo tutto il procedimento sostanziandosi in un potere di direzione dell'istruttoria che gli consente di dominare l'intera fase cui spetta, a seconda dei casi concreti, la «modulazione» delle modalità e dell'intensità dell'interlocuzione tra i partecipanti¹⁸⁹. Fermo, infatti, il diritto dei destina-

¹⁸⁷ Tra cui le controdeduzioni alla relazione conclusiva.

¹⁸⁸ Cfr. G. ROMAGNOLI, *I procedimenti di accertamento*, cit. pp. 111-113.

¹⁸⁹ Il consigliere-uditore, al termine dell'istruttoria, elabora una relazione intermedia,

tari della comunicazione degli addebiti ad essere sentiti, è il consigliere-uditore a decidere l'ammissione all'audizione di «altri terzi interessati» (art. 13, par. 1.2, reg. UE n. 773/2004)¹⁹⁰, così come se invitarvi altri che non ne abbiano fatto richiesta (art. 13, par. 1.2, reg. UE n. 773/2004).

Ancora, al consigliere-uditore compete il potere d'accordare ai «contendenti» la possibilità di «controinterrogare» e quello di ordinare preventivamente lo svolgimento dell'udienza (art. 10, par. 1.1, decisione 2011/695/UE). L'organo può, invero, «indirizzare» le parti a confrontarsi su aspetti ritenuti di particolare interesse, curando che comunque le modalità dell'audizione offrano a destinatari della comunicazione degli addebiti ed agli altri interessati «un'opportunità sufficiente per pronunciarsi sui risultati preliminari della Commissione» (art. 10, par. 4, decisione 2011/695/UE). A tal fine gli si attribuisce la possibilità di co-

destinata al commissario competente, relativa allo svolgimento delle audizioni ed in cui formula le sue conclusioni in merito all'esercizio effettivo dei diritti procedurali. In particolare, si precisa che le osservazioni devono riguardare le modalità di divulgazione dei documenti e l'accesso al fascicolo, la congruenza dei termini di risposta alla comunicazione degli addebiti, il rispetto del diritto di essere sentiti, il corretto svolgimento dell'audizione orale. Al consigliere-uditore, ancora, è attribuito il potere di formulare eventuali «osservazioni sul prosieguo e l'imparzialità del procedimento», provvedendo «affinché tutti gli elementi di fatto pertinenti, siano essi favorevoli o sfavorevoli agli interessati, in particolare gli elementi oggettivi relativi alla gravità dell'illecito, vengano presi in considerazione dalla Commissione». In specie, il consigliere-uditore, può segnalare la «necessità di ulteriori informazioni, il ritiro di determinati addebiti o obiezioni o la comunicazione di nuovi oppure proporre suggerimenti per ulteriori misure d'indagine a norma del capitolo V del regolamento (CE) 1/2003». È, poi, ancora da ricordare come il consigliere-uditore è competente anche rispetto alle iniziative assunte dagli uffici della Commissione prima dell'avvio dell'istruttoria formale, in quanto chiamato ad esprimersi pure su taluni aspetti dei procedimenti diretti all'acquisizione di fonti di prova (art. 4, par. 2, decisione 2011/695/UE). A lui le imprese od associazioni d'imprese possono domandare se un documento richiesto dalla Commissione e non trasmesso sia coperto da segreto professionale (lett. *a*), se il rifiuto di trasmissione di un documento sia legittimato da principio giurisprudenziale di non autoincriminazione (lett. *b*), se il termine assegnato dalla Commissione per una risposta è troppo breve (lett. *c*) od, in fine, se le stesse hanno diritto di conoscere «il loro stato procedurale» e sapere, quindi, se sono sottoposte ad indagine ed, in caso affermativo, conoscere l'oggetto e le finalità della medesima

¹⁹⁰ Il consigliere-uditore informa preventivamente le parti del procedimento dell'identità dei terzi interessati che intendono essere sentiti. È da rilevare come l'ammissione dei terzi si ponga quale risultato positivo di un procedimento diretto a verificare la sussistenza di un interesse concreto del richiedente rispetto al singolo accertamento in cui chiede d'intervenire (art. 3, par. 3, decisione 2011/695/UE).

municare preventivamente ai soggetti invitati un elenco delle questioni su cui desidera si pronuncino, eventualmente indicando «riunioni preparatorie con gli invitati ed, eventualmente, con i servizi della Commissione» e, se lo ritiene d'utilità, gli è data la possibilità di richiedere la comunicazione preventiva scritta del contenuto essenziale delle dichiarazioni che intendono rilasciare i soggetti interessati (art. 11, par. 1.3, decisione 2011/695/UE). Ove ne ravvisi l'opportunità, in fine, il consigliere-uditore può, nel corso dell'audizione, ammettere la produzione di nuovi documenti, così come disporre eccezionalmente che – se non si può esaurire la trattazione – sia possibile fornire risposte scritte, così come ammettere i partecipanti a presentare osservazioni scritte anche successivamente all'audizione orale (art. 12, par. 1.3, decisione 2011/695/UE).

Come si vede, risulta possibile conciliare l'ambizione all'efficienza, cui è attento il consigliere uditore (art. 3, par. 2, decisione 2011/695/UE)¹⁹¹ con quella del riconoscimento del diritto, del soggetto sottoposto a procedimento, ad un confronto pieno e non «discriminatorio». Di conseguenza – nella stessa logica – sembra più che plausibile rivalutare il ruolo e l'autonomia del responsabile del procedimento, rilevando l'essenzialità del suo contributo per la formazione d'una decisione che sia giusta per essersi formata sulla base di un esame imparziale delle circostanze concrete e, dunque, proporzionata in quanto espressione di una «ragionata» discrezionalità.

12. *La separazione tra funzione istruttoria e decisoria. Limite alla realizzazione della segregazione delle funzioni*

Ultimo principio sui procedimenti punitivi è quello della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie, espressamente sancito per le autorità di vigilanza economica – oltre che per Agcm – dalla legge sul risparmio (art. 24, comma 1, l. 262/2005).

Come è stato sottolineato dalla dottrina, il legislatore – influenzato

¹⁹¹ Infatti, la disposizione prevede che «Nell'esercizio delle sue funzioni, il consigliere-auditore tiene conto della necessità di applicare efficacemente le norme in materia di concorrenza in base alla vigente normativa dell'Unione ed ai principi sanciti dalla Corte di giustizia».

dalla giurisprudenza della Corte Edu¹⁹² – per accrescerne terzietà e imparzialità, ha introdotto l'obbligo organizzativo della distinzione, cioè tra chi verifica e chi determina la posizione finale della P.A.¹⁹³ onde prevenire il rischio di provvedimenti risultanti da ponderazioni poco accurate o conseguenti all'accettazione automatica delle prime valutazioni compiute da un ufficio della stessa P.A. procedente¹⁹⁴. Proprio per superare il dubbio risalente¹⁹⁵, relativo al possibile reciproco condizionamento od influenza che può derivare dalla vicinanza tra unità della stessa P.A., si vogliono rinforzate quelle prescrizioni organizzative relative alla distribuzione delle fasi del procedimento che già caratterizzano la struttura delle autorità indipendenti le cui discipline affidano ai loro organi di vertice l'adozione degli atti esterni espressione di attività di regolazione.

Dunque, i regolamenti sono chiamati dalla legge ad implementare l'assetto esistente rinforzandolo attraverso l'introduzione di misure che assicurino una tendenziale separazione o quanto meno limitino le potenziali forme di interferenza tra chi indaga e chi decide – se si vuole – necessariamente adeguandosi alla logica della convenzione secondo cui oltre ad essere indipendenti si deve apparire tali e, dunque, anche le regole procedurali possono condurre a quel risultato¹⁹⁶.

Pur nella consapevolezza che una distinzione intesa come separazione è impossibile perché l'amministrazione è parte del confronto procedimentale, il legislatore affida ai regolamenti un compito importante che per alcuni¹⁹⁷ è in parte realizzato tramite l'interposizione tra, l'unità operativa che svolge l'accertamento su cui è fondata la contestazione degli addebiti (che è sostanzialmente istruttoria) e l'organo decisorio, della figura del responsabile del procedimento, chiamato a svolgere un'attività pedepedeutica alla formazione del provvedimento.

¹⁹² R. VILLATA e F. GOISIS, *Procedimenti*, cit., p. 548; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 2925 ss. In tal senso, più recentemente, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 272.

¹⁹³ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 259 ss.

¹⁹⁴ E. BINDI e A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti a doppio binario al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2017, p. 87.

¹⁹⁵ A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 201.

¹⁹⁶ Tra le tante si veda, Corte Edu, 15 ottobre 2009, n. 17056, par. 99, Micallef c. Malta, in *www.echr.coe.int*.

¹⁹⁷ M. CLARICH e L. ZANETTINI, *op. cit.*, p. 369

Ragionevolmente, per quanto possa essere di difficile attuazione, il principio della distinzione può condurre al miglioramento delle regole che possono incidere sulla percezione dell'imparzialità amministrativa. Percezione che per alcuni non può dirsi soddisfatta dalla mera distinzione tra fasi – cioè tra segmenti dello stesso procedimento che già esisteva prima della l. 262/2005, quando l'istruttoria era affidata all'autorità e la decisione al ministero competente¹⁹⁸. Pare, nel contempo, certo che quella obiettiva difficoltà – quella irreplicabilità della terzietà del giudice che orienta l'interpretazione dell'art. 6 Cedu – non giustifichi letture che negano all'art. 24 l. 262/2005 qualunque valenza precettiva/conformativa sia dell'organizzazione che dell'attività amministrativa e, dunque, normalizzi la sua neutralizzazione¹⁹⁹. In altri termini, non sembra plausibile affermare che – nell'impossibilità di «costruire muraglie cinesi» tra le funzioni – ogni eventuale commistione – anche macroscopica – possa essere ricondotta alla categoria dei vizi formali – compensabili con il successivo processo di piena giurisdizione²⁰⁰ od addirittura che non si possano immaginare strumenti/integrativi correttivi dell'esistente, e concludere che non si può andare oltre²⁰¹.

¹⁹⁸ Cfr. M. CONDEMI, *op. cit.*, p. 145.

¹⁹⁹ Per una critica di tale impostazione, si veda, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 274 ss.

²⁰⁰ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 271; S. VITALE, *op. cit.*, p. 236 ss.

²⁰¹ In tal senso sembra orientarsi la parte della motivazione di Cass., 26 agosto 2019, n. 21700 (par. 14), in *De Jure*, che conferma il rigetto di un motivo d'opposizione incentrato sul difetto di separazione.

Per il giudice «(...) come correttamente affermato dai giudici del merito, il procedimento in esame prevedeva una sufficiente distinzione tra le funzioni istruttorie e quelle decisorie, essendo quest'ultima funzione affidata alla Commissione, organo di vertice chiamato a decidere rispetto all'istruttoria del procedimento necessariamente posta in essere dall'organo interno a tale funzione preposto.

Dunque, si rivela del tutto infondato l'assunto secondo il quale vi sarebbe stato un artificioso riparto di competenze fra strutture interne (Ufficio Divisione Mercati per la funzione istruttoria e Ufficio Sanzioni Amministrative per quella sanzionatoria), spettando la decisione finale alla Commissione, mentre la ripartizione dei compiti tra i diversi uffici interni alla Consob non ha alcun rilievo rispetto alla separazione tra le funzioni istruttorie e quelle decisorie.

Del pari è infondato il rilievo secondo il quale vi sarebbero state interferenze degli uffici istruttori (selezione di materiale istruttorio e predisposizione di bozze di Delib. attinenti anche al *quantum* della sanzione), trattandosi di un lavoro meramente preparatorio che non ha in alcun modo precluso la libera determinazione della decisione finale da parte della Commissione, assunta sulla base anche delle difese dell'incolpato, oltre che sugli atti e documenti oggetto dell'istruttoria procedimentale». Negli stessi ter-

In altri termini, pare sussistano margini di miglioramento anche se è indubbio che per la loro stessa natura le amministrazioni non possono garantire un livello di separazione tra funzioni comparabile con quello dei *tribunals* inglesi²⁰², organismi amministrativi con competenza sanzionatoria, cui potrebbe pensarsi.

Tanto premesso, certamente dovrebbero essere apportate correzioni ai vari regolamenti nella parte in cui prevedono forme di ingerenza anche limitata ai profili autorizzatori dei componenti dell'organo investito della facoltà decisoria nella fase acquisitiva della preistruttoria. Se ci si pone logica dell'apparenza²⁰³ potrebbe compromettere la percezione di imparzialità dell'azione decisionale di Consob il fatto che il suo presidente abbia controfirmato il provvedimento che ha autorizzato l'ispezione da cui sono stati tratti elementi dimostrativi della condotta illecita contestata; e ciò anche se alla controfirma possa attribuirsi una funzione di garanzia²⁰⁴. Ulteriormente, sarebbe più che opportuna l'eliminazione, dai regolamenti che la prevedono, della possibilità d'invito alla riunione – convocata per esaminare la proposta di sanzione – dei dirigenti che hanno svolto l'attività di vigilanza, per offrire chiarimenti²⁰⁵, con il contemporaneo inserimento di un divieto espresso.

Ancora, parrebbe necessario eliminare dai regolamenti sanzioni, l'eventualità di apporti in sede decisoria di natura tecnico – giuridica da parte degli uffici interni. Infatti, anche l'acquisizione, prima della decisione, di un parere del legale interno è atto dell'apparato amministrativo reso senza un contraddittorio sul suo contenuto che, comunque, compromette la percezione di imparzialità del decisore²⁰⁶.

mini si segnala, per quanto concerne la conferma di una sanzione comminata da Banca d'Italia, Cass., 17 febbraio 2020, n. 3845, in *De Jure*.

²⁰² Peraltro, interessati da un processo di giurisdizionalizzazione, come sottolinea M. D' ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*², 2019, p. 93 ss.

²⁰³ Cfr. G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 181.

²⁰⁴ Cfr. G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 230.

²⁰⁵ Si ricorda che la disciplina Consob prevede che alle riunioni del collegio di vertice dell'amministrazione partecipino, salvo diversa disposizione, il direttore generale ed il segretario generale dell'autorità. Oltre a questi è data la facoltà al presidente di invitare il responsabile della divisione competente per riferire sull'attività svolta (art. 10, commi 2 e 3, reg. org. Consob). In termini parzialmente analoghi si veda l'art. 14, comma 2, lett. b, del regolamento sul funzionamento di Covip. Sul punto si rinvia a G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., pp. 186 ss.

²⁰⁶ L'art. 28, comma 2, reg. sanz. Ivass, prevede, infatti, che il direttore integrato od i soggetti delegati «se ritenuto necessario, possano acquisire prima della decisione, per i

Quanto meno per garantire un'apparente indipendenza di valutazione si dovranno ergere «argini» normativi evitando che l'organo decisorio possa essere orientato dai suggerimenti anche informali degli appartenenti alle strutture operative, escludendo che alle riunioni dedicate all'adozione delle delibere finali sia possibile la presenza, anche su invito, del personale della P.A. procedente.

Probabilmente quegli interventi correttivi segnalati a titolo esemplificativo e quelli specifici che suggeriranno le peculiarità organizzative di ciascuna autorità non completano il quadro. Offriranno ragionevolmente un contributo alla percezione di un senso di imparzialità decisoria delle diverse autorità di settore ma non potranno mai ritenersi sufficienti se non accompagnati da una correzione dello stile con cui viene giustificata la decisione. Le amministrazioni di settore, in particolare, verosimilmente, dovranno abbandonare la prassi di motivare *per relationem* la loro delibera punitiva, rinviando integralmente alla proposta confezionata dall'ufficio sanzioni ed alla sua relazione illustrativa. A prescindere dai rilievi sulla legittimità di tale modello, si deve ricordare come quello sia stato indicato dalla Corte Edu come un fattore sintomatico di un difetto di imparzialità²⁰⁷. La motivazione *per relationem* è, invero, stata valutata negativamente in quanto mezzo che – occultando il processo decisionale dell'organo deliberante – può essere impiegato per dare un tacito e, dunque, non meditato assenso a quanto in precedenza compiuto dall'unità operativa che ha svolto l'istruttoria²⁰⁸.

13. *La separazione come momento di valorizzazione del ruolo dell'organo decidente ed impedimento all'impiego della motivazione per relationem*

Un principio di coerenza tra organizzazione e attività induce a rite-

casì di particolare complessità, il parere dell'ufficio consulenza legale», mentre tale integrazione è indicata come regola dalla normativa di Banca d'Italia (par. 1- 5, dodicesimo periodo, sez. II, reg. sanz.), prevedendosi che il direttorio «esamina le ulteriori osservazioni eventualmente presentate dagli interessati in merito alla proposta formulata dal servizio CRE e acquisito il parere dell'avvocato generale (...) adotta il provvedimento motivato».

²⁰⁷ Corte Edu, 4 marzo 2014, n. 18640/10, Grande Stevens e altri c. Italia (par. 5), *cit.*

²⁰⁸ Come ricordano, infatti, E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 88.

nere che quello della distinzione tra funzioni, caratteristica propria delle amministrazioni indipendenti, debba riflettersi sul provvedimento rendendolo percepibile che il singolo e concreto atto di esercizio del potere punitivo è frutto d'una scelta propria del vertice dell'amministrazione che si è determinato senza condizionamenti delle strutture burocratiche. In tal modo può essere, dunque, recuperata la valenza precettiva dell'art. 24, comma 1, l. 262/2005, specificatamente dedicato al modo di produzione degli atti ad incidenza individuale, e la diversità e peculiarità dell'azione di P.A., le cui scelte di amministrazione attiva sono qualificate dalle modalità di selezione dei componenti dei loro organi di vertice, scelti per la loro competenza ed indipendenza, poi soggetti a un regime particolare di incompatibilità, poi, chiamati ad operare secondo il regime di collegialità.

La centralità assoluta della posizione dell'organo di vertice dell'amministrazione – su cui grava la responsabilità del compimento di scelte indipendenti – e che ha il monopolio nell'adozione degli atti di amministrazione attiva²⁰⁹, non vale solo ad escludere che in fase decisionale si

²⁰⁹ Significativamente, l'art. 22, comma 3, dello statuto di Banca d'Italia dopo aver previsto che al «Al Direttorio spetta la competenza ad assumere i provvedimenti aventi rilevanza esterna relativi all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite dalla legge alla Banca o al Governatore per il perseguimento delle finalità istituzionali», limita, con il suo comma 5, il potere dello stesso organo di rilasciare deleghe al personale direttivo della banca. Infatti, queste possono essere rilasciate, ferma la fissazione di tempi e forma, unicamente «per l'adozione di provvedimenti che non richiedono valutazioni di carattere discrezionale, quali acclamamenti, accertamenti e altri che comportino mere ricognizioni di fatti, circostanze e requisiti». Negli stessi termini, per quanto concerne Ivass, si veda l'art. 13, comma 16, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, per cui «nell'ambito delle proprie competenze, il Consiglio può rilasciare deleghe anche a singoli consiglieri o al personale dell'Istituto con qualifica dirigenziale per l'adozione di provvedimenti che non richiedono valutazioni di carattere discrezionale, stabilendone oggetto e limiti, nel rispetto delle modalità previste dallo Statuto». Non credo, peraltro, che la prescrizione testualmente più ampia relativa alla delegabilità di atti del direttorio possa portare a conclusioni diverse. Infatti, per quanto il comma 19 preveda che «nell'ambito delle proprie competenze il Direttorio integrato può rilasciare deleghe al Presidente, a singoli consiglieri, a dipendenti dell'Istituto con qualifica dirigenziale o a Comitati, Commissioni o Collegi previsti dallo Statuto, stabilendone oggetto e limiti nel rispetto delle modalità previste dallo Statuto medesimo», si deve sempre ritenere valere il limite oggettivo dell'indelegabilità di scelte discrezionali. Infatti, sarebbe illogico ritenere indelegabili decisioni di carattere discrezionale di Banca d'Italia che costituiscono espressione, ad esempio, di vigilanza prudenziale ed invece ritenere delegabili mansioni di vigilanza di Ivass che implicano l'esercizio di un potere discrezionale, per l'individuazione del contenuto di provvedimenti espressione di vigilanza prudenziale su intermediari od imprese di as-

replichi quel vincolo posto dall'art. 6, comma 2, lett. e, l. 241/1990²¹⁰. Proprio perché non si deve soffrire di compressioni derivate dalla proposta in sede istruttoria, l'organo decisorio deve rappresentare in modo espresso le ragioni della sua decisione. All'inesistenza d'un obbligo di principio di «prendere per buona» la proposta degli uffici, si contrappone un dovere di svolgere un esame critico e puntuale della stessa. Dunque, sembra più che plausibile affermare che l'obbligo di motivazione esplicita o l'autosufficienza del provvedimento è una conseguenza del potere, della collocazione istituzionale e dell'organizzazione delle amministrazioni indipendenti.

La necessità di una motivazione espressa, peraltro, sembra potersi fondare non solo sulla posizione e caratteristiche delle autorità dei mercati finanziari ma anche su alcuni limiti alla capacità legittimante della legge sull'attività amministrativa che ammette le P.A. a giustificare le loro decisioni per mezzo del rinvio ad un atto esterno purché disponibile all'interessato (art. 3, comma 3, l. 241/1990).

Dunque, la motivazione per rinvio sembra esclusa tanto da ragioni «di sistema» quanto da indici di tipo normativo, sino ad ora trascurati dall'opinione prevalente in giurisprudenza²¹¹ e, con alcune eccezioni, accettati in dottrina²¹².

sicurazione o riassicurazione. Dal presupposto dell'indelegabilità di decisioni esterne di carattere discrezionale, ulteriormente, si può trarre l'indelegabilità, da parte del direttorio integrato, del potere di decidere procedimenti amministrativi ed, eventualmente irrogare sanzioni pecuniarie, reali, inibitorie. Di qui, la ragionevole illegittimità dell'art. 28 comma 2, reg. sanz. Ivass, nella parte in cui ammette che l'esito dei procedimenti punitivi possa essere definito con il provvedimento adottato anche dagli altri soggetti delegati dal direttorio e, dunque, della determinazione applicativa della sanzione.

²¹⁰ Secondo l'art. 6, comma 2, l. 241/1990 «l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale (...) non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale».

²¹¹ Tra le tante, per quanto concerne la vigilanza bancaria, si veda Cass., 3 gennaio 2019, n. 4, in *De Jure*, per la quale: «Nel procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative per la violazione delle norme del testo unico in materia bancaria e creditizia è applicabile l'art. 3 della l. n. 241 del 1990, sicché il decreto del Direttorio della Banca d'Italia che commina la sanzione può essere motivato «*per relationem*» mediante il rinvio all'atto che ne contiene la proposta, purché questo sia richiamato nel provvedimento con la precisa indicazione dei suoi estremi e sia reso disponibile agli interessati, secondo le modalità che disciplinano il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione. In particolare, il suddetto Direttorio, ove condivida tale proposta, non è tenuto a ribadire le argomentazioni».

²¹² Per una critica alla tendenza della giurisprudenza all'alleggerimento dell'obbligo

La più antica disciplina delle sanzioni amministrative ne prevedeva l'applicazione con ordinanza motivata (art. 18, l. 689/1981) senza esprimersi in merito a rinvii esterni.

Diversamente la legge sulla trasparenza – recependo una giurisprudenza risalente²¹³ – ne ha riconosciuto l'impiego a condizione che questo non compromettesse la comprensione delle ragioni sui cui è fondata la decisione (art. 3, comma 3, l. 241/1990).

Nel vigore dei due documenti normativi interviene la legge sul risparmio che per i provvedimenti contenziosi e sanzionatori pone un'autonoma disciplina prescrivendo che quelli devono essere motivati e la motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria (art. 24, comma 2, l. 262/2005).

Se si vuol, quindi, attribuire un senso – o valore normativo – alla disposizione specifica – che si contrappone a quella a più ampio spettro della l. 241/1990 – si deve concludere quindi per la necessità della motivazione espressa ed il divieto di quella *per relationem* che può rendere meno immediata la manifestazione del potere valutativo e volitivo dell'amministrazione²¹⁴.

D'altronde è solo una giustificazione dell'atto interna, sviluppata dall'autorità avendo riguardo anche alle controdeduzioni alle conclusioni e proposta dell'ufficio, che può considerare tutti gli elementi conoscitivi

motivazionale, si rinvia a W. TROISE MANGONI, *op. cit.*, p. 191 ss., che, peraltro, ricorda come l'attuale impostazione sia il risultato d'un mutamento progressivo iniziato nei primi anni del questo secolo. In precedenza, infatti, in aderenza all'indicazione dell'art. 18 l. 689/1981 si riteneva ammissibile e legittimata la motivazione *per relationem* al ricorrere di precise condizioni. Ferma l'esclusione del rinvio globale operato da un atto che si limitava alla semplice menzione della norma violata, lo si ammetteva parzialmente nell'ipotesi in cui l'incolpato avesse serbato un contegno passivo, astenendosi dallo svolgimento di qualunque attività difensiva, non producendo memorie, documenti o richiedendo l'audizione. Ammettono, in principio, la praticabilità della motivazione *per relationem*, in generale, S. CIMINI, *op. cit.*, p. 378 e con particolare riferimento ai provvedimenti sanzionatori bancari G. CANALE, *Il giudizio di opposizione avverso sanzioni comminate da Banca d'Italia e i principi del processo*, in *Giur. comm.*, 2019, II, p. 543.

²¹³ F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 493.

²¹⁴ Così sembra anche sostenere, L. DONATO, *Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale*, in AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di Allena e Cimini, 2014, in *www.giustamm.it*, p. 119.

e, dunque, essere considerata coerente con il principio di imparzialità sostanziale²¹⁵.

Poiché quanto meno una ragione di coerenza²¹⁶ impedisce alla Corte regolatrice di recuperare la motivazione per rinvio da un principio generale ricavabile dall'art. 3, comma 3, l. 241/1990, si deve concludere che la carenza di autosufficienza costituisca motivo di invalidità della determinazione afflittiva. La tesi suggerita, peraltro, sembra porsi in linea con la prudenza manifestata dal massimo giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti sull'amministrazione delle banche; quello, infatti, ha escluso la legittimità della giustificazione tramite rinvio esterno, ritenendo che quella modalità non garantisca una puntuale ed attenta valutazione dei presupposti richiesti per l'adozione dell'atto.

Per il Consiglio di Stato²¹⁷ vi è necessità di una motivazione espressa poiché il semplice rinvio/adesione da parte dell'organo decidente agli atti ispettivi ed alla proposta dell'autorità che ha dato impulso al procedimento non esplicita come si sia sviluppato quel margine di apprezzamento che la legge attribuisce al primo. Infatti, il rinvio puro e semplice alla proposta ed ai risultati dell'istruttoria svolta dallo stesso proponente non danno misura della ponderazione effettiva della situazione che è condizione di legittimità del potere esercitato proprio perché ogni margine di scelta deve essere giustificato²¹⁸.

²¹⁵ Similmente a quanto accade per effetto della disciplina del preavviso di rigetto (art. 10-*bis*, l. 241/1990) che obbliga la P.A. che intende comunque respingere la domanda – ritenendo insufficienti le deduzioni ed allegazioni integrative – a darne specifico conto in motivazione.

²¹⁶ Si ricorda come la Corte regolatrice in più occasioni ha ricordato come la relazione di specialità tra disciplina della l. 241/1990 e l. 689/1981 impedisca alla prima di correggere le prescrizioni della seconda.

²¹⁷ Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 966, in *www.giustizia-amministrativa.it*

²¹⁸ Cons. St., sez. IV, n. 966/2015, *cit.*, ove nell'annullare il provvedimento ministeriale che sottoponeva ad amministrazione straordinaria il Gruppo Banca Popolare di Spoleto, ha affermato che «deve ritenersi contrario alle disposizioni legislative ivi richiamate il decreto che pur rinvii puramente e semplicemente agli atti ispettivi della Banca d'Italia senza averne preliminarmente esaminato in modo analitico il contenuto» (par. 3.3 motivazione).

Il Consiglio di Stato giunge alla conclusione sopra riportata muovendo da una ricognizione della disciplina posta dall'art. 70 Tub e dalla natura delle prerogative proprie rispettivamente dell'ente «inquirente» e di quello decidente. L'investitura di Banca d'Italia del ruolo primario di avanzare una proposta al Ministero dell'economia, tra cui lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo della vigilata, non intacca l'ampio margine discrezionale che lo stesso testo unico riconosce al Ministro. Infatti «rice-

In diversa prospettiva, valorizzando la funzione giustificativa della motivazione, anche il giudice ordinario, talvolta, è giunto ad escludere la legittimità della motivazione per rinvio. Infatti, quella è stata considerata una tecnica redazionale appropriata solo se consente di verificare con immediatezza la ragione della determinazione che si vuol spiegare e, comunque, è impiegata in settori in cui non sussistono interessi particolarmente delicati da tutelare. Occupandosi di sanzioni per violazione della disciplina del lavoro subordinato, infatti, la Corte regolatrice sembra escludere che quella modalità sia sufficiente garanzia per il sanzionato quando il fatto oggetto d'accertamento sia complesso, per il numero di soggetti interessati da cui dipende l'entità della sanzione²¹⁹.

vuta la proposta, il Ministro dell'Economia e delle Finanze «può disporre» con decreto detto scioglimento: questa facoltà di scelta implica una valutazione discrezionale – o, meglio, di opportunità – che il Ministro è tenuto ad effettuare sulla base della proposta avanzata dall'autorità di vigilanza.

A ben vedere, infatti, l'atto di impulso della Banca d'Italia costituisce una proposta obbligatoria, senza la quale, cioè, non potrebbe iniziarsi il procedimento che conduce all'eventuale scioglimento degli organi di amministrazione e controllo dell'istituto di credito.

Tuttavia, ciò non impone al Ministro dell'Economia e delle Finanze di accettarne in modo acritico e dogmatico il contenuto, in quanto l'ordinamento gli attribuisce la facoltà di discostarsi dalla proposta qualora non ritenga sussistenti i presupposti per disporre l'amministrazione straordinaria. La possibilità di giungere ad una conclusione differente rispetto a quella configurata dall'autorità di vigilanza implica il preventivo esperimento, da parte del Ministro, di un'istruttoria autonoma o quantomeno di una valutazione critica della proposta avanzata dalla Banca d'Italia.

Pertanto, a prescindere dalla decisione – conforme o meno alla proposta dell'autorità di vigilanza – cui giungerà il Ministro dell'Economia e delle Finanze, è doverosa un'esplicita valutazione degli elementi posti a fondamento delle risultanze della Banca d'Italia». Ora, la distinzione tra funzioni poste dall'art. 24 l. 262/2005 e ribadite dall'art. 145, comma 1-*bis*, Tuf, consente di trasporre le considerazioni di diritto al caso di specie e concludere per la sussistenza d'un ulteriore vizio insanabile del procedimento impugnato.

²¹⁹ Cass., 22 luglio 2009, n. 17104, in *De Jure*.

CAPITOLO V

La revisione giurisdizionale del provvedimento punitivo

SOMMARIO: 1. Il giudice e le amministrazioni indipendenti. – 2. I giudici delle amministrazioni indipendenti. – 3. Astratta parità formale dei modelli processuali e differenze sostanziali. – 4. Accidentalità delle disparità processuali ed irrazionalità della differenziazione tra parti nei diversi processi di opposizione. – 5. Latitudine e profondità del controllo giudiziale e l'atteggiamento del giudice. – 6. Esclusione della valenza dimostrativa privilegiata delle determinazioni formate dalla P.A. resistente. – 7. Il diritto ad un ricorso effettivo nella «logica del risultato» – 8. I livelli diversi di tutela e le spinte riduttive della Cassazione – 9. Il secondo fronte di ridimensionamento del procedimento: l'erosione della giurisdizione sui regolamenti.

1. *Il giudice e le amministrazioni indipendenti*

La natura amministrativa delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, così come quella delle loro determinazioni punitive, ne rende indubbia la sottoposizione al controllo giurisdizionale¹. Alla luce dell'ampia dizione della nostra Carta fondamentale (art. 24, comma 1, e art. 113, commi 1 e 2, Cost.) è, invero, pacifico che contro ogni determinazione lesiva di una situazione giuridica protetta – diritto soggettivo od interesse legittimo – sia essa vincolata o discrezionale, debba essere riconosciuto il diritto ad una revisione giudiziale.

L'articolata disciplina sulle impugnazioni degli atti punitivi delle autorità indipendenti² – e tra queste di quelle che presidiano i settori in cui circola la ricchezza – solleva significativi dubbi non tanto in merito al se della tutela ma al come deve essere garantita, ponendo l'interrogativo sulla adeguatezza degli strumenti processuali nonché sulla qualità, profondità, efficienza e completezza del controllo giurisdizionale.

¹ Oggi espressamente previsto dall'art. 133, comma 1, lett. l, e dall'art. 134, comma 1, lett. e, cod. proc. amm.

² Per una panoramica dei diversi regimi processuali si veda per tutti, G. COSTANTINO, *Note su authorities e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 26 ss.

La riflessione sulle impugnazioni delle determinazioni punitive delle autorità finanziarie, peraltro, sconta o si scontra con due variabili complesse: una prima, relativa al rito applicabile, determinato dalla spettanza dell'opposizione alla giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo; una seconda – strettamente connessa – legata alla formazione del giudice, alla sua più o meno accentuata cultura o conoscenza dei modi di esercizio del potere, alle tradizioni e principi che vengono elaborati nel corso dell'applicazione giudiziale che poi stratificandosi, vanno ad alimentare il criteri d'esercizio delle prerogative pubbliche, condizionando l'azione futura delle amministrazioni regolatrici³.

Diversamente dalle c.d. sanzioni amministrative in senso stretto delle P.A. c.d. tradizionali – intese come quelle a carattere retributivo pecuniario – le impugnazioni non si svolgono con un rito uniforme innanzi al giudice ordinario (art. 6, d. lg. 1 settembre 2011, n. 150). Le impugnazioni delle sanzioni pecuniarie od ad esse assimilate applicate da Banca d'Italia e Consob, infatti, sono riservate a diverse Corti d'appello mente quelle di Covip ed Ivass al giudice amministrativo.

Conseguentemente si pone il dubbio non solo relativo all'idoneità del rito e dei poteri del giudice a soddisfare la richiesta di tutela⁴ ma anche quello ulteriore della divaricazione dei mezzi di tutela predisposti per fare fronte allo stesso bisogno generato da atti a consistenza identica ma adottati da amministrazioni diverse.

La pluralità delle giurisdizioni solleva, infatti, un interrogativo «aggiuntivo» rispetto a quello della loro idoneità ad assicurare un controllo effettivo (art. 113 Cost. e art. 47 Cedu) perché si deve verificare se, anche quelle diverse scelte – riservate alla discrezionalità del legislatore italiano⁵ – possono definirsi giustificate a livello costituzionale e, dunque,

³ È pacifico in dottrina il riconoscimento del persistente significativo ruolo della giurisprudenza nell'elaborazione dei principi dell'azione pubblica non previsti dalla legge e nella determinazione dei relativi criteri di applicazione. Su punto, senza pretesa di completezza, si vedano G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 763 ss.; V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Scritti scelti di Vittorio Domenicelli*, Bari, 2018, p. 561 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Bologna, 2019, p. 60 ss.

⁴ Cfr. per tutti, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, p. 384 ss., per le indicazioni dei vari interrogativi sollevati dal regime di impugnazione delle sanzioni.

⁵ G. VIALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, 2018, spec. p. 9, in *www.federalismi.it*.

non siano irrazionali e discriminatorie, differenziando un controllo del giudice che non solo è strumento di garanzia dei privati ma anche condizione di legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti⁶.

Solo un controllo giurisdizionale effettivo può assicurare il corretto esercizio dei poteri ed il rispetto da parte del loro titolare dei fini per cui gli sono stati conferiti⁷. Non c'è garanzia senza tutela giurisdizionale come non è dato immaginare diritti procedurali – obblighi di varia natura della P.A. nei confronti del soggetto passivo del procedimento – senza forme di controllo che permettano di reagire alla loro violazione. D'altronde, come è stato evidenziato⁸, quando si discute di un potere sanzionatorio, il procedimento non è forma ma sostanza dell'azione pubblica, per essere il percorso legislativamente obbligato per la corretta definizione delle scelte concrete che traducono in pratica le linee politiche applicative dell'autorità procedente, rendendo percepibile uno dei modi con cui quella intende esercitare il suo compito di presidio del settore regolato⁹. Ma la sostanza c'è se esistono effettivi strumenti di reazione alle violazioni delle regole e questi, per converso, in un ordinamento de-

⁶ Cfr. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 251, che, nel contestare la tesi della limitazione di controllo giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti caratterizzati da discrezionalità tecnica, sottolinea come quell'impostazione collida con «il principio fondamentale per cui la riconducibilità al sistema costituzionale delle autorità indipendenti richiede la loro sottoposizione al pieno controllo giurisdizionale, come svolgimento della loro soggezione alla legge». Analogamente, S. NICOLAI, *Notazioni sul controllo del giudice amministrativo sugli atti delle autorità indipendenti in Italia*, 2011, p. 20, in www.federalismi.it. Più di recente, per una riaffermazione di tale condivisibile posizione, si veda F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, 2019, p. 15, in www.federalismi.it, ove viene sottolineato come procedimento e processo costituiscono i cardini della legittimazione istituzionale delle autorità.

⁷ Discutendosi di poteri sanzionatori, ad esempio, garantisce che l'amministrazione comminando indiscriminatamente pene attestate sui massimi editali non impieghi la leva punitiva come strumento di deterrenza generale facendo perdere alla stigmatizzazione della condotta scorretta quel carattere di reazione personalizzata che la legge vuole sia ritagliata sulle caratteristiche del soggetto che ha posto in essere quella specifica violazione accertata con il procedimento. Sul punto si rinvia a Capitolo III, par. 8.

⁸ F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 25.

⁹ Sulla discrezionalità e politicità delle scelte delle amministrazioni indipendenti, si veda Capitolo II. Per una conferma di tale impostazione, si veda F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 10 ss., che, dopo aver ricordato che anche la Corte Costituzionale (sent. 13/2019) ha riconosciuto che le autorità indipendenti in sede sanzionatoria esercitano poteri discrezionali, evidenzia come le loro scelte siano intrinseche di politicità.

mocratico, sono necessari perché non vi può essere potere – pena la sua arbitrarietà – non solo regolato ma anche controllabile indipendentemente dalla caratura della sua tecnicità.

Quando si discute di sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, come anticipato, si deve considerare il fattore culturale che va a rinforzare un tendenziale rifiuto a riconoscere la più ampia valenza precettiva a norme ricavabili da disposizioni costituzionali (art. 24 e art. 113 Cost.)¹⁰. Quell'elemento, infatti, incide variamente su quella convinzione diffusa secondo cui, a fronte di valutazioni opinabili discrezionali, sia prospettabile una sorta di irripetibilità delle decisioni delle autorità regolatrici, ritenute sostanzialmente le uniche depositarie del potere di adottare decisioni conformi all'interesse pubblico¹¹, intendendole così impermeabili al controllo del giudice per essere espressione di sovranità tecnica¹².

Dunque, il problema risulta essere quello di sino a dove il giudice intenda estendere il suo sindacato e, significativo di quell'atteggiamento, è la riproposizione dell'interrogativo di chi si chiede «fino a che punto sia corretto spingersi nel sindacare in sede giurisdizionale un'attività particolarmente complessa e caratterizzata da profili altamente specialistici e tecnici quali quelli delle autorità indipendenti»¹³.

¹⁰ L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in P.A. Persona e amministrazione, 2018, p. 237 ss.

¹¹ L. PERFETTI, *op. cit.*, pp. 259, 260 e 261.

¹² La deferenza del giudice nei confronti delle autorità indipendenti è costantemente rilevata da tutti gli studi che hanno toccato il tema dei giudizi contro le sanzioni. Oltre a S. CIMINI, *op. cit.*, p. 430 ss.; L. PERFETTI, *op. loc. cit.* “Registra” la tendenza del giudice a «prendere per buone» le valutazioni delle autorità di vigilanza manifestando una particolare ritrosia nell'impiegare le facoltà istruttorie loro riconosciute, M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Milano, 2019, p. 123. Per una valutazione critica della differenziazione «ingiustificata» dell'atteggiamento serbato dal giudice nei confronti della P.A., si veda A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e sostituzione della pubblica amministrazione*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Milano, 2013, p. 8. Sul punto si segnala anche E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di ricerca giuridica di Banca d'Italia*, Roma, 2009, p. 33 ss. Per un'analisi della posizione del giudice ordinario, si veda, per tutti, S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia*, in AA. VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, p. 1 ss.

¹³ R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di P. Cirillo e R. Chieppa, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 2010, p. 91.

L'autocontenimento del magistrato – spesso giustificato con vari «feticci argomentativi del passato», quale quello della divisione dei poteri¹⁴ – quindi, conduce, con diversa intensità, a contrarre la profondità del controllo giurisdizionale, rendendo assolutamente improbabile l'accoglimento del ricorso tanto da giungere a dubitare dell'utilità stessa dell'impugnazione¹⁵.

Il fattore culturale – imprescindibile per la comprensione del fenomeno di interesse¹⁶ – peraltro, impatta diversamente sui due ordini giurisdizionali cui compere l'opposizione sulle sanzioni, riflettendosi in termini di una significativamente diversa intensità, efficacia/effettività del sindacato. La formazione e sensibilità verso il potere si traduce in orientamenti diversi, difesi dai rispettivi organi della nomofilachia che spesso propongono ricostruzioni ed interpretazioni proprie ed autonome di una stessa disposizione od istituto¹⁷.

Più di recente, sembra orientato nel medesimo senso, M. SANINO, *op. cit.*, p. 159, secondo il quale se pure il giudice dovrebbe avere la dovuta determinazione nello sviluppare il sindacato giurisdizionale, sulle determinazioni delle autorità dovrebbe anche avere la «saggezza di sapersi fermare al momento giusto, senza sostituirsi all'amministrazione ed evitando qualsiasi commistione tra ruolo del giudice e quello dell'autorità di regolazione».

¹⁴ Come efficacemente evidenziato da L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁵ Cfr. R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca, impresa e società*, 2019, p. 3 ss. ed in precedenza R. LENER e L. GALLANTUCCI, *A che serve il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza?* in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, I, p. 81 ss. Per una sintesi critica delle posizioni dei giudici delle impugnazioni delle sanzioni di Banca d'Italia e Consob è, però, d'obbligo rinviare a S. AMOROSINO, *op. loc. cit.*

¹⁶ Oltre a L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 239 ss., sottolinea la rilevanza del fattore culturale anche S. NICOLAI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷ È, infatti, notorio come la diversità di giurisdizioni fa sì che, a fronte di uno stesso fatto considerato da un documento normativo, si possa giungere all'applicazione di una norma diversa così come a concepire in modo differente il contenuto di una clausola generale. Ad esemplificazione di tale variabile può ricordarsi il diverso modo di intendere la carenza di potere, rispettivamente, da parte del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione che si traduce in soluzioni diametralmente opposte a fronte di situazioni identiche, G. ROMAGNOLI, *Note critiche sull'impiego della giurisprudenza*, in *Giur. civ., comm.*, 2011, II, p. 245-246. Ovviamente momenti d'emersione di tale «distanza» sono innumerevoli. Per quanto riguarda, poi, lo specifico tema delle sanzioni amministrative, chiara esemplificazione dei divergenti punti di vista di giudice ordinario e speciale, può ravvisarsi nel modo con cui viene individuata dall'uno e dall'altro la sanzione amministrativa assimilabile, ai fini Cedu, a quella penale. Per la seconda è sufficiente il riscontro di uno dei c.d. criteri Engel ed, in specie, quello della funzione general preventiva,

Diversità profonde e percepibili che sono particolarmente evidenti per quanto concerne il modo di intendere la pienezza del controllo giurisdizionale dell'art. 6 Cedu.

Tanto emerge con chiarezza dall'impiego retorico degli argomenti della motivazione della nota sentenza Grande Stevens del 2014 della Corte di Strasburgo¹⁸.

Il giudice civile, infatti, non ha inteso il ragionamento del giudice della Convenzione come confermativo della prescrizione costituzionale di un controllo pieno ed effettivo¹⁹ esteso ai vizi di fatto e di diritto del provvedimento ma come indicatore di una funzione compensativa del processo che consentendo il riesame delle carenze del procedimento le renderebbe irrilevanti²⁰. Il processo di piena giurisdizione viene sostanzialmente considerato dal giudice ordinario non come un confronto tra privato ed autorità davanti ad un terzo che esamina le questioni di fatto e di diritto – in ogni frangente – «*point by point*»²¹ per ristabilire l'ordine violato; al contrario è reputato come una seconda fase del medesimo percorso reattivo in cui può essere recuperato quanto non è stato

per il primo – salvo eccezioni – è assimilabile alla punizione penale solo quella per cui sono previste elevatissime sanzioni pecuniarie, riducendone l'ambito, sostanzialmente, solo a quelle a previste per i c.d. abusi di mercato. Sul punto si veda, Capitolo III, par. 5.

¹⁸ Corte Edu, 4 marzo 2014, n. 18640/10, Grande Stevens e altri c. Italia (par. 5), in *www.echr.coe.int*.

¹⁹ Cfr. L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 250 ss.

²⁰ Per una condivisibile critica all'impostazione che reputa compensabile, a posteriori, ogni carenza procedimentale, si vedano, E. BINDI e A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti a doppio binario al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2018, p. 89 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu, e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, p. 25 ss.; A. CLINI, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e «giusto» sindacato giurisdizionale*, *ivi*, p. 75 ss.; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 173 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*², Torino, 2015, 94; *Id*, *Sanzioni amministrative e diritto europeo*, in *AA.VV., Le sanzioni amministrative*, a cura di A. Cagnazzo e S. Toschei, Torino, 2016, p. 48 ss. In modo temperato, si veda anche A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 135 ss.

²¹ Sulla cui estensione e concetto si veda anche M. ALLENA, *op. cit.*, p. 30; *Id*, *L'art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 66 ss. Per il giudice di Strasburgo un controllo di piena giurisdizione si ha quando il magistrato eserciti un controllo effettivo sul rapporto e sui suoi vari aspetti, senza che «si possano opporre più o meno estese franchigie di insindacabilità» del potere pubblico «ovvero limitazioni alla cognizione ed alla decisione tali da far conseguire pronunzie favorevoli ma inadeguate ad assicurare la soddisfazione del rapporto sostanziale».

fatto prima dalla P.A. I motivi stessi di impugnazione – con l'indicare le violazioni delle garanzie procedurali pregiudizievoli – avrebbero un effetto intrinsecamente sanante in quanto sottoposti ad un giudice che può controllare tutto ed annullare o sostituire tutto o in parte la decisione esaminata²². Quella continuità tra procedimento e processo, dunque, avrebbe una forza di «destrutturazione» della prescrizione procedimentale che non sarebbe più obbligatoria per le P.A. perché tanto, poi, c'è il giudice.

Diversamente dal giudice amministrativo, il giudice ordinario intende il processo d'opposizione in una logica conservativa del provvedimento punitivo; nel corso di quello non svolge un compiuto esame, in fatto ed in diritto, del rapporto controverso ma, in nome di una asserita pienezza del controllo sul rapporto, azzera la precettività di tutte le disposizioni che creano vincoli ed obblighi a carico della P.A. ed a favore del soggetto passivo del provvedimento punitivo.

2. I giudici delle amministrazioni indipendenti

Se si passa all'esame dei diversi regimi di impugnazione dei provve-

²² Tutte le sentenze dei giudici civili, più o meno velatamente, giungono al risultato della neutralizzazione dei vizi procedurali combinando diverse parti della sentenza Grande Stevens in cui sono contenute le conclusioni sul momento in cui devono trovare riconoscimento le garanzie procedurali dell'art. 6 Cedu e quelle sul tipo di controllo svolto dalla Corte d'appello e sul suo ruolo di giudice dell'opposizione delle sanzioni Consob. In particolare, il primo passaggio è costituito da par. 161 ove si afferma «che, anche se il procedimento innanzi alla Consob non ha soddisfatto le esigenze di equità e imparzialità oggettiva dell'art. 6 della Convenzione, i ricorrenti hanno beneficiato del successivo controllo da parte di un organo indipendente ed imparziale dotato di piena giurisdizione qual è la Corte d'appello (...)». Il secondo passaggio può essere indicato nella combinazione dei successivi par. 149 e par. 151 ove nel primo viene preso atto che «la Corte d'appello era competente a giudicare sulla esistenza del fatto e del diritto dell'illecito (...) ed aveva il potere di annullare la decisione (...), doveva valutare la proporzionalità delle sanzioni inflitte rispetto alla gravità del comportamento ascritto (...) e di fatto essa ha ridotto l'ammontare delle sanzioni pecuniarie (...)» in esito all'esame delle «diverse affermazioni di ordine fattuale e giuridico» dei ricorrenti, svolgendo un giudizio che «dunque, non si limitava ad un mero controllo di legalità». Sulla base di quelle evidenze, non contestate dai ricorrenti, nel successivo paragrafo il giudice della Convenzione conclude che «la Corte d'appello (...) era certamente «un organo dotato di piena giurisdizione» ai sensi della sua giurisprudenza (si veda *mutatis mutandis*, Menarini Diagnostic s.r.l., sopra citata, par. 60-67)».

dimenti punitivi di Banca d'Italia, Consob, Ivass e Covip emerge subito una evidente disomogeneità che, si può anticipare, appare difficilmente spiegabile poiché l'applicazione di una sanzione – in quanto espressione di un potere riconducibile alla funzione regolatoria – solleva le medesime esigenze di tutela anche per essere il risultato di procedimenti a struttura analoga²³.

La revisione dei provvedimenti punitivi di Banca d'Italia è affidata, in unico grado, alla Corte d'appello di Roma (art. 145, comma 4, Tub), mentre la contestazione di quelli di Consob spetta, sempre in unico grado, alla Corte d'appello nel cui distretto ha la sede o residenza il sanzionato (art. 195, comma 4, Tuf). L'atto introduttivo, da notificarsi in entrambe le ipotesi alla P.A. nel termine breve di trenta giorni dalla notifica della determinazione per i residenti in Italia e sessanta giorni per i residenti all'esterno – non sospende l'esecuzione del provvedimento – ed investe il giudice di una cognizione di merito (art. 145, comma 7-bis, Tub e art. 195, comma 7-bis, Tuf). Per le disposizioni «gemelle», infatti, la sentenza che accoglie il ricorso, nei limiti della domanda, può annullare in tutto od in parte il provvedimento od anche ridurre l'ammontare o la durata della sanzione.

Le due discipline disegnano un rito assolutamente concentrato, similmente a quello del regime generale delle opposizioni alle sanzioni pecuniarie (art. 6, d. lg. 1 settembre 2011, n. 150), ispirato al processo del lavoro. Il ricorso introduttivo del giudizio, in principio, potrebbe essere l'unico atto con cui l'opponente «consuma» sia le sue ragioni – definendo l'ambito dei motivi di contestazione – che il diritto alla produzione di prove documentali, quello dell'indicazione di altri elementi od, ancora, la facoltà di proporre richieste istruttorie. Infatti, si prevede che nella prima ed eventualmente unica udienza si possa esaurire ogni attività diversa da quella decisoria.

Nel corso di quella – da tenersi almeno dopo sessanta giorni dalla notifica del decreto di fissazione (art. 195, comma 6, Tuf; art. 145, comma 6, Tub) – infatti, il giudice può disporre, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari nonché l'audizione delle parti che ne abbiano fatto richiesta (art. 195, comma 7, Tuf; art. 145, comma 7; Tub).

Se, dunque, non viene fissata un'udienza per consentire l'audizione ed il giudice ritiene non necessario alcun approfondimento istruttorio,

²³ Capitolo IV, par. 3 ss.

quindi, si può procedere alla discussione in cui si consuma l'ultima difesa dell'opponente.

Dunque, il ricorrente, se non autorizzato dal giudice, non ha la possibilità di una replica scritta alle deduzioni difensive dell'autorità resistente, onerata della costituzione nel termine di dieci giorni prima dell'udienza. L'eventuale «implementazione» del contraddittorio, quindi, dipende dalla sensibilità del giudice il quale può procedere in via ufficiosa all'integrazione dell'istruttoria alleggerendo quello «svantaggio» obiettivo in cui è posto il ricorrente. Opponente che, se pur considerato un convenuto sostanziale, gravando sulla P.A. l'onere dimostrativo della correttezza del provvedimento²⁴, è percepito dai giudici come attore, se non altro perché per una prassi rigorosamente osservata, il diritto di parlare per ultimo in udienza è riservato alla autorità, così avvantaggiata da una facoltà di replica. La sentenza, quindi, deve essere depositata nei sessanta giorni successivi alla discussione – salvo anticipazione del dispositivo su richiesta delle parti nei sette giorni successivi – ed è impugnabile per cassazione nei termini e con i limitati motivi previsti dalla legge processuale civile (art. 360 cod. proc. civ.).

I provvedimenti punitivi di Ivass e Covip sono, invece, impugnabili – come pressoché tutte le determinazioni sanzionatorie delle autorità indipendenti – innanzi al giudice amministrativo nei termini e con le modalità previste dal relativo rito processuale, cui le specifiche disposizioni fanno rinvio (art. 311-*septies*, comma 5, e art. 324-*octies*, comma 7, cod. ass.; art. 19-*quinquies*, comma 9, d. lg. 252/2005).

L'opposizione si propone con ricorso da notificare all'autorità nel termine di sessanta giorni dalla notifica dell'atto impugnato²⁵ e dà luogo ad un processo che si può sviluppare dopo un primo grado, innanzi al Tar Lazio, in secondo grado innanzi al Consiglio di Stato, chiamato ad

²⁴ Per tutti, L. NAZZICONE, *Sanzioni amministrative applicazione, opposizione procedimento, legittimazione*, 2009, pp. 58-59, in www.giustizia.it.

²⁵ Cui si aggiunge la possibilità di esperire nel più lungo termine di decadenza di 120 giorni il ricorso straordinario al Capo dello Stato (ex art. 9, comma 1, d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199), rimedio giustiziale amministrativo proponibile nei confronti di tutti gli atti soggetti alla giurisdizione amministrativa e, dunque, anche di quelli delle amministrazioni indipendenti. Cfr. C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*⁹, Torino, 2018, p. 11. Su tale strumento si veda anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*¹³, Torino, 2019, p. 161 ss. e M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*⁷, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2017, p. 679 ss.

esprimersi sulla stessa questione – nei limiti dei motivi di gravame – esaminata dal giudice regionale²⁶.

Nelle due ipotesi indicate, però, quel giudizio, caratterizzato da regole che danno maggior spazio alle difese del ricorrente²⁷, gli permette di conseguire un risultato diverso. Infatti, per le opposizioni contro le sanzioni applicate da Ivass è prevista una giurisdizione estesa al merito (art. 311-*septies*, comma 5, cod. ass. ed art. 134, comma 1, lett. c., cod. proc. amm.); dunque, il giudice amministrativo che accoglie il ricorso oltre che annullarlo può adottare un nuovo atto o modificare o rinforzare quello impugnato (art. 34, comma 1, lett. d, cod. proc. amm.), sostituendosi alla P.A. soccombente (art. 7, comma 6, cod. proc. amm.)²⁸.

L'opposizione alle sanzioni applicate dalla Commissione di vigilanza sui fondi pensione al più, invece, può condurre all'annullamento totale o parziale della determinazione impugnata, eventualmente accompagnata dalla condanna della resistente al risarcimento dei danni.

Infatti, forse per una svista o forse per un dubbio sulla riconducibilità di Covip nell'insieme delle amministrazioni indipendenti, cui si riferisce l'art. 134, comma 1, lett. c, cod. proc. amm., l'art. 19-*quinquies*, comma 9, l. 5 dicembre 2005, n. 252, richiama selettivamente solo la disposizione che definisce le materie di giurisdizione esclusiva e vi include

²⁶ C. E. GALLO, *op. cit.*, p. 335; A. TRAVI, *op. cit.*, pp. 327-328; A. ZITO, *L'appello*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 445-447.

²⁷ Capitolo V, par. 3 e 4.

²⁸ E ciò in linea con una tendenza seguita anche al livello d'Unione europea ove, per garantire la concentrazione della tutela ed il contenimento dei tempi di risoluzione di una questione che oppone il singolo ad un organo dell'UE dotato di potere punitivo, i vari regolamenti attributivi della funzione assegnano al giudice dell'opposizione – Tribunale di primo grado e poi Corte di giustizia – una competenza estesa al merito. Le varie disposizioni del diritto derivato, in forza della previsione dell'art. 261 TFUE, dunque, integrano i poteri del giudice investito del ricorso d'annullamento (art. 263 TFUE), abilitandolo ad adottare una determinazione sostitutiva di quella impugnata, assecondando una logica d'efficienza ed effettività del diritto dell'Unione. La giurisdizione di merito, infatti, consente di valorizzare l'effetto utile di una sentenza e la riduzione dei tempi della risoluzione della questione che oppone il privato agli organi dell'UE, attribuendo al giudice il potere sostitutivo. Sul punto si veda, P. DE LUCA, *Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2018, 2, p. 119 ss. Per l'inquadramento della giurisdizione di merito del giudice amministrativo, si veda, per tutti, C. E. GALLO, *op. cit.*, p. 191; A. TRAVI, *op. cit.*, pp. 63-65; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 108 ss.

tutti i provvedimenti di Covip (art. 133, comma 1, lett. l, cod. proc. amm.)²⁹.

Come è stato in generale rilevato³⁰, pare più che ragionevole ritenere che si tratti di una differenza marginale, sostanzialmente irrilevante ai fini della valutazione della tutela garantita dal rimedio giurisdizionale, se si considerano le relazioni intercorrenti tra le varie giurisdizioni che la legge attribuisce al giudice amministrativo. In particolare, si ricorda che è pacifico che la giurisdizione di merito si differenzia da quella di legittimità e da quella esclusiva, unicamente per la possibilità del giudice di ridefinire il contenuto dell'atto sindacato ma non per quanto riguarda la funzione del giudizio o per quanto concerne gli strumenti istruttori di cui si può avvalere il giudice per accedere al fatto³¹. Dunque, anche in ipotesi di giurisdizione esclusiva, il ricorrente può ottenere un risultato pienamente appagante ed anche conforme alle indicazioni dell'art. 6 Cedu poiché il giudice, anche per sviluppare il giudizio sulla legittimità dell'atto, non è limitato e può accedere al fatto e conoscere la pienezza del rapporto controverso. In caso di accoglimento del ricorso, poi, anche se non può provvedere direttamente alla sostituzione del provvedimento, con la sentenza, infatti, il giudice potrà porre una serie di vincoli conformativi alla riedizione del potere³² che privano la P.A. soccombente di

²⁹ L'art. 19-*quinquies*, comma 9, d. lg. 252/2005, introdotto dall'art. 1, comma 26, d. lg. 13 dicembre 2018, n. 147, infatti, prevede che «La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera l), del medesimo codice. L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento». Peraltro, il rinvio selettivo alla sola disposizione sulla giurisdizione esclusiva, introdotta con la novellazione della normativa sulle «Forme pensionistiche complementari», sembra esprimere una regola speciale, difficilmente superabile per la sua collocazione spazio/temporale, in via interpretativa e, dunque, intendere il richiamo alla giurisdizione esclusiva come estesa al merito, in forza d'un'esegesi orientata dall'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 Cedu, che secondo alcuni – F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 120 – implica un controllo integrato dal potere sostitutivo del giudice.

³⁰ Cfr. L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 246.

³¹ C.E. GALLO, *op. cit.*, pp. 64-65; A. TRAVI, *op. cit.*, p. 191; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2018, p. 223; A. POLICE, *op. cit.*, p. 124 ss.

³² È, infatti, pacifico che la sentenza amministrativa possa sortire non solo un effetto demolitorio sul provvedimento impugnato e ripristinatorio della situazione lesa ma anche di tipo conformativo rispetto all'eventuale atto di riesercizio del medesimo potere, effetto evidente nell'ipotesi in cui, comunque, la P.A. conserverebbe ampi margini di scelta. Il giudice, in tutti quei casi in cui i «contorni dell'attività amministrativa non sono

apprezzabili margini di scelta che, si sottolinea, nel caso delle sanzioni, è equivalente poiché l'annullamento, nell'attesa della riedizione del potere, elimina la statuizione afflittiva originariamente impugnata³³.

A fronte del diffuso fraintendimento del giudice ordinario³⁴, dunque, è opportuno ripetere che ciò che differenzia la giurisdizione di merito da quella esclusiva, che è di cognizione piena (come anche quella generale di legittimità), è unicamente una valutazione legislativa di indifferibilità della sostituzione dell'atto illegittimo³⁵ ma non l'assenza od una diversa profondità della verifica di legittimità dell'atto.

3. *Astratta parità formale dei modelli processuali e differenze sostanziali*

Se si guardano «da lontano» i due processi d'opposizione alle sanzioni si potrebbe immaginare una loro equivalenza nel garantire un'adeguata forma di tutela del ricorrente. Persuasione questa che ben potrebbe essere alimentata richiamando il rinvio operato da un passo della sentenza Grande Stevens (par. 151) alla sentenza Menarini Diagnostic s.r.l.³⁶. Nella prima occasione la Corte europea «ci ha detto» che il pro-

precisi» per l'esistenza di margini di discrezionalità o perché si deve far applicazione di norme di principio o principi non scritti, nella motivazione, «individua anche i successivi adempimenti che l'amministrazione dovrà porre in essere», tracciando «il percorso che quella dovrebbe compiere» per adottare una nuova determinazione, C. E. GALLO, *op. cit.*, p. 271 ss. e spec. pp. 278-279.

³³ Cfr. L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 254. In termini analoghi, si veda, F. LIGUORI, *op. cit.*, p. 221.

³⁴ Il giudice ordinario nel richiamare, a volte sinteticamente, i paragrafi segnalati dalla sentenza Grande Stevens, all'evidenza confonde il giudizio di fatto e di diritto con la giurisdizione di merito dimenticando che il giudizio di legittimità d'un atto non prescinde dal controllo del fatto che viene conosciuto ed esaminato dal giudice al fine di esprimersi sulla legittimità dell'atto e, quindi, sulla correttezza del rapporto amministrativo che si instaura con l'avvio del procedimento e si conclude non solo con un atto «costitutivo attributivo» ma anche dotato di forza dichiarativa ricognitiva e comunque vincolante o idoneo a comprimere le prerogative del privato «veicolando un ordine» di fare o pagare.

³⁵ Cfr. F. LIGUORI, *op. cit.*, pp. 225-226 e pp. 228-229, per cui nella giurisdizione di merito «la sostituzione, esclusa in linea di principio, è avvertita dal legislatore come necessaria nei casi in cui non è possibile o non è conveniente attendere che l'amministrazione si pronunci di nuovo dopo il *dictum* del giudice, ma occorre provvedere subito a correggere gli errori commessi».

³⁶ Corte Edu, 27 settembre 2011, n. 43509/08, par. 67, in *www.echr.coe.int*.

cesso innanzi alla Corte d'appello – giudice delle opposizioni di Consob – ha le caratteristiche di un giudizio di piena giurisdizione e, dunque, appropriate al bisogno, per essere analoghe a quelle – già vagliate – del processo amministrativo, con l'unica eccezione data dal fatto che nel primo non è prevista l'udienza pubblica di discussione³⁷.

In realtà, oltre alla previsione d'un giudizio di doppio grado – che non è irrilevante – il processo amministrativo, a livello di disciplina, offre la garanzia d'un maggior dispiegamento delle energie difensive del ricorrente, le cui possibilità, nel procedimento civile, dipendono dalla sensibilità e dall'impostazione culturale del magistrato.

In tesi, a fronte d'un ricorso che individua i motivi di censura in modo dettagliato, supportandoli con un corredo probatorio che li rende attendibili, dovrebbe entrare in gioco il potere officioso del giudice, abilitato – in deroga al principio dispositivo – a disporre i mezzi di prova ritenuti necessari; dunque, la legge prevede un «correttivo» alle ordinarie regole processuali che si spiega perché la controversia non ha ad oggetto posizioni che vedono le parti in una situazione di parità sostanziale ma la correttezza dell'esercizio di un potere pubblico e, dunque, al fondo si prospetta un interesse ulteriore alla più attenta ricostruzione dei fatti al fine di decidere.

Parimenti, il diritto di replica dipende dalla percezione da parte del giudice della complessità della controversia e, quindi, prevalga l'idea che in quel contesto debba darsi un adeguato spazio alle ragioni della difesa – prevalenti rispetto a quelle di una celere definizione del giudizio – e della «somatizzazione» d'un evidenza: la velocità della decisione non ne garantisce la qualità e certamente non è indicativa di un corretto esercizio della funzione giurisdizionale, che può pienamente esercitarsi in modo imparziale se è garantito, a sua volta, un contraddittorio di qualità.

Se si supera il preconcetto diffuso della superiorità del processo civile e si scorrono senza pregiudizi le regole di quello amministrativo, ci si accorge come quest'ultime offrano molto di più. Ci si avvede di come quella «civiltà» del processo amministrativo – cioè l'avvicinamento di questo al processo civile – si sia sostanziato in una disciplina che dà al ricorrente la possibilità di vedere esaminate le proprie domande da un giudice disposto a conoscere il rapporto e munito di strumenti istrut-

³⁷ Corte Edu, 18640/10, *cit.*, par. 161, ove si rileva che la Corte d'appello «non ha tenuto un'udienza pubblica, fatto che, nel caso di specie, ha costituito violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione».

tori adeguati per farlo³⁸ senza, peraltro, che sia mai perso di vista il «dato» di base, cioè che le parti si muovono in un contesto ordinamentale strutturalmente fondato su un rapporto di forza disuguale. Le regole del processo amministrativo tendono, infatti, a far confrontare su di un piano di parità una parte debole – il ricorrente – che chiede al giudice di ristabilire l'ordine violato dall'esercizio di un potere – spettante alla parte forte – che ha inciso negativamente su di una propria situazione giuridica soggettiva.

Il percorso evolutivo che ha interessato il contenzioso di interesse gli ha fatto progressivamente superare il limite originario rappresentato dalla circostanza di essere stato concepito come giudizio cassatorio dell'atto³⁹, conservando l'attenzione per questo aspetto, dunque, garantendo spazi al contraddittorio scritto che è caratteristica di quel tipo di giudizio e, nel contempo, arricchendo gli strumenti istruttori a disposizione del giudice⁴⁰, per consentire la più profonda conoscibilità del rapporto sottostante⁴¹.

La presa d'atto della circostanza che il giudizio sull'atto – anche in sede di giurisdizione generale di legittimità – richiedeva un esame del fatto, permetteva prima di individuare un limite del processo poi definitivamente superato con l'integrazione degli strumenti istruttori⁴².

Dunque, in primo luogo, il processo amministrativo conserva uno

³⁸ V. DOMENICHELLI, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in *Scritti scelti*, cit., p. 590.

³⁹ F. MERUSI e E. FREDIANI, *Il processo amministrativo dalla Costituzione al codice*, in *Amministrare*, 2017, p. 178, ricordano come la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, prevedeva un processo – poi tenuto presente dai Padri costituenti – di impugnazione di un atto amministrativo lesivo, teso al suo annullamento per vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere) sul modello del processo di cassazione per le sentenze.

⁴⁰ L'art. 63, comma 5, cod. proc. amm., infatti, dispone che oltre agli strumenti istruttori espressamente indicati, il giudice possa ammettere l'assunzione di altri mezzi di prova, previsti dal codice di procedura civile, con l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento. Sul punto si veda, L. GIANI, *La fase istruttoria*, in AA.Vv., *Giustizia amministrativa*⁷, cit., p. 385 ss. e spec. 401-402.

⁴¹ Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in AA.Vv., *Giustizia amministrativa*⁷, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2017, p. 103 ss. e spec. 124 ss.

⁴² È, infatti, pacifico che, nella giurisdizione generale di legittimità, il giudice amministrativo ha il pieno accesso al fatto e può perciò ricostruire autonomamente la realtà di fatto in relazione alla quale la P.A. ha adottato il provvedimento impugnato, sia pur nei limiti della domanda, G. E. GALLO, *op. cit.*, p. 58.

spazio rilevante al contraddittorio scritto che non è limitato al ricorso e alla memoria di costituzione poiché le parti, in vista della discussione, si vedono riconosciute altre opportunità. Queste, infatti, possono produrre documenti sino a venti giorni liberi prima dell'udienza, memorie sino a quindici giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti ed alle nuove memorie depositate sino a dieci giorni liberi (art. 73, comma 1, cod. proc. amm.) attesa la dimidiazione dei termini prevista per i giudizi contro gli atti delle amministrazioni indipendenti (art. 119, comma 1, lett. b, cod. proc. amm.). In secondo luogo, una differenza – a vantaggio del ricorrente – può rinvenirsi nel modo con cui è disciplinato l'onere probatorio ed il potere acquisitivo del giudice, regolato in modo diverso da quello delle opposizioni alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob, che è subordinato unicamente ad una valutazione esclusiva del magistrato in ordine alla necessità di ulteriori mezzi di prova (art. 145, comma 7, Tub; art. 195, comma 7, Tuf).

Il processo amministrativo, come è noto, si caratterizza per essere improntato al principio dispositivo attenuato dal metodo acquisitivo, per cui il potere della raccolta della prova viene riconosciuto tanto alle parti quanto allo stesso giudice⁴³.

Per tener conto della realtà extraprocessuale e dell'obiettiva disparità tra privato ed amministrazione, non trova riconoscimento il criterio che grava integralmente sulla parte istante l'onere della piena dimostrazione delle ragioni della sua richiesta⁴⁴. Infatti, confermando, pur temperandola, una linea di tendenza antecedente alla vigente disciplina, si prevede (art. 63, commi 1 e 3, cod. proc. amm.) che le parti hanno «l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardando i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni», per indicare, poi, come tale «corredo» è integrabile per iniziativa del giudice poiché questi, «(...) può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili al fine di decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione». Il codice del processo amministrativo, dunque, contiene una disposizione che non deresponsabilizza il ricorrente ma introduce un «fattore collaborativo» nell'istruttoria, per ri-

⁴³ Sul tema, si rinvia a L. GIANI, *op. cit.*, pp. 391-393; A. POLICE, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in AA.VV., *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, 2014, p. 437 ss.

⁴⁴ Per una vigorosa sottolineatura della funzione compensativa della disciplina probatoria si veda C. E. GALLO, *op. cit.*, spec. p. 227 ss.

stabilire nel processo quella parità sostanziale tra le parti⁴⁵. Infatti, il giudice amministrativo è costante nel ritenere che l'assolvimento del principio di prova – cui è condizionata l'attivazione dei suoi poteri istruttori acquisitivi – sia subordinata alla prospettazione di una presuntivamente attendibile ricostruzione degli accadimenti esposti nel ricorso quando basati su elementi che non sono a diretta disposizione del ricorrente⁴⁶.

Per quel che interessa l'assolvimento del principio di prova potrà indurre il giudice amministrativo all'acquisizione di quegli elementi raccolti dalla pubblica amministrazione ma non impiegati per l'erogazione della sanzione – e quindi non depositati dall'autorità resistente cui il privato faccia richiamo perché – ad esempio – riferiti nella relazione ispettiva della P.A. ma di cui il secondo non ha cognizione.

In terzo luogo, il giudice amministrativo dispone d'uno strumento d'accertamento ignoto al processo civile – pensato per parti uguali – che gli consente d'apprezzare anche in che termini esercitare il proprio potere acquisitivo d'ufficio. L'art. 63, comma 1, cod. proc. amm., infatti, prevede che il giudice possa richiedere chiarimenti alle parti in merito ai fatti introdotti nel giudizio⁴⁷. Consente, dunque, al primo di indirizzare all'amministrazione resistente – in quanto soggetto pubblico, per ciò stesso considerato gravato di uno specifico obbligo di collaborazione non riferibile alla parte privata – dei quesiti da evadere con la presentazione di una relazione più o meno complessa. In forza di tale richiesta, la P.A. resistente – od eventualmente una P.A. terza⁴⁸ – è tenuta ad effettuare delle c.d. «dichiarazioni di scienza» che arricchiscono il bagaglio conoscitivo del magistrato, con l'illustrazione di elementi tecnici, cui accludere ulteriori documenti, che, si sottolinea, in nessun caso possono essere utilizzati, in sede giudiziale, per superare una carenza d'istruttoria od un difetto di motivazione⁴⁹. Dunque, con la richiesta di chiari-

⁴⁵ Sulla distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, come strumento di riequilibrio sostanziale, si veda anche F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 911 ss.

⁴⁶ Cons. St., sez. IV, 26 aprile, 2019, n. 2672, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁷ L. GIANI, *op. cit.*, pp. 405-406; A. POLICE, *I mezzi di prova*, cit., pp. 459-461.

⁴⁸ Per la lettura estensiva, ultratestuale, si veda A. POLICE, *I mezzi di prova*, cit., p. 460.

⁴⁹ Il potere di «schiaramento» ben potrebbe essere impiegato per richiedere alla P.A. di specificare il percorso tramite cui è giunta – sulla base di un precetto formulato tra-

menti il giudice può indurre la P.A. a spiegare le ragioni della sua azione⁵⁰, il perché di scelte tecniche non espressamente esplicitate e le relative risposte e l'inadempimento, totale o parziale, all'evasione del quesito possono costituire elemento di prova contro la P.A.

In quarto luogo, un ulteriore vantaggio del processo amministrativo rispetto a quello ordinario può essere indicato nella possibilità che lo stesso si riveli occasione d'acquisizione di prova.

Lo specifico codice processuale, infatti, prevede la possibilità per il ricorrente di presentare, in pendenza del ricorso principale, un'istanza di accesso ai documenti rilevanti per la medesima causa (art. 116, comma 2, cod. proc. amm.).

La legge speciale, dunque, consente di far seguire all'impugnazione, un'istanza direttamente rivolta al giudice, per l'acquisizione di elementi utili a supporto delle ragioni dell'istante⁵¹. Si tratta, evidentemente, d'un'opportunità ben più ampia rispetto alla richiesta dell'ordine di esibizione del processo civile, poiché nella prima il giudice verifica la sola legittimazione del ricorrente all'ottenimento del documento ma non entra nel

mite clausola generale – a giudicare inadeguato, ad esempio, un determinato assetto organizzativo d'un'impresa assicurativa o d'un intermediario, imponendole di precisare il percorso seguito ed il parametro individuato per giungere alla conclusione negativa sulla condotta esaminata. La non indicazione del parametro di riferimento o l'erroneità dello stesso, quindi, consente di escludere il compimento dell'accertamento relativo all'elemento soggettivo dell'illecito, normalmente previsto in forza d'una criticabile lettura correttiva dell'art. 3 l. 689/1981, per cui si rinvia al Capitolo III, par. 9.

⁵⁰ Come sottolinea – C. E. GALLO, *op. cit.*, p. 238 – anche attraverso l'interrogatorio libero delle parti in udienza.

⁵¹ Sul rapporto tra ricorso principale e ricorso per l'accesso, Tar Piemonte, 30 luglio 2018, n. 922, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui «il rimedio di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a., attivabile in «un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa», presuppone la pendenza, nei confronti dell'Amministrazione che ha negato o comunque non soddisfatto la richiesta di accesso, del giudizio sulla controversia cui la richiesta di accesso agli atti si riferisce, e postula, pertanto, la contemporaneità o, quanto meno, la stretta correlazione temporale tra la richiesta di accesso agli atti rivolta all'Amministrazione e la pendenza del giudizio instaurato nei confronti della medesima; ove tale presupposto si verifichi, è, pertanto, consentito al ricorrente di esperire il rito in materia di accesso nel corso del giudizio pendente, con apposita istanza formulata con autonomo atto ma anche con l'atto introduttivo del giudizio; in tal modo, il giudizio amministrativo instaurato risulta, dunque, connotato da un'azione principale, ossia l'azione volta all'annullamento degli atti e/o provvedimenti gravati, e da un'azione definibile «incidentale», precipuamente diretta a chiedere ed ottenere lo «accesso agli atti» che – nel rispetto di un vincolo di strumentalità – si presentino di utilità ai fini del decidere».

merito della sua decisione, contrariamente a quanto accade, appunto nel processo civile ove la produzione per ordine del magistrato è subordinata a quella condizione e presuppone che chi lo sollecita abbia cognizione del contenuto di ciò che vorrebbe essere acquisito forzatamente.

4. *Accidentalità delle disparità processuali ed irrazionalità della differenziazione tra parti nei diversi processi di opposizione*

Preso atto dell'identità del bisogno di giustizia di chi si oppone alle sanzioni comminate, rispettivamente, da Banca d'Italia e Consob, da un lato, e da Ivass e Covip, dall'altro, ci si può chiedere se la differenziazione della posizione del ricorrente abbia una qualche razionale giustificazione. In linea di principio non parrebbe, infatti, che quella trovi una copertura nelle indicazioni costituzionali che consentono l'attribuzione d'una materia alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario⁵². Infatti, l'art. 113, comma 3, Cost., si limita a rimettere legge l'individuazione degli organi giurisdizionali che possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti dalla stessa previsti, così ammettendo la deroga anche all'attribuzione al Consiglio di Stato ed al Tar della giurisdizione generale di legittimità prevista dall'art. 103, comma 1, Cost. Ma un conto è ammettere diverse giurisdizioni altro è ammettere, come conseguenza scontata, che da quella sia dato derivare un'eterogeneità sostanziale dei livelli di tutela che certo non si possono intendere come derivazione di una scelta – per talune materie – inversa a quella della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In altri termini, quella diversità non è un'implicazione dell'attribuzione al giudice ordinario della cognizione di questioni in cui si discute tanto di interessi legittimi che di diritti soggettivi e lo si abilita anche all'annullamento degli atti lesivi ed, eventualmente, alla loro riforma parziale o sostituzione⁵³.

Un'elementare esigenza di parità sostanziale, però, imporrebbe di far corrispondere a situazioni di bisogno identico, fatte valere innanzi a giudici distinti, le medesime regole processuali, a meno che non emergano obiettive esigenze particolari od una differenziazione si renda necessaria in ragione della specifica materia del contendere. Dunque, dovrebbe apparire spiegabile il perché di una differenziazione, che si sostanzia in un

⁵² S. CIMINI, *op. cit.*, p. 400 e spec. 405 ss.

⁵³ G. COSTANTINO, *op. cit.*, pp. 40-41.

rito «supercompatto», secondo alcuni a carattere sostanzialmente sommario⁵⁴, che contempla una concentrazione processuale che offre – almeno nella prassi – scarsi margini per una verifica in contraddittorio del fondamento della pretesa e, se si vuole, anche in controtendenza rispetto alle indicazioni dell'art. 111, commi 2 e 5, Cost.

Una verifica alla luce della disposizione costituzionale sul giusto processo si impone in quanto quella, se pur pensata tenendo presente il processo penale, è gravida di ripercussioni anche nel processo amministrativo⁵⁵ e, si può aggiungere, in ogni altro giudizio in cui si fa questione del corretto esercizio d'un potere amministrativo anche d'accertamento come appunto nel caso delle opposizioni alle sanzioni. Nella prospettiva costituzionale, infatti, il giusto processo è quello in cui le parti controvertono su di un piede di parità dinanzi ad un giudice senza preclusioni, in cui, salvo deroghe, la formazione della prova avviene nel processo e, dunque, da cui in principio sono bandite tutte le forme di preconstituzione della prova.

Poste tali, quasi scontate premesse, la genesi dell'attuale sistema processuale differenziato ne dimostra l'obiettivo irrazionalità e, dunque, anche il suo dubbio fondamento costituzionale, tale da rendere quanto meno necessaria l'adozione di interventi tali da riallineare la disciplina delle opposizioni alle sanzioni amministrative di Banca d'Italia e Consob a quelle di Ivass e Covip.

La giurisdizione sulle sanzioni amministrative pecuniarie derivò dalla abolizione del contenzioso amministrativo per effetto della l. 2248/1865 per, poi, rimanere al giudice ordinario per il consolidarsi dell'argomento retorico che, svalutando il provvedimento, legava l'insorgenza della sanzione alla preesistenza di una obbligazione pecuniaria⁵⁶. Successivamente la prima legge bancaria del 1936, con il suo art. 90, affidava le impugnazioni contro le sanzioni di Banca d'Italia alla Corte d'appello di Roma. Devoluzione al giudice ordinario – che si rivelò in linea con l'impostazione della l. 24 novembre 1981, n. 689 – anche se sviluppatasi secondo un rito speciale che poi veniva confermato nel 1993 dall'art. 145

⁵⁴ S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 9; E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 151 ss.

⁵⁵ F. MERUSI e E. FREDIANI, *op. cit.*, pp. 232-233.

⁵⁶ F. MERUSI, *Dal 1865 ... e ritorno al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 687.

Tub e per esteso, per le opposizioni alle sanzioni amministrative, dall'art. 195 Tuf.

Nel corso degli anni '90, peraltro, si svilupperà una diversa tendenza che radicava innanzi al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – le opposizioni contro le misure punitive delle autorità di vigilanza (Agcm, Agicom, Aeeg, Covip), cui seguiva l'epoca di razionalizzazione del codice del processo amministrativo che con il suo art. 133, comma 1, lett. l, attribuiva al giudice speciale la cognizione di tutti i provvedimenti – anche punitivi di Banca d'Italia e Consob – estendendo anche a quelli il regime già vigente per il controllo degli altri atti adottati nell'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Come è noto, il sistema è stato poi stravolto e riportato al passato da due criticatissime sentenze della Corte costituzionale⁵⁷ – che hanno annullato – per eccesso di delega – la disposizione che realizzava la concentrazione. Discutibilmente⁵⁸, per la Consulta, la legge delega non consentiva l'opera di razionalizzazione; non si poteva dare luogo ad uno spostamento della giurisdizione perché tra i criteri orientatori del delegato era indicata la giurisprudenza delle Corti superiori e la Cassazione riservava al giudice ordinario la cognizione delle questioni relative alle sanzioni, quali quelle pecuniarie, che non si possono considerare espressione di discrezionalità amministrativa⁵⁹.

Dunque, in nome della tradizione, si interrompe l'estensione di un modello di doppio grado di giudizio di merito⁶⁰, proprio non solo del regime generale delle sanzioni amministrative ma esteso ad ogni pro-

⁵⁷ Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162 e Corte cost., 13 aprile 2014, n. 94, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*, che, rispettivamente, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega degli artt. 133, comma 1, lett. l, 134, comma 1, lett. c. e 135, comma 1, lett. c, del cod. proc. amm. e delle disposizioni abrogative della precedente disciplina posta dal Tuf e dal Tub. Per un'analisi e ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 141 ss.

⁵⁸ Per una critica serrata si vedano anche M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel balletto delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1166 ss. Per ulteriori riferimenti, oltre a quelli citati nelle note precedenti, si rinvia a E. GUARNIERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in *Banca, impresa e società*, 2019, p. 559 ss.

⁵⁹ M. CLARICH e A. PISANESCHI, *op. cit.*, pp. 172 –173.

⁶⁰ Sottolineano la criticità di tale ritorno al passato, ricordando come la soluzione del doppio grado di giudizio, se pur non costituzionalizzata, dovrebbe quanto meno apparire ragionevole e giustificabile con la necessità della tutela di interessi fondamentali, concorrenti come quelli alla difesa, E. BINDI e A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 154 ss.

cesso in cui il cittadino si oppone ad una pretesa della parte pubblica come si trae sia dal regime del processo tributario che da quello innanzi alla Corte dei conti, resi tutti in doppio grado, in cui l'oralità è accompagnata dall'attribuzione al privato del diritto di produrre scritti difensivi ulteriori rispetto al suo primo atto di costituzione.

5. *Latitudine e profondità del controllo giudiziale e l'atteggiamento del giudice*

Come s'è visto i diversi regimi processuali, al di là delle sensibili differenze, impongono tanto al giudice civile quanto a quello amministrativo, di sviluppare, nei limiti dei motivi di impugnazione, la verifica di correttezza della determinazione punitiva e della validità della stessa anche alla luce del contesto in cui è stata assunta. Le diverse disposizioni sul processo – in linea con le nostre indicazioni costituzionali (art. 103, comma 3, Cost.) ed in sintonia con quelle sovranazionali (art. 47 Carta UE e art. 6 Cedu), consentono che nel giudizio si sviluppi un controllo pieno, punto per punto, della determinazione impugnata, idoneità resa evidente dall'attribuzione ai giudici d'un autonomo potere di ricerca della prova.

Le potenzialità del sistema processuale non implicano necessariamente la garanzia del buon risultato – cioè della piena giurisdizione – perché l'impiego dello strumento dipende da chi lo usa, dalla sua propensione a come impiegarlo, cercando di sfruttarlo al massimo per realizzare al meglio la funzione a cui è preposto. Ne è esempio la storia della giurisprudenza amministrativa del dopo guerra impegnata in uno sforzo – ininterrotto – e sempre più intenso – teso a piegare l'originario processo d'annullamento dell'atto amministrativo – in un giudizio, che pur conservando la forma del rito di annullamento, fosse in grado di soddisfare a pieno il bisogno di giustizia del cittadino⁶¹.

Quella, infatti, per rispondere a quel bisogno di tutela, che portò alla nascita del giudice amministrativo, legato all'accrescimento del ruolo della P.A. e, dunque, ad un maggior rischio di illegittimità⁶², progressivamente rimodulò il proprio sindacato. Già alla fine del secolo scorso le sentenze

⁶¹ F. MERUSI e E. FREDIANI, *op. cit.*, p. 181.

⁶² A. MASSERA, «Giustizia nell'amministrazione» e «ingiustizie amministrative» tra passato e presente, in *Dir. publ.*, 2020, p. 33 ss.

del giudice amministrativo rivelavano come lo stesso non fosse più un giudice speciale investito di una giurisdizione oggettiva – perché diversa da quella ordinaria cui spettavano le controversie sui diritti civili e politici; dunque, non più chiamato a sindacare questioni legate, secondo le parole di Silvio Spaventa, al corretto esercizio del potere, rispetto cui l'interesse individuale era semplice «motivo e occasione» della verifica giurisdizionale sull'atto che, al più, poteva condurre al suo annullamento⁶³. Infatti, le sue pronunce avevano superato «il diaframma dell'atto» estendendo il giudizio di legittimità sullo svolgimento della funzione amministrativa. Dunque, effettuava un sindacato sulle modalità di esercizio del potere con l'esame, in primo luogo, del complesso degli elementi che l'amministrazione aveva posto a fondamento delle proprie valutazioni. Esame, si evidenzia, che già in origine poteva essere svolto avendo riguardo al modo con cui si era sviluppata l'istruttoria e, dunque, non necessitava della più ampia disponibilità di mezzi di prova⁶⁴.

D'altronde si trattava di una evidenza scontata se si considera che è pacifico che la sentenza di annullamento può avere un contenuto conformativo e, dunque, porre anche le condizioni per il riesercizio del potere; infatti, «il contenuto decisorio conformativo si giustifica solo se l'oggetto del processo si allarga oltre l'atto impugnato, a comprendere questioni attinenti alla (ulteriore) tutela delle situazioni giuridiche coinvolte (diritto soggettivo o interesse legittimo) ovvero, se si preferisce, al modo di esercizio (futuro, ossia successivo all'annullamento) del potere amministrativo»⁶⁵. Peraltro, come è stato sottolineato, l'evidenza dell'attenzione o concentrazione del giudizio amministrativo sul rapporto e non sull'atto risulta innegabile nei casi in cui il processo riguarda un'attività vincolata della P.A., in cui necessariamente l'oggetto del sindacato è la fondatezza della pretesa fatta valere dal privato come tradotta nell'atto di iniziativa procedimentale in caso di interesse pretensivo⁶⁶ o, si può aggiungere, l'infondatezza della pretesa dell'amministrazione in ipotesi d'un interesse oppositivo, come accade nel «rapporto sanzionatorio».

Se si torna al nostro tema, quanto meno a livello di dichiarazioni di

⁶³ A. MASSERA, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁶⁴ F. MERUSI e E. FREDIANI, *op. cit.*, p. 182.

⁶⁵ Così, F.G. COCA, *Caratteri generali del processo amministrativo*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 159.

⁶⁶ F. MERUSI e E. FREDIANI, *op. cit.*, p. 186.

principio o d'intenti, si registra una condivisione in punto di profondità del controllo del giudice sui provvedimenti punitivi siano essi adottati da Ivass o Covip che da Banca d'Italia o Consob. Tanto per la giurisprudenza amministrativa che per quella ordinaria, il ricorso instaura non solo un giudizio sull'atto ma allargato al rapporto sottostante, implicando la necessaria ricostruzione di fatti, situazioni che trascendono le caratteristiche dell'atto⁶⁷.

Alla affermazione di principio, però, fanno seguito sviluppi pratici assolutamente diversi.

Per il giudice amministrativo non vi sono preclusioni ad una ampia indagine che si sviluppa nel modo più esteso, avendo riguardo all'atto, alla sua motivazione e da quella «scende» a considerare la dinamica dell'istruttoria, l'attendibilità dei suoi risultati anche se il contenuto della decisione impugnata è fondato su valutazioni opinabili. La presa d'atto che anche nei confronti delle amministrazioni indipendenti il giudice è chiamato a svolgere un controllo pieno non «cassatorio» ma «sindacatorio», porta a respingere adesioni acritiche alle ricostruzioni dell'amministrazione resistente anche se presuppongono l'applicazione di parametri non univoci ad attendibilità obbligata⁶⁸. Anche questi, infatti, sono oggetto di verifica, non in termini di attendibilità ma di maggior attendibilità, per cui l'opinabile non va a delimitare un'area esclusa dal sindacato, che, non è mai sostitutivo della P.A., perché il giudice è chiamato a controllare l'applicazione della norma, a riscontrarne il rispetto da parte della P.A., tramite il confronto tra fatto storico e fattispecie astratta⁶⁹. Il giudice, dunque, è obbligato – per rispondere alla domanda di giustizia, a controllare punto per punto il modo di esercizio del potere – avvalendosi d'ogni strumento a sua disposizione anche ricorrendo alla consulenza tecnica d'ufficio quando questa risulti necessaria per lo svolgimento di un sindacato di piena attendibilità tecnica dei criteri autorizzati dall'autorità per determinare il contenuto della decisione sfa-

⁶⁷ È costante nella giurisprudenza civile l'affermazione secondo cui i vizi procedurali o, comunque, i difetti della determinazione punitiva sono superabili e compatibili con le prescrizioni sovranazionali, tra cui l'art. 6 Cedu, in quanto il sistema domestico garantisce un «ricorso di piena giurisdizione, con potere al giudice di sindacare, in fatto e in diritto, la fondatezza, l'esattezza e la correttezza della «decisione» amministrativa e della sanzione inflitta» come sostenuto, all'indomani della sentenza Grande Stevens, da Cass., 15 dicembre 2015, n. 25141, in *De Jure*, e poi ripetuto dalle sentenze successive.

⁶⁸ Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁹ Cons. St., sez. VI, 4990/2019, *cit.*

vorevole al ricorrente come, peraltro, è orientata – sia pur con prudenza – la stessa Corte di giustizia⁷⁰.

Dunque, il giudice, a fronte di un motivo di ricorso che censura gli accertamenti e le valutazioni della P.A., non può astenersi dal verificarle od addirittura rifiutarsi di valutarle punto per punto, così come non gli è dato esimersi dal ricostruire, nelle circostanze e nelle peculiarità che lo contraddistinguono, il caso concreto portato alla sua cognizione⁷¹.

Completamente diverso è il dubbio atteggiamento del giudice ordinario secondo cui il giudizio di opposizione alla sanzione si sostanzierebbe nell'esame di una situazione giuridica posta a base dell'atto impugnato (di natura ricognitiva accertativa) come tale assolutamente insensibile ai vizi dell'attività procedimentale da cui potrebbe totalmente prescindere⁷². Infatti, l'attività dell'amministrazione non potrebbe mai incidere sulla sostanza della pretesa decritta nella determinazione contestata. Il rapporto da considerare, in altri termini, sarebbe una relazione legale, puntualmente definita dalla legge; questa, infatti, indicherebbe nella violazione del precetto la fonte d'un'obbligazione derivante dal fatto storico, esistente indipendentemente dall'attività. Ciò perché l'autorità «che procede alla irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie non esercita, infatti, un potere amministrativo in senso proprio e con effetti costitutivi, ma adempie semplicemente al dovere istituzionale di provvedere alla riscossione di un credito già sorto per effetto della violazione»⁷³.

L'impostazione seguita dalla Corte regolatrice non risulta condivisibile basandosi su di una serie di equivoci smentiti da dati evidenti quali l'esistenza di «riserve di amministrazione», la natura vincolata del potere, l'irrelevanza del procedimento acclarativo rispetto al risultato cui questo conduce, l'irrelevanza fenomenica o la carenza di precettività del

⁷⁰ In tal senso si vedano le considerazioni e la giurisprudenza richiamata nell'approfondimento dell'Ufficio studi e massimario del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le autorità indipendenti*, 2017, spec. pp. 16-17, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ Così L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 745-746.

⁷² A. GENOVESE, *Il controllo del giudice sulla regolazione finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, I, p. 55 ss.

⁷³ Così A. GENOVESE, *op. loc. cit.*

provvedimento a contenuto ricognitivo – in grado quanto meno di creare un'apparenza legale – la riconducibilità delle regole sanzionatorie delle autorità dei mercati finanziari a precetti ad operatività meccanica quali quelle del codice della strada che accoppiano automaticamente un fatto ad una data sanzione.

A prescindere dal fatto che è quanto meno dubbia la correttezza dell'equiparazione degli illeciti ad accertamento semplice a quelli complessi⁷⁴, si deve ricordare come il carattere ontologicamente discrezionale della funzione punitiva⁷⁵ risulta ormai confermato da univoci elementi normativi⁷⁶.

Come s'è visto le sanzioni delle autorità di vigilanza prevedono una varia opera di «contestualizzazione» di concetti giuridici indeterminati e di clausole generali che sono il risultato di scelte di politica regolatoria delle medesime, tese all'individuazione del comportamento dovuto ed alla definizione del «credito sanzionatorio» per cui è da escludere l'esistenza d'automatismi o di doveri d'esazione di pretese predefinite⁷⁷.

Se visto, peraltro, come la discrezionalità punitiva sia confermata da più disposizioni di Tuf, Tub e cod. ass. che rimettono alle diverse autorità di settore il potere di valutare se punire⁷⁸ e come punire⁷⁹, così smentendo l'idea dell'esistenza d'un credito da esigere nonché di quella della necessità della sua esazione. E certamente, è indicativa, di un margine di scelta, la prerogativa riconosciuta ad Ivass (art. 311-*ter*, comma 1, lett. a; art. 324-*quater* cod. ass.), a Banca d'Italia (art. 144-*bis*, comma 1, Tub), a Consob (art. 187-*ter*, comma 1, lett. a-b; art. 192-*bis*, comma 1, lett. a-b; art. 193, comma 1, lett. a-b; art. 194-*quarter*, comma 1, lett. a-b Tuf) di adottare una misura punitiva alternativa alla sanzione pecuniaria in caso di accertamento di violazioni connotate da scarsa offensività o pericolosità. L'autorità di vigilanza, infatti, in un primo momento

⁷⁴ Come sottolinea M. CLARICH, *La prospettiva di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo*, in AA. Vv., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, cit., p. 81, da cui si è tratto il riferimento al codice della strada.

⁷⁵ Capitolo II, par. 5.

⁷⁶ Ed impregiudicata la circostanza che all'origine della qualificazione della natura vincolata del potere punitivo vi era una ragione di giurisdizione tesa a concentrare in capo al giudice ordinario la cognizione delle cause di opposizione alle sanzioni comminate da Banca d'Italia e Consob. Sul punto si rinvia a Capitolo II, par. 3.

⁷⁷ Capitolo II, par. 5.

⁷⁸ Capitolo II, par. 6.

⁷⁹ Capitolo II, par. 7.

valuta il livello di tollerabilità della violazione e le eventuali ricadute sul settore regolato e, poi, deve determinare il contenuto del provvedimento sanzionatorio alternativo, avente identica funzione, che però garantisce diversi livelli di tutela e, si sottolinea, con un ulteriore paradosso; dovrà, cioè, definire il dispositivo d'un provvedimento che, fissando un ordine di eliminazione delle violazioni contestate, delinea caso per caso, la «condotta riparatoria» magari spingendosi oltre, imponendo – in ragione della situazione rilevata – le specifiche modalità correttive da osservare ed il termine entro cui attuarle.

L'esclusione dell'esistenza d'un credito «certo, liquido ed esigibile» riporta, dunque, necessariamente l'attenzione sul procedimento in cui si verifica la sua esistenza – o, se per assurdo, esistente lo si determina – e di qui la necessità di prestare attenzione al modo con cui la P.A. compie l'operazione tanto più quando quella non è il risultato di una o più «fasi» meccaniche. Emerge, dunque, non già l'esistenza di un dovere istituzionale d'esazione della prestazione ma di un dovere istituzionale di correttezza dell'amministrazione – obbligata a rispettare le regole del procedimento – ai fini della verifica dell'esistenza del credito e della sua liquidazione.

È ragionevolmente certo, peraltro, che non è possibile svalutare la rilevanza della dinamica procedimentale, come emergente dalla motivazione del provvedimento, sostenendo che è sufficiente che in quella si riflettano gli elementi minimi necessari per salvaguardare le esigenze difensive del sanzionato – e consentire l'esercizio – indicando «gli elementi della violazione addebitata» di modo che l'ingiunto possa fare valere in sede di opposizione le proprie ragioni ed il giudice «esercitare il controllo giurisdizionale richiesto» e tramite la cognizione piena «valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa (eventualmente non esaminate o non motivatamente respinte) in quanto riproposte nei motivi d'opposizione»⁸⁰.

Il procedimento non può essere surrogato dal processo perché nel corso di quello vengono accertate l'esistenza delle condizioni della pretesa formulata nel suo atto d'avvio, cioè nella contestazione degli addebiti. Il depotenziamento del ruolo della motivazione si presta ad essere impiegato come depotenziamento se non negazione del giudizio sul rapporto perché solo dall'esame della motivazione si possono desumere le

⁸⁰ A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 57.

ragioni del fatto e del diritto che sorreggono la decisione. Il giudizio sul rapporto, se si vuole la verifica sul modo con cui si è sviluppata l'azione amministrativa, non può prescindere da come la P.A. ha apprezzato gli elementi raccolti per poi passare a riscontrare il modo con cui li ha raccolti e se quest'ultimo può avere inciso negativamente sul loro corretto apprezzamento. E da qui l'obbligo del giudice ordinario, in sede di giurisdizione esclusiva, di prestare attenzione e valutare tutti i vizi di legittimità al pari di quanto viene effettuato dal giudice amministrativo sia in sede di giurisdizione di legittimità che esclusiva o di merito.

Ma vi è di più, la negazione della rilevanza dei vizi di legittimità diversi da quelli dell'inesistenza della pretesa – dunque, della violazione di legge – implica un doppio assurdo. Un primo, dato dalla circostanza che due giudici, investiti delle stesse giurisdizioni esclusive, su provvedimenti che generano il medesimo bisogno, potrebbero censurare il provvedimento in base ad una distinta serie di vizi. Il secondo, poi, si avrebbe in quanto quel sindacato esteso ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo – che il giudice ordinario compie ai fini dell'eventuale disapplicazione dell'atto rilevante per la decisione della causa – non verrebbe svolto dallo stesso giudice ordinario quando è investito (a titolo principale) del potere di controllarlo ed, eventualmente, annullarlo o riformarlo.

I vizi dell'atto, che è prodotto del procedimento, riflettono l'andamento dello stesso che, a sua volta, presuppone il rapporto amministrativo che è incentrato su di una situazione giuridica soggettiva quale, nel caso delle sanzioni – se visto dal lato passivo – subire o non subire (legittimamente) una punizione.

In altri termini, non si può prescindere dal procedimento perché quello presuppone un rapporto giuridico sostanziale al cui fondo si individua un bene della vita compromesso della pretesa dell'amministrazione. Se, infatti, si ritiene che ogni procedimento presupponga una situazione giuridica sostanziale, non è dato immaginare un processo effettivo – in grado di ristabilire l'equilibrio in concreto turbato dall'atto sospetto di illegittimità – senza che il giudice controlli il modo con cui l'amministrazione ha concretizzato il comando astratto fissato dalla legge o da altra fonte ad esso deputata⁸¹.

Non si può trascurare il procedimento perché per l'attività ammini-

⁸¹ Cfr. M. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 55 ss. e spec. p. 64.

strativa è sostanza e la motivazione è elemento sostanziale⁸² da cui non è dato prescindere né è possibile ridurla ad elemento formale dell'atto, irrilevante sia ai fini della sua validità che del giudizio.

Il procedimento – il corretto susseguirsi delle sue fasi – è condizione per la produzione dell'effetto tanto nel diritto pubblico quanto nel caso in cui si debbano soddisfare delle pretese fondate su relazioni tra privati. Se si volesse replicare la tesi qui criticata, portando alle estreme conseguenze la negazione della valenza garantistica di ogni procedimento in nome della semplice esistenza e preminenza di una pretesa sostanziale, si dovrebbe ammettere la possibilità di realizzare coattivamente un'obbligazione portata da una sentenza di primo grado, cui non è stata apposta la formula esecutiva e neppure è stata notificata perché tanto ciò che giustifica l'iniziativa unilaterale è già stato accertato.

Volendo concludere, sembra potersi dire che l'atteggiamento del giudice ordinario va ben oltre quell'autolimitazione ad un sindacato esterno, censurato dalla più autorevole dottrina⁸³. Il controllo esterno, che richiama il c.d. (superato) sindacato debole, infatti, sviluppa il suo esame partendo dalla motivazione per allargarsi, sia pur limitatamente all'istruttoria; quindi, non si arresta a fronte di affermazioni non adeguatamente giustificate, perché la motivazione è elemento strutturale del provvedimento⁸⁴ e da quella procede per sviluppare il controllo del rispetto delle condizioni che la legge pone all'autorità decidente. Conseguentemente si deve escludere che quelle potenzialità processuali riconosciute al giudice ordinario siano tali da garantire, anche astrattamente, un rimedio giurisdizionale adeguato e conforme alle indicazioni costituzionali (art. 113, comma 3, Cost.) e sovranazionali (art. 6 Cedu) perché il primo ritiene di non potere verificare pienamente la correttezza della decisione della P.A. rendendosi così «parziale»⁸⁵. Parzialità che appare più

⁸² Per l'affermazione del ruolo di elemento essenziale della motivazione e per una critica alla tendenza riduzionista della giurisprudenza formatasi sui provvedimenti delle autorità indipendenti, si segnala G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive ed approdi*, in *Dir. proc. amm.*, p. 2017, p. 1280 ss.

⁸³ S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁴ Per sindacato debole si intende quello svolto dal giudice sugli atti delle autorità che si arresta quando emergono valutazioni opinabili che lo stesso riteneva di non poter vagliare in ragione di una presupposta diversa natura della valutazione dell'autorità indipendente rispetto a quella propria. Sulla distinzione, per tutti, S. NICOLAI, *op. cit.*, pp. 10-13.

⁸⁵ Cft. L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 243.

evidente quando, anziché, verificare la fondatezza della pretesa avanzata dalla P.A., assimilata al risultato di un procedimento a cognizione differita, grava non l'amministrazione ma il ricorrente, che è convenuto sostanziale, della dimostrazione dell'invalidità dell'atto e della illegittimità della pretesa punitiva.

6. *Esclusione della valenza dimostrativa privilegiata delle determinazioni formate dalla P.A. resistente*

Corollario del processo di piena giurisdizione – od equo (art. 113, Cost; art. 47 Carta UE; art. 6, par. 1, Cedu) – è quello della esclusione di qualunque valore preferenziale agli atti ed apprezzamenti provenienti da una pubblica amministrazione anche se il loro «pregio» probatorio derivi da una disposizione normativa. Nella prospettiva d'interesse – seguendo l'impostazione più rigorosa – dunque, il giudice dell'opposizione deve poter verificare nel contraddittorio delle parti ogni fase dell'accertamento, ogni valutazione e apprezzamento, libero da qualunque vincolo⁸⁶. È questa una conseguenza che deriva – prima ancora che dall'esigenza di garantire la parità sostanziale dei contendenti – dalla necessaria imparzialità del giudice che è qualità che contraddistingue e caratterizza la sua azione e funzione. È, infatti, l'imparzialità che gli impone di escludere qualunque preferenza per la parte pubblica e che, ulteriormente, lo obbliga ad accogliere la domanda del ricorrente se la resistente non prova l'altrui colpevolezza (art. 6, comma 11, d. lg. 150/2011)⁸⁷. Da quell'interpretazione rigorosa, dunque, deriva l'incompatibilità dell'atteggiamento di deferenza dei nostri giudici a prendere «per buone» le affermazioni delle autorità di settore, per il fatto della loro provenienza, sol si considera che nella prospettiva europea è bandito anche ciò che dispone il legislatore.

Nella prospettiva di imparzialità e di parità sostanziale delle parti nel processo la Corte Edu ha negato vigorosamente, con un orientamento

⁸⁶ F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, comma. 1, d. legis. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, p. 207 ss.; ID, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1 ss.; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 420.

⁸⁷ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 418.

ormai consolidato, la correttezza dell'atteggiamento, anche del giudice italiano, che arresta il suo giudizio innanzi ad accertamenti tecnici precedentemente compiuti da organi della P.A. o che chiede – compatibilmente con le regole del proprio rito – che la stessa amministrazione svolga degli accertamenti rilevanti ai fini della decisione⁸⁸.

Per la Corte Edu⁸⁹, infatti, contrasta, con il principio della parità e neutralità del giudice, il fatto che lo stesso – per risolvere la questione tecnica, determinante ai fini dell'esito della causa – domandi una verifica, come possibile per il diritto nazionale (*ex art. 66 cod. proc. civ.*), non ad un organismo di altra amministrazione bensì ad uno inserito nell'apparato organizzativo del ministero resistente, cui sono legati da rapporto di servizio la maggioranza dei componenti del collegio di esperti⁹⁰.

L'impostazione rigorosa è stata, poi, riaffermata successivamente negando che il giudice possa accordare preferenze a valutazioni tecniche dell'amministrazione formatesi al di fuori del giudizio, a prescindere dalla loro qualificazione ed alle circostanze che gli esiti di quelle siano state formulate dopo una qualunque forma di confronto (amministrativo) con la parte sfavorita⁹¹.

Come anticipato, il giudice di Strasburgo mira a garantire la parità sostanziale delle parti nel processo che deve essere assicurata anche nei confronti di eventuali iniziative del legislatore che risulta così limitato nella sua discrezionalità. Neppure questo, infatti, nella logica della Convenzione, può introdurre misure che creino vantaggio alla P.A.⁹². Dun-

⁸⁸ F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative*, cit., p. 12.

⁸⁹ Corte Edu, 21 gennaio 2014, n. 48754, Placci c. Italia, par. 74-78.

⁹⁰ Nel caso che ha dato luogo alla sentenza Placci c. Italia, era controversa la sussistenza delle ragioni di una invalidità derivata da causa di servizio. Per risolvere il dubbio, il giudice amministrativo d'appello, con sentenza parziale (Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2011, n. 801, in *www.giustizia-amministrativa.it*) aveva disposto una verifica (*ex art. 66 cod. proc. amm.*), cioè aveva richiesto ad un organo amministrativo d'indicare se la patologia lamentata dal ricorrente – sulla base degli atti di causa e dell'ulteriore attività d'indagine ritenuta utile – potesse trarre origine dal periodo di leva obbligatoria. Coerentemente con l'interpretazione data all'istituto processuale della verifica – L. GIANI, *op. cit.*, p. 406 – il giudice amministrativo non investiva un organo tecnico di altra amministrazione ma uno istituito presso il ministero resistente, composto da cinque membri di cui necessariamente tre ufficiali medici ed altri sanitari provenienti da diverse amministrazioni.

⁹¹ Corte Edu, 8 ottobre 2015, n. 77212/12, Korosec c. Slovenia, par. 51; Corte Edu, 3 maggio 2016, n. 7183/11, Lentmčić c. Croazia, par. 67, in *www.echr.coe.int*.

⁹² F. GOISIS, *ult. op. cit.*, pp. 15-16.

que, neppure la legge – se non ricorrono adeguate e percepibili giustificazioni, non contraddette dai fatti di causa – può introdurre, tramite disposizioni di interpretazione autentica, norme con effetto retroattivo in grado di incidere sull'esito del processo, orientandolo in favore della parte pubblica.

Significativo esempio di tale impostazione è una relativamente recente censura mossa alla disciplina sul trasferimento del personale tecnico amministrativo della scuola. La Corte Edu ha riconosciuto la facoltà degli Stati di fissare, per ragioni d'interesse generale, la portata delle proprie disposizioni per, poi, escluderla se la norma interpretativa destinata ad operare retroattivamente rende impraticabile quella lettura ampiamente seguita ma svantaggiosa per la P.A.⁹³. È, perciò, contrario alla Convenzione l'intervento legislativo adottato molti anni dopo l'approvazione della legge, corretta successivamente all'avvio dei processi per neutralizzare le conseguenze d'una giurisprudenza sfavorevole all'erario⁹⁴.

Seguendo la logica del divieto di introduzione di limiti, si dovrebbe escludere che nel processo di opposizione possa essere fatta valere ogni prova legale, quindi, sia quanto un pubblico ufficiale verbalizzante attesta essere avvenuto in sua presenza o gli sia stato dichiarato⁹⁵.

L'originaria disparità tra parte pubblica e privata, da riequilibrare nel processo, dunque, dovrebbe indurre ad una lettura limitativa della prescrizione dell'art. 2699 cod. civ., intendendo contenuto il vincolo per il giudice alle controversie in cui si fa questione di diritti tra privati con esclusione dei giudizi di opposizione alle sanzioni ove non si rinven-

⁹³ Corte Edu, 14 gennaio 2014, n. 39180/08, Montalto c. Italia, par. 47-51, in *www.echr.coe.int.*, in particolare ha ritenuto integrare la violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu, per violazione del «principio di parità delle armi», l'introduzione da parte della Repubblica, dopo cinque anni dall'approvazione della legge interpretata (par. 52), d'una disposizione capace di incidere su di una moltitudine di processi in corso neutralizzando una costante giurisprudenza sfavorevole all'erario. Lo stato dei fatti, dunque, per il giudice europeo esclude che ricorressero quei motivi imperativi d'interesse generale ritenuti idonei dalla Corte costituzionale a legittimare l'intervento «interpretativo» diretto a neutralizzare gli effetti negativi dei processi.

⁹⁴ Sembra, infatti, ragionevole sostenere che la verifica compiuta dalla Corte Edu nella sentenza Montalto possa ascriversi a quel principio di razionalità e ragionevolezza che si richiede alla scelta legislativa ed è normalmente preso come riferimento dalla nostra Corte costituzionale, il cui riscontro non può prescindere da una situazione di fatto, come evincibile dalla documentazione del fascicolo di causa.

⁹⁵ F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 94.

⁹⁶ S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 419-420; F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 94 ss.

gono disposizioni specifiche⁹⁶. Interpretazione restrittiva, ancora, che potrebbe apparire più giustificata valorizzando la natura punitiva della sanzione amministrativa con conseguente estensione del principio di eccezionalità della formazione extraprocessuale della prova della colpevolezza.

Ma la lettura integrata delle disposizioni costituzionali ed europee si manifesta ancor più diromponente a fronte del più esteso riconoscimento di un peso particolare anche ai contenuti dei verbali delle P.A. non coperti da fede pubblica. In altri termini, porta ad escludere la correttezza di quella costante giurisprudenza che attribuisce valore determinante ad ogni indicazione che il pubblico ufficiale ritenga opportuno inserire nel documento che è tenuto a formare per dare conto del suo operato.

Ai fini di interesse ciò implica che il giudice non possa ritenere provata la fondatezza dell'illecito sanzionato, come avviene di regola, dai contenuti della relazione ispettiva che le autorità producono in giudizio. Ciò, non solo perché spostandosi l'oggetto del contendere sulla attendibilità del verbalizzato che sorregge l'atto, nella sostanza, si concentra la controversia sull'atto «presupposto» e non sul rapporto⁹⁷ ma anche – e soprattutto – perché in tal modo si pone a carico del ricorrente una presunzione, pur semplice, che egli deve sovvertire.

Come è stato evidenziato, non esiste alcuna ragione per sovvertire il principio di parità sostanziale nel processo né quello svantaggio probatorio pare giustificabile con ragioni di efficienza dell'azione punitiva e di buon andamento dell'amministrazione.

In conclusione, in assoluto, nella logica del giusto processo – di piena giurisdizione – non sembra possibile consentire all'autorità resistente di preconstituirsì prove privilegiate cioè elementi dotati di una attendibilità maggiore di quelli offerti dal ricorrente⁹⁸ e ciò anche se la legge vi attribuisca la natura di prova legale – e, dunque, anche se l'ordinamento riconosca al contenuto di quanto verbalizzato fonte di piena dimostrazione sino a querela di falso⁹⁹.

È, peraltro, da sottolineare come, anche nei limiti in cui è ammessa dal nostro ordinamento e quando sono rispettati tutti i requisiti formali richiesti¹⁰⁰, la prova legale risulta contraria alle caratteristiche del pro-

⁹⁷ S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 417-418.

⁹⁸ F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., pp. 94-96; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 414 ss.

⁹⁹ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 420.

¹⁰⁰ In particolare, S. CIMINI, *op. cit.*, ricorda come il riconoscimento di valore legale

cesso di c.d. piena giurisdizione e del suo corollario della concentrazione dei mezzi di tutela – indispensabili per garantire che il giudice possa effettuare un controllo su ogni aspetto della questione. Non si può certo sostenere l'esistenza di un appropriato rimedio processuale se le sue regole prevedono che la contestazione di quanto verbalizzato debba essere effettuata avviando un diverso ed autonomo processo innanzi ad un altro giudice¹⁰¹, gravando il sanzionato d'uno specifico onere probatorio spesso insostenibile o diabolico¹⁰².

A maggior ragione deve poi escludersi quella tendenza invalsa nella giurisprudenza a riconoscere particolare affidabilità a quelle valutazioni ed apprezzamenti, che non costituiscono prova legale, che il verbalizzante normalmente vi include per arricchire la descrizione dei fatti rilevati esprimendo dei giudizi di valore che esulano dall'accertamento dello stato delle cose nella loro oggettività. Quando cioè associano una valutazione d'insufficienza ad un evento disdicevole rilevato senza indicare il tipo di modello o parametro tecnico di valutazione impiegato per raffrontare la situazione rilevata.

7. *Il diritto ad un ricorso effettivo nella «logica del risultato»*

Se si prosegue la riflessione sui rimedi giurisdizionali, ragionando in una «logica di risultato», ci si può chiedere se il giusto processo, quello di piena giurisdizione, quel ricorso effettivo, sia tale solo se garantisce la possibilità di ottenere l'annullamento o la riforma dell'atto impugnato. Per completezza, dunque, par necessario dedicare un istante ad un quesito trascurato ma automatico per chi considera l'utilità dello strumento processuale, pensandolo in ragione della sua capacità di soddisfare il bisogno di tutela che, nel caso di specie, è il bisogno di chi è stato sottoposto illegittimamente ad una punizione per ciò stessa ingiusta.

Se si scorrono gli studi dedicati alle sanzioni amministrative e quelli al giusto processo¹⁰³ si nota immediatamente come tutta l'attenzione sia concentrata sul modo con cui intendere l'imparzialità del giudice, sia a

del «verbalizzato» è subordinato alla ricorrenza di alcuni requisiti formali quali l'espressa autorizzazione legislativa per «attribuirgli pubblica fede» (art. 2699 cod. civ.).

¹⁰¹ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 417.

¹⁰² F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 95.

¹⁰³ Si veda la dottrina indicata nelle note precedenti.

livello di Costituzione che di Carte sovranazionali, «lasciando nell'ombra» il tipo di utilità che ci si può attendere dal giusto processo e dal principio della *full jurisdiction*. Si è ribadito che l'ultima espressione allude ad un sindacato assai vasto e penetrante la cui pienezza va accertata in concreto in relazione alla specifica controversia e, dunque, si impone di guardare a come il giudice ha risposto alle specifiche esigenze di tutela sviluppando un sindacato non solo di legittimità ed un'istruttoria formale¹⁰⁴, di per sé non insufficiente, se il ricorrente si è limitato a censurare i profili di legittimità della decisione impugnata¹⁰⁵. Ciò anche perché nella logica compensativa dell'art. 6 Cedu la *full jurisdiction* non è una garanzia prevista dalla disposizione convenzionale ma un modo per recuperare quanto meno quelle garanzie in sede processuale¹⁰⁶. Viene, dunque, esaltata la possibilità e la qualità del controllo che può portare all'eliminazione dell'atto impugnato ma nulla più, forse perché gli autori – in massima parte cultori del diritto amministrativo – danno per acquisito che è scontato che l'eventuale annullamento o riforma della determinazione impugnata – può accompagnarsi, se richiesta – ad una condanna al risarcimento del danno provocato dall'illegittimo esercizio del potere (art. 30 cod. proc. amm.)¹⁰⁷.

È intuitivo, d'altronde, che una pronuncia costitutiva possa non essere idonea a soddisfare il bisogno di tutela ed, in particolare, ad eliminare tutte le conseguenze del provvedimento scorretto. Quell'atto, i cui effetti non sono sospesi dall'impugnazione, potrebbe avere arrecato un significativo pregiudizio al ricorrente ben più ampio del discredito legato alla pubblicazione della notizia della sanzione. Infatti, può avergli

¹⁰⁴ F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction*, cit., p. 205.

¹⁰⁵ Così si veda, Corte Edu, 27 settembre 2011, n. 43509/08, Menarini C. Italia, par. 65, *cit.*, secondo cui alla luce della domanda innanzi al giudice amministrativo si è svolto un processo di piena giurisdizione in quanto «Tar e Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla».

¹⁰⁶ F. GOISIS, *ult. op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁷ L'azione di condanna al risarcimento del danno arrecato dall'atto illegittimo è, infatti, sia pur con diversa modulazione, ammessa in ipotesi di giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito (art. 30 cod. proc. amm.). Per un caso di condanna al risarcimento del danno per applicazione di sanzione illegittima, si veda, Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266 (par. 7.2), in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha ritenuto fondata la domanda sulla base di una presunzione di colpa nella P.A. che aveva disposto l'applicazione della sanzione senza prima procedere, in sede istruttoria, al pieno accertamento degli elementi integranti la condotta illecita.

fatto perdere quell'onorabilità necessaria per l'assunzione o conservazione di ruoli gestori in enti finanziari, avergli impedito di accedere a nuovi incarichi, precluso tramite ordini inibitori la prosecuzione di attività remunerative od aver assoggettato il destinatario ad ordini di fare specifici sproporzionati, forieri di perdite economiche oltre che lesivi dell'autonomia imprenditoriale.

Ciò che però è scontato nell'opposizione che si svolge con le regole del processo amministrativo non lo è invece per quella disciplinata dal Tub (art. 145, comma 7-*bis*) e dal Tuf (art. 195, comma 7-*bis*) che con formule identiche prevedono che la sentenza che accoglie il ricorso può annullare «tutto o parte del provvedimento» o ridurre «l'ammontare o la durata della sanzione» ma non accenna al risarcimento.

La disciplina speciale sul possibile contenuto della decisione sembra escludere che ricorrendone i presupposti il magistrato possa accogliere la domanda ulteriore rispetto a quella relativa all'atto e, dunque, eliminare, per equivalente, la lesione materiale derivante dalla determinazione poi annullata con effetti retroattivi ma non toccata dall'esito positivo del ricorso. Lesione, peraltro, tanto più significativa nell'ipotesi – assolutamente verosimile – in cui non sia stata accolta la sospensione¹⁰⁸.

Fedele al testo della disposizione – coerente, peraltro, con la formula della normativa generale sulle opposizioni avanti al giudice civile (art. 6, comma 12, d. lg. 1 settembre 2011, n. 150)¹⁰⁹ – la giurisprudenza si è

¹⁰⁸ È da segnalare come quella tendenza «rigettista» delle Corti d'appello – segnalata da S. AMOROSINO, *op. loc. cit.*, p. 3 – che si è sostanziata nel dichiarare infondati sino al 2018 quasi il 95 % dei ricorsi – e che si è successivamente accentuata – sfiora il 99 % per quanto concerne le richieste di sospensione cautelare.

¹⁰⁹ A rigore le disposizioni di Tuf e Tub non risultano perfettamente coincidenti in punto di descrizione dei possibili contenuti delle sentenze di accoglimento parziale. Infatti, quelle prevedono che il giudice possa in assoluto ridurre la sanzione pecuniaria mentre l'art. 6, comma 12, d. lg. 150/2011, prevede un potere riduttivo contenuto nel minimo edittale poiché la rideterminazione non può mai portarsi al di sotto di quel caposaldo. Dunque, i giudici delle opposizioni di Banca d'Italia e Consob – sulla carta – potrebbero reputarsi investiti di un margine di apprezzamento più ampio che consente loro di sfondare il limite minimo. Pur con tutte le riserve e la consapevolezza della necessità di un adeguato approfondimento, sembra ragionevole aderire all'opzione della massima elasticità della determinazione giudiziale benché questa sia stata respinta dalla giurisprudenza. Prerogativa che pare essere giustificata dalla necessità della personalizzazione della sanzione la cui attuazione – per tenere conto della situazione economica del sanzionando – potrebbe richiedere un sensibile allontanamento dal minimo edittale. Per l'asserita modificabilità da parte del giudice della sanzione fissata dall'autorità nel minimo edittale, si veda App. Venezia, 21 maggio 2018, n. 562, par. 12, inedita.

espressa negativamente, ritenendo che «la natura stessa del procedimento strettamente sanzionatorio *ex art. 145 Tub* (...) escluda in radice la possibilità astratta di (...) far valere contestualmente pretese risarcitorie (ben azionabili in altra sede)»¹¹⁰.

La conclusione riduttiva del giudice civile non convince assolutamente e deve essere superata con una lettura costituzionalmente orientata del silenzio legislativo. Ed il tutto a tacere la circostanza che l'esclusione dell'ingresso della domanda risarcitoria aggraverebbe inesorabilmente quella ingiustificata differenza di trattamento che distanzia irragionevolmente la posizione di chi impugna un provvedimento punitivo di Banca d'Italia e Consob rispetto a chi contesta quelli di Ivass e Covip.

Se si ragiona in un'ottica di risultato non si può distinguere l'equo o giusto processo¹¹¹ dalla sua capacità satisfattiva poiché quello è nulla più che un mezzo per garantire un fine quale è la reintegrazione integrale della situazione giuridica soggettiva lesa, dunque, dando spazio anche alla domanda risarcitoria.

Significativa di quella idoneità del mezzo processuale alla soddisfa-

¹¹⁰ App. Roma, 9 gennaio 2020, n. 5193, p. 79 di motivazione, inedita.

¹¹¹ La Corte Edu ha, infatti, escluso la compatibilità con la disciplina dell'equo processo di sentenze che non contengono un puntuale esame delle argomentazioni del ricorrente ed, in specie, omettono di considerare taluni motivi di censura – Corte Edu, 18 maggio 2010, n. 38532/05, Udorovic c. Italia, par. 53-61, in *www.echr.coe.int*. Per il giudice di Strasburgo (par. 56) «Inoltre, il diritto ad un processo equo, garantito dall'articolo 6 § 1 della Convenzione, ingloba, fra altri, il diritto delle parti al processo a presentare le osservazioni che ritengono pertinenti al caso loro. La Convenzione non mira a garantire diritti teorici o illusori, ma diritti concreti ed effettivi (Artico c. Italia del 13 maggio 1980, serie A no 37, p. 16, § 33), questo diritto può essere considerato effettivo soltanto se queste osservazioni sono veramente “comprese”, ossia debitamente esaminate dal tribunale adito. In altre parole, l'articolo 6 implica soprattutto, a carico del «tribunale», l'obbligo di eseguire un effettivo esame dei mezzi, delle argomentazioni e delle prove offerte dalle parti, salvo poi valutarne la pertinenza (Van de Hurk c. Paesi Bassi del 19 aprile 1994, serie A no 288, p. 19, § 59)». Più recentemente Corte Edu, 6 febbraio 2020 – Ricorso n. 44221/14, Felloni c. l'Italia, par. 24, ha ribadito tale obbligo, pur escludendo l'esistenza di un dovere integrale di puntuale risposta a tutte le argomentazioni rigettate. In particolare, rimarca come i giudici nazionali «non sono tuttavia dispensati dal dover esaminare debitamente i principali motivi di ricorso che quest'ultima deduce e dal rispondervi (si veda, Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2) [GC], n. 19867/12, § 84, 11 luglio 2017). Se, per di più, questi motivi attengono “ai diritti e alle libertà” garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli – come il principio di non retroattività delle leggi penali più severe – i giudici nazionali sono tenuti ad esaminarli con particolare cura e rigore (Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, n. 76240/01, § 96, 28 giugno 2007, e Magnin c. Francia (dec.), n. 26219/08, 10 maggio 2012)».

zione del fine è la relativamente recente disposizione d'apertura del codice del processo amministrativo che indica come la giurisdizione del giudice speciale è tesa ad assicurare la piena ed effettiva tutela (art. 1) secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo e, dunque, dei diritti e degli interessi legittimi (art. 24, comma 1, Cost.); documento normativo, va sottolineato, che si pone in linea con le «carte sovranazionali». Infatti, l'art. 47, comma 1, Carta UE, antepone l'effettività del rimedio giurisdizionale (par. 1) e, dunque, la sua idoneità a garantire una piena tutela al metodo del processo, al suo essere percorso di soddisfazione equo ed imparziale della pretesa (par. 2)¹¹². La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce il diritto al ricorso effettivo contro le lesioni arrecate anche dalla P.A. nel suo art. 13, pur ponendolo dopo l'indicazione di metodo dell'art. 6 Cedu.

Lo stesso principio di concentrazione delle tutele – che è corollario del giusto processo – e parametro tramite cui valutare la piena giurisdizione, impone di ammettere il ricorrente alla formulazione congiunta della domanda d'annullamento e di quella di risarcimento. Dunque, porta a ritenere implicito ciò che non è espressamente menzionato.

Sarebbe altrimenti irragionevole pensare che ciò che per anni è stato indicato come motivo di insufficienza della tutela offerta dal processo amministrativo non lo sia per quello civile di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob.

A prescindere dal principio di effettività e del corollario della concentrazione delle tutele che tende a far risolvere ogni questione inerente allo stesso fatto nel medesimo processo, la proponibilità in sede d'opposizione della domanda risarcitoria ben può essere vista anche come forma di compensazione della scelta domestica di non ancorare l'effetto sospensivo alla notifica dell'atto di opposizione. In tal modo, infatti, si consentirebbe di eliminare con un'unica pronuncia gli effetti di quella determinazione amministrativa ad efficacia provvisoria, poi, rivelatasi vi-

¹¹² G. GRECO, *Monismo e dualismo del sistema della giustizia amministrativa: l'influenza del diritto europeo*, in *Riv. dir. publ. comm.*, 2019, p. 135 ss., ove viene sottolineato – ricordando la direttiva ricorsi 665/1989/UE, in punto di riconoscimento del danno del concorrente leso dalla stazione appaltante – come il diritto dell'Unione abbia stimolato il superamento di quegli ostacoli che si frapponevano al pieno esplicarsi delle potenzialità delle disposizioni costituzionali. In termini analoghi si veda A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 585 ss.

ziata, su cui l'amministrazione intimata non ha ritenuto di intervenire in via di autotutela.

8. *I livelli diversi di tutela e le spinte riduttive della Cassazione*

Chi volesse sintetizzare i risultati di un confronto tra il modello di opposizione alle sanzioni di Covip e Ivass da un lato e Banca d'Italia e Consob dall'altro potrebbe individuare due insiemi dai tratti ben definiti: il primo caratterizzato da regole processuali articolate, governate da un giudice – quello amministrativo – propenso a riconoscere un'effettiva parità nel processo a ricorrente e P.A. resistente, a «scandagliare» la dinamica del procedimento, la forza invalidante dell'inosservanza delle regole e la relazione sostanziale retrostante; un secondo, assolutamente contratto, diretto da un giudice – quello ordinario – orientato alla conservazione d'una differenziazione sostanziale tra parte privata e parte pubblica che si manifesta nella limitazione della rilevanza dei vizi della relazione procedimentale – tutti considerati formali – e nella definizione di ampie aree di insindacabilità delle decisioni amministrative impugnate realizzata tramite la negazione della natura discrezionale di quelli e/o della riconduzione della determinazione punitiva ad una manifestazione di «merito» amministrativo, dunque, d'una ponderazione riservata all'autorità¹¹³. Da un lato, dunque, un giudice tendenzialmente aperto a muoversi in un quadro processuale evoluto, dall'altro un giudice chiuso, avaro nell'impiegare tutta la discrezionalità che gli viene riconosciuta nel dirigere il processo e modellare il contraddittorio, reso, da una costante prassi applicativa, sostanzialmente inidoneo ad offrire una garanzia al punto di ritenere comprimibili anche quelle minime prescrizioni formali quali il diritto d'audizione dell'opponente.

Ora, a fronte della rilevazione di quella tanto evidente quanto irrazionale differenza, si potrebbe accompagnare una presa d'atto d'una patologia delle tutele offerte dal sistema italiano della doppia giurisdizione, sollecitandone una correzione. Auspicando, cioè, un quanto più pronto intervento nei confronti di una parte «malata» ma limitata, forti del fatto che il nostro assetto della doppia giurisdizione dovrebbe garantire una sorta di «cordone sanitario» a protezione, contro l'espansione

¹¹³ Capitolo II, par. 3 e par. 4.

dersi della tendenza al depotenziamento della tutela che ispira il giudice civile.

Il ruolo nomofilattico riconosciuto parimenti a Corte di cassazione e Consiglio di Stato¹¹⁴, in uno con la limitazione del ricorso per cassazione contro le sentenze del secondo giudice per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111, comma 8, Cost.), dunque, dovrebbe essere tale da proteggere da spinte involutive tali da disperdere quei progressi che hanno caratterizzato il processo amministrativo. Protezione, potrebbe continuarsi, ancora più efficace dopo che la Consulta nel 2018 – ponendo un limite alla «bulimia» della Corte regolatrice¹¹⁵ – ha escluso che il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (*ex art. 111, comma 8, Cost.*) comprenda anche «il sindacato sugli errori *in iudicando ed in procedendo*» contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti e, dunque, come il cattivo esercizio della propria giurisdizione si risolva in un errore all'interno d'essa, come già messo in luce da un proprio precedente arresto (Corte cost. n. 204/2004) ove veniva precisato che unità funzionale della giurisdizione non implica unità organica, con conseguente necessità di riservare una «divisione dei vari ordini dei giudici in diversi sistemi autonomi, ognuno del quali fa parte di sé»¹¹⁶.

Il messaggio rassicurante e, dunque, l'esclusione del rischio di compressione delle tutele non sembra completamente assimilato dalla Corte regolatrice. Questa, infatti, rinuncia alla propria idea estesa dell'eccesso di potere giurisdizionale solo quando sono in discussione atti delle amministrazioni tradizionali¹¹⁷ mentre la tiene sostanzialmente ferma¹¹⁸ in

¹¹⁴ Su cui per tutti, E. FOLLIERI, *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, 2015, in www.giustamm.it; ID, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1237 ss.

¹¹⁵ Corte cost., 6 gennaio 2018, n. 6, par. 11 di motivazione.

¹¹⁶ Dunque, riconducendo il controllo della Corte regolatrice in quello che potrebbe considerarsi il suo ambito fisiologico. Per un punto sul tema prima della pronuncia della Consulta, V. DOMENICHELLI, *Alcune note sul ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*, in *Scritti scelti di Vittorio Domenicelli*, cit., p. 541 ss.

¹¹⁷ Con riferimento al rigetto di un ricorso per cassazione d'una sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato una determinazione d'esclusione da una gara, si veda, Cass., Sez. un., 14 gennaio 2020, n. 414, in *De Jure*.

¹¹⁸ Sulla figura per tutti si veda, A. CASATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua incidenza sul sistema della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. publ.*, 2018, p. 635 ss.

ipotesi di impugnazione di atti di amministrazioni indipendenti¹¹⁹. Sia pur presentando un ossequio formale alle indicazioni della Consulta, la Cassazione ritiene che il giudice amministrativo non possa mai spingersi a sindacare «valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità (...) atteso che il giudice non può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità garante», mantenendo, così, viva una propria e risalente affermazione in punto di limiti esterni della giurisdizione¹²⁰.

Dunque, la Corte regolatrice sollecita una discutibile sostanziale limitazione dell'area del sindacabile, indirizzando un dubbio quanto vigoroso monito all'autocontenimento talvolta accolto da qualche giudice amministrativo disponibile ad arretrare l'area del proprio sindacato¹²¹.

Se non ci si inganna – in disparte l'esistenza di un marginalissimo spazio di insindacabilità – la dubbia coerenza dell'affermazione della Corte regolatrice emerge se si considera il senso che la stessa attribuisce al merito/riserva, svincolato dalla considerazione del tipo di giurisdizione affidata al giudice amministrativo in caso di provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti.

Se il giudice è investito di una giurisdizione di merito non c'è la possibilità d'escludere che quello si possa sostituire all'amministrazione perché riceve un'abilitazione dalla legge processuale. Il sindacato di merito, come nella giurisdizione esclusiva, presuppone quello di legittimità che è il controllo sull'esercizio del potere e, dunque, implica una verifica del modo con cui vengono sviluppate le valutazioni tecniche dell'autorità anche ove all'esito di corrette operazioni ricostruttive riemergano una

¹¹⁹ Così, Cass., Sez. un., 7 maggio 2019, n. 11929, in *De Jure*, per cui «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non si estende al merito, con conseguente sostituzione di un proprio provvedimento con quello impugnato, ed è contenuto in una verifica diretta dei fatti posti a fondamento dell'atto estendendosi, ove necessario per giudicarne della legittimità, anche ai profili tecnici, con esclusione di valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità nel qual caso il sindacato è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, atteso che il giudice non può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante».

¹²⁰ Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *De Jure*.

¹²¹ Sui cui oltre alla dottrina citata si vedano, G. SABBATO, *La full iurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in *Persona e amministrazione*, 2018, p. 299 ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello di sindacato generale sulle valutazioni tecniche. Il curioso caso delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 97 ss.

pluralità di soluzioni di «validità» tecnicamente equivalenti. Dunque, non è esatto ritenere che non vi sia spazio per un giudizio sulla scelta ed, ancora, non vi sia margine per una sostituzione dell'apprezzamento compiuto dalla P.A. resistente perché l'operazione preferita da quest'ultima deve essere vagliata alla luce delle tre componenti del principio di proporzionalità, specialmente in punto di valutazione di sostenibilità dei costi.

Al giudice amministrativo – in principio¹²² – spetta un sindacato esteso, da esercitare alla luce d'un principio normativo codificato, di valenza europea, che è ben più ampio del principio di razionalità e che gli consente di entrare nella ponderazione amministrativa e correggerla se questa si palesa scorretta. E proprio questo potere di correzione, che è la peculiarità della giurisdizione di merito, che esclude vi sia sostituzione, perché il giudice controlla quello che l'amministrazione ha fatto, dunque, non dispone ma verifica il rispetto della legge, intervenendo *a posteriori* anche se gli effetti della sua pronuncia saranno retroattivi.

Come è stato sottolineato¹²³, il ragionamento della Corte regolatrice postula una scissione innaturale tra sindacato sulla legittimità della scelta compiuta e valutazione dell'eventuale determinazione giudiziale sostitutiva che non ha ragione d'essere ed è contraria alla realtà del processo amministrativo.

Al giudice speciale, se ben si intende il ragionamento delle Sezioni unite, competerebbe una valutazione separata in due fasi «adiabatiche» in cui disporrebbe di spazi istruttori diversi. Il giudice amministrativo, in quella in cui verifica la legittimità della definizione del giudizio sul disvalore della condotta, dovrebbe svolgere un giudizio cassatorio – di legittimità a carattere limitato all'atto; in quello successivo, eventuale, in cui reputa di dover riformare la sanzione, invece, dovrebbe dispiegare un giudizio ampio, accedendo al fatto con tutti gli strumenti d'indagine a sua disposizione.

Ma così ragionando la Corte di cassazione dimentica la storia e dimentica le vicende evolutive del processo amministrativo; trascura che il controllo della corrispondenza del fatto alla norma¹²⁴ è caratteristica an-

¹²² Come il giudice ordinario investito di una giurisdizione estesa al merito.

¹²³ S. CIMINI, *op. cit.*, p. 436 ss.

¹²⁴ In tal senso si veda Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, par. 1.7, *cit.* Nella sentenza relativa ad una sanzione Agcm, dopo un richiamo a Corte cost., n. 6/2018, si legge che «nel doveroso rispetto delle prerogative della Corte di cassazione ed in una

che del giudizio di legittimità e tutti gli strumenti istruttori possono essere impiegati dal giudice per conoscere il fatto indipendentemente dal tipo di giurisdizione di cui è investito¹²⁵.

9. *Il secondo fronte di ridimensionamento del procedimento: l'erosione della giurisdizione sui regolamenti*

Un autorevole studioso¹²⁶, sottolineata la rimozione da parte del giudice di Banca d'Italia e Consob del ruolo del procedimento e della svalutazione di ogni prescrizione garantistica, rilevava come una qualche «contropinta» o stimolo al recupero della considerazione delle regole sull'azione delle autorità provenisse dal giudice amministrativo. Questo, nel sindacare la legittimità dei regolamenti punitivi delle autorità di vigilanza e, dunque, mantenendosi rigorosamente nell'ambito della propria giurisdizione, aveva riportato all'attenzione la questione del rispetto dei principi del giusto procedimento anche da parte degli atti normativi delle autorità di vigilanza diretti a disciplinare l'esercizio della funzione punitiva.

In particolare, sia pur in sede cautelare, il Consiglio di Stato rilevava come alcune parti del regolamento sanzioni Consob non garantissero un adeguato contraddittorio con il soggetto passivo e, dunque, il loro operare avrebbe potuto condurre all'adozione di atti viziati¹²⁷. Dunque, il

prospettiva di leale collaborazione», si afferma come «uno «sconfinamento» dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa non sia predicabile quando (...) si tratti semplicemente di fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria ad opera del giudice chiamato alla sua interpretazione».

¹²⁵ Capitolo V, par. 2 e 5.

¹²⁶ S. AMOROSINO, *Effettività della tutela*, cit., pp. 16-17.

¹²⁷ Cons. St., sez. VI, ord., 2 ottobre 2014, n. 4492, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che riformando l'ordinanza negativa del Tar Lazio, accoglieva l'istanza cautelare «relativamente all'obbligo di Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio» ai principi del contraddittorio e della pubblicità del procedimento come ricavabili dalla sentenza Corte Edu, n. 19640 del 4 marzo 2014. Peraltro, il giudice d'appello riteneva sussistere il pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile per la sfera giuridica dei ricorrenti in quanto al momento della domanda erano sottoposti ad un procedimento in corso che per la sua difformità dai parametri indicati avrebbe potuto condurre all'applicazione di sanzioni viziate. La sentenza di merito, poi, accolse l'appello principale per carenza del contraddittorio rafforzato previsto non dall'art. 6 Cedu o dalla Costituzione ma dalla disciplina specialistica, per poi concludere in senso favorevole all'autorità accogliendone l'appello incidentale condizionato. Infatti, la soccombenza nel merito con-

giudice amministrativo poneva un problema di equilibrio della regolazione che se viziata avrebbe potuto produrre un'invalidità derivata sull'atto che è il risultato. Invalidità, si osserva, che può essere fatta valere con l'unico ricorso, se si verte in tema di sanzioni di Ivass e Covip¹²⁸, ma che avrebbe, comunque, destabilizzato anche la decisione di quella Corte d'appello investita dell'opposizione d'una sanzione amministrativa adottata sulla base di un regolamento oggetto di – necessariamente – separato ricorso a titolo principale al giudice amministrativo.

In caso d'accoglimento la sentenza avrebbe annullato dal mondo del diritto la disposizione regolamentare impugnata, cancellando ogni effetto sin dal momento del suo vigore e così sottraendo al giudice ordinario la possibilità della sua valutazione incidentale di legittimità. La rilevanza obiettiva – extraprocessuale – della sentenza che annulla la disposizione regolamentare, avrebbe svelato come la sanzione impugnata fosse stata adottata osservando una norma sull'esercizio del potere eliminata e perciò dovesse essere, a sua volta, annullata. Contro quel pericolo – e se si vuole, contro quella pressione esterna – se è mossa la Corte regolatrice¹²⁹, soffocando ogni possibilità di riconsiderazione della rilevanza delle regole procedurali. Le Sezioni Unite, infatti, sono intervenute confermando una posizione declinatoria del Tar Lazio, ripetutamente censurata dal Consiglio di Stato¹³⁰, che distingueva la giurisdizione in ragione della do-

sentiva d'esaminare la domanda di riforma della decisione per carenza di interesse che il giudice d'appello – reputa poter sussistere – vertendosi di impugnazioni di regolamenti – solo all'esito dell'emanazione del provvedimento punitivo, allora non ancora adottato, Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, par. 29-35 di motivazione, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁸ Si deve sottolineare come nei casi di propria giurisdizione esclusiva il massimo giudice amministrativo non abbia esitato a censurare il regolamento non rispettoso delle prescrizioni legislative sul contraddittorio quando impugnato congiuntamente alla determinazione punitiva, così, Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043 (par. 5.7), in www.giustizia-amministrativa.it, per cui la mancata previsione regolamentare della trasmissione della relazione conclusiva dell'ufficio sanzioni dimostra come «(...) il contraddittorio non è garantito appieno, dato che l'interessato non ha possibilità di interloquire sulla relazione conclusiva sottoposta al Servizio sanzioni, nella quale pure possono essere contenute valutazioni, in particolare la definitiva qualificazione giuridica dei fatti contestati, non necessariamente oggetto di confronto durante la fase istruttoria. La previsione regolamentare è quindi illegittima, la norma relativa va annullata, e con essa l'ordinanza emessa sulla sua base».

¹²⁹ Cass., Sez. un., 2 ottobre 2019, n. 24609, in *De Jure*.

¹³⁰ Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMAGNOLI, *La giurisdizione sui «regola-*

manda di annullamento, ritenendola spettare al giudice ordinario in caso di impugnazione dell'atto punitivo ed al giudice amministrativo se la contestazione avesse riguardato unicamente l'atto normativo che ordina il procedimento sanzionatorio¹³¹, in modo del tutto svincolato da quello che disponeva la misura punitiva.

Per evitare che l'impugnazione separata dal regolamento innanzi al giudice amministrativo possa aver una ricaduta destabilizzante sulla sanzione oggetto di separata e non inconciliabile impugnazione, il giudice nega la complementarità e la concorrenza della giurisdizione speciale ed ordinaria per quanto concerne rispettivamente l'atto regolamentare presupposto e quello punitivo applicativo¹³².

Per la Corte regolatrice, con buona pace per ogni disposizione sulla giurisdizione ed, in specie, dell'art. 133, comma 1, lett. l., cod. proc. amm., al giudice ordinario (Corte d'appello) in quanto organo che ha la giurisdizione sul provvedimento amministrativo «asseritamente illegittimo» spetta «la cognizione anche dei relativi atti amministrativi e regolamenti presupposti».

Tanto, infatti, sarebbe conseguenza d'una corretta individuazione del *petitum* sostanziale che per costante giurisprudenza costituisce l'elemento determinante della giurisdizione. Tanto deriverebbe dall'ineludibile premessa secondo cui si dovrebbe avere riguardo non solo al contenuto formale della domanda – dunque alla concreta pronuncia richiesta – ma anche e più alla «*causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati»¹³³. Rilevato, quindi, che la giurisdizione civile non è esclusa

menti sanzionatori» di Consob spetta al giudice amministrativo. Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1355, in www.dirittobancario.it.

¹³¹ Cons. St., sez. VI, n. 1596/15, par. 33 di motivazione.

¹³² Le ricadute sulla stabilità della sanzione dovrebbero essere mediate solo si considera che l'accoglimento del ricorso farebbe venir meno con effetto retroattivo la parte del regolamento impugnato evidenziando come il procedimento si sia svolto in carenza di garanzie qualificanti che, peraltro, non erano in assoluto ripetibili nel corso del processo di opposizione alla sanzione perché non obiettivamente determinabili dal giudice per essere frutto di valutazioni non espresse dalla P.A.

¹³³ La pronuncia, continua rimarcando che «(...) il *petitum* sostanziale va identificato non solo in base al provvedimento che si chiede al giudice, ma anche alla *causa petendi*, dovendo il giudice indagare sulla effettiva natura della controversia in relazione alle caratteristiche del particolare rapporto fatto valere in giudizio ed alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive in cui esso si articola e si svolge (v. Cass., Sez. Un.,

quando il privato richieda anche l'annullamento d'un atto amministrativo¹³⁴ così come la giurisdizione amministrativa non si estende ad ogni controversia in qualche modo devoluta alla giurisdizione esclusiva¹³⁵, giunge alla rilevata conclusione limitativa.

Dunque, quando l'oggetto del contendere non è limitato alla sola determinazione punitiva si ha che «il sindacato del giudice del provvedimento sanzionatorio si estende, in ossequio al principio *accessorium sequitur* principale, alla validità sostanziale del rapporto presupposto, concernendo tutte le fasi procedurali in cui lo stesso si scandisce nonché gli atti presupposti e regolamentari posti a fondamento dell'emissione del provvedimento impugnato, i quali delineano il modus di esercizio della *potestas iudicandi*».

Per la Corte regolatrice, quindi, la soluzione è scontata, se si considera che il *petitum* sostanziale del controricorrente sanzionato va ravvisato nella «caducazione del provvedimento avente ad oggetto la sanzione amministrativa, in quanto asseritamente deliberata e irrogata in base ad atti amministrativi e regolamentari dei quali si è lamentata l'illegittimità (...) e non già concernente una lesione direttamente derivante dai suddetti atti presupposti, i quali assumono rilevanza concreta se e in quanto abbiano come nella specie dato luogo all'irrogazione della sanzione amministrativa, di cui è stata appunto richiesta l'eliminazione». Risposta che

8/5/2007, n. 10375; Cass., Sez. Un., 1/8/2006, n. 17461; Cass., Sez. Un., 30/11/2006, n. 25521; Cass., Sez. Un., 11/4/2006, n. 8374)».

¹³⁴ «Si è al riguardo altresì precisato che, a tale stregua, la giurisdizione del giudice ordinario, con riguardo a una domanda proposta dal privato nei confronti della P.A., non può essere esclusa nemmeno allorquando contenga la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, giacché ove tale richiesta si ricolleggi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo in considerazione della dedotta inosservanza di norme di relazione da parte dell'Amministrazione, quella giurisdizione va affermata, fermo restando il potere del giudice ordinario di provvedere alla sola disapplicazione dell'atto amministrativo nel caso concreto, in quanto lesivo di detto diritto soggettivo (v. Cass., Sez. Un., 30/11/2006, n. 25521; Cass., Sez. Un., 22/2/2005, n. 3508)».

¹³⁵ «Si è d'altro canto ulteriormente sottolineato che, anche nelle ipotesi in cui in particolari materie la giurisdizione risulti normativamente attribuita al giudice amministrativo, essa non si estende ad «ogni controversia» in qualche modo concernente la materia devoluta alla relativa giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza ad essa della controversia, ma soltanto alle controversie che abbiano in concreto ad oggetto la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi espressione di pubblici poteri (cfr., con riferimento a differenti ipotesi, Cass., Sez. Un., 23/9/2019, n. 23551; Cass., Sez. Un., 25/2/2011, n. 4614. Cfr. altresì Cass., Sez. Un., 25/2/2016, n. 3732)».

per le Sezioni unite, comunque, è ampiamente satisfattiva del bisogno di giustizia poiché la valutazione del giudice dell'opposizione «(...) va infatti estesa agli atti e ai regolamenti presupposti e funzionalmente collegati all'adozione, pretestamente illegittima, del provvedimento sanzionatorio finale, costituendone l'imprescindibile ragione giustificativa, quali specifici presupposti ed elementi costitutivi del rapporto giuridico dato (cfr. Cass., Sez. Un., 11/4/2006, n. 8374), e non già elementi da quest'ultimo avulsi, quali beni della vita su cui possa configurarsi tutela autonoma e diversa da quella assicurata dalla loro eventuale disapplicazione». Disapplicazione, si rimarca, che «(...) costituisce modalità di piena tutela delle posizioni di diritto soggettivo incise dal provvedimento amministrativo illegittimo garantita dal giudice ordinario (...) e volta al raggiungimento del risultato finale perseguito dall'istante»¹³⁶.

In conclusione non è dato immaginare una limitazione del diritto all'impugnazione dei regolamenti sanzionatori dell'autorità bancaria – e si può aggiungere in prospettiva di Consob – poiché quelli possono ancora essere impugnati autonomamente innanzi al giudice amministrativo mentre sono oggetto di cognizione esclusiva del giudice ordinario quando quelli ed eventuali atti amministrativi sono «(...) presupposto e fondamento dell'irrogazione del provvedimento amministrativo sanzionatorio da parte della Banca d'Italia». In tale ultimo caso quelli «non possono essere logicamente considerati astrattamente di per sé e in termini avulsi» dall'atto punitivo «(...) il quale del relativo procedimento costituisce atto finale, ma vanno funzionalmente valutati unitamente al medesimo, di cui nello specifico caso concreto costituiscono il fondamento, connotando la relativa incidenza su posizioni di diritto soggettivo del sanzionato».

Gli argomenti della Corte regolatrice non credo necessitino di commenti e mi paiono non solo perplessi ma anche contrari alle indicazioni poco tempo prima dalla stessa fornite in punto di coesistenza di rimedi conseguenti, se si vuole, alla logica della pluralità delle giurisdizioni¹³⁷.

¹³⁶ La Corte regolatrice, peraltro, trae le sue conclusioni ragionando in astratto, come se il giudice ordinario attribuisse rilievo, in sede di valutazione incidentale, a tutti i vizi dell'atto amministrativo. Come è stato evidenziato – C. E. GALLO, *op. cit.*, p. 28 – però, si tratta d'un'conclusione non scontata poiché il medesimo giudice dubita della piena rilevanza del vizio di eccesso di potere.

¹³⁷ Come rilevavo, nel mio *La giurisdizione sui regolamenti*, cit., nota 14, il criterio del riparto è stato confermato – Cass., Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040, in *De Jure* – quando questa venne chiamata dirimere in via preventiva il quesito in merito al giudice investito della decisione delle questioni relative all'affidamento degli incarichi diri-

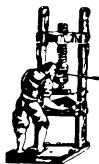
Nella sostanza la Corte «blinda» i regolamenti sanzionatori sottraendoli al vaglio del giudice speciale. Infatti, quando sarà mai possibile impugnarli a prescindere dall'applicazione della sanzione, atteso che questa è condizione «d'attrazione» della giurisdizione del giudice ordinario?

Di fatto la Corte pone un limite alla impugnabilità in via principale dei regolamenti punitivi, ponendosi in frontale collisione con l'art. 113, comma 2, Cost.

La sola via per la verifica della correttezza delle norme è, infatti, quella dell'accertamento incidentale che è una verifica che dipende dalla sensibilità del giudice, rientrando in quelle normali operazioni che dovrebbero compiersi per la verifica della validità delle regole da applicare. Accertamento, si sottolinea, che in qualche modo può essere sollecitato dalla prospettazione di vizi da parte del ricorrente ma che comunque quest'ultimo non può indirizzare per non essere oggetto della domanda «sostanziale» cioè motivo di ricorso su cui il magistrato deve esprimersi.

Ma vi è di più. Nella logica della Corte regolatrice se a nulla rilevano le violazioni procedurali comunque esse siano configurate, ancor meno potrebbero essere considerati i vizi che inficiano la formazione e la sostanza delle regole di procedura. Se le prime non valgono nulla non avrebbe ragione alcuna discutere della genesi del nulla.

genziali dei poli museali ed istituti statali di rilevanza nazionale (art. 14-*bis*, d.l. 31 maggio 2014, n. 83). Per la Corte regolatrice la previsione espressa del potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario dell'atto illegittimo presupposto non elide la giurisdizione amministrativa quando lo stesso atto sia oggetto d'impugnazione in via principale. Impugnazione, si può aggiungere, che non risulta testualmente esclusa od assorbita dal sindacato incidentale di legittimità dell'A.G.O., se si considera che lo stesso legislatore presuppone la concorrenza dei rimedi quando dispone che «l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo».



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di ottobre dell'anno 2020
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy
red.rovmar - ftc.piefra

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it



DIRITTO DEL MERCATO ASSICURATIVO E FINANZIARIO *Quaderni, 3*

L'azione punitiva è considerata espressione di chiusura della più ampia funzione di regolazione tesa a garantire l'effettività dell'osservanza delle prescrizioni di amministrazione attiva. La complementarità tra compiti delle autorità di vigilanza, però, è stata sostanzialmente negata dai più che distinguono la natura del potere di reazione rispetto a quello di conformazione. La necessità di delimitare la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa, parimenti investite delle impugnazioni delle determinazioni afflittive, ha condotto a distinguere quelle puramente punitive da quelle ripristinatorie, ritenute le une di natura vincolata e le altre discrezionali, così negando quella omogeneità che dovrebbe caratterizzare, senza distinzioni, tutte le componenti dell'azione amministrativa. Ancora, quella distinzione, foriera di una diversa considerazione dei principi dell'azione amministrativa e del procedimento, è stata esasperata da una lettura estensiva delle disposizioni della parte I della l. 689/1981, in cui, una costante Cassazione, individua un nucleo di principi incompressibili ed insensibili all'evoluzione del modo d'intendere il rapporto tra individuo e potere pubblico.

Il volume esamina il fenomeno punitivo attraverso la «lente» dell'azione delle autorità indipendenti dei mercati finanziari e sottopone a revisione critica l'orientamento sopra indicato, incompatibile con una ricostruzione di insieme delle funzioni di regolazione e con la più recente normativa che rimette alla scelta dell'autorità l'impiego di rimedi sanzionatori in senso stretto (pene pecuniarie), o di quelli correttivi, evidenziandone la loro immanente discrezionalità. Lo scritto esamina le peculiarità dei provvedimenti punitivi delle autorità e la loro «valenza» extraprocedimentale. Quindi, si focalizza sulla natura della relativa potestà per poi concentrarsi sui parametri ordinatori del suo esercizio, sulla struttura del procedimento e del provvedimento sanzionatorio. Infine, si esaminano i procedimenti di opposizione alle sanzioni, confrontando l'atteggiamento del giudice ordinario con quello amministrativo, segnalandone le differenze, anche di qualità, della tutela.

Gianluca Romagnoli, professore associato di diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Padova, è avvocato abilitato al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori e direttore del comitato scientifico della Fondazione Severo Galbusera. Componente di comitati scientifici di alcune riviste giuridiche, è autore di quattro monografie su temi del diritto dei mercati finanziari, l'ultima delle quali dedicata a Consob. Autore di oltre novanta scritti giuridici minori ha insegnato diritto dei mercati finanziari e bancario ed attualmente insegna diritto amministrativo e diritto pubblico dell'economia.

GIANLUCA ROMAGNOLI
Il potere punitivo delle autorità
di vigilanza dei mercati
finanziari
ESI

Questo volume, sprovvisto del taloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 50,00

ISBN 978-88-495-4387-2



9 788849 543872