



SAGGI

Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano

The opposition procedure to the Bank of Italy and Consob sanctions: an anomaly in the Italian system

di *Elena Bindi**

ABSTRACT

Il saggio analizza il tema della lunga storia del giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob. Un percorso assai travagliato il cui punto di arrivo ha portato nuovamente ad attribuire al giudice ordinario il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di queste due autorità indipendenti, mentre è continuata a rimanere al giudice amministrativo la competenza sui provvedimenti sanzionatori delle altre autorità indipendenti. Dopo una ricostruzione delle modifiche legislative e degli interventi della Corte costituzionale, il saggio ricostruisce gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato. Prendendo spunto da questo excursus, il saggio auspica il ritorno alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò permetterebbe di superare l'atteggiamento di deferenza del giudice ordinario nei confronti di Banca d'Italia e Consob e di razionalizzare il sistema, visto che il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di tutte le altre autorità di regolazione è attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'auspicabile ritorno al giudice amministrativo non deve, tuttavia, far perdere di vista due ulteriori obiettivi da raggiungere: 1) l'intervento di Banca d'Italia e Consob sui propri regolamenti sanzionatori per colmare, se non altro, le carenze in termini di separazione tra attività istruttoria e attività decisoria, 2) l'intervento legislativo per evitare che dietro l'etichetta "sanzione amministrativa" si celi una sanzione penale.

Parole Chiave: Banca d'Italia – Consob – Sanzioni – Giudizio di opposizione

This paper analyses the issue of the long history of the opposition procedure to the Bank of Italy and Consob sanctions. A very troubled path whose point of arrival has once again led ordinary courts to be given the jurisdiction over the opposition procedure to the Bank of Italy and Consob sanctions, while administrative courts have jurisdiction over the sanctions of other independent authorities. After a reconstruction of the legislative reforms and the interventions of the Constitutional Court, the paper reconstructs the jurisprudence of ordinary and administrative courts. Drawing on this excursus, the present paper's author expresses her support for the return to the jurisdiction of administrative courts. This would make it possible to overcome the ordinary courts' attitude of "deference" with respect to the Bank of Italy and Consob and to rationalize the system, considering that the opposition procedure to the sanctions of all other regulatory authorities is attributed to the exclusive jurisdiction of administrative courts. The desirable return to the recognition of administrative

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Siena.

courts' jurisdiction must not, however, lead to lose the sight of two further objectives that need to be achieved: 1) the intervention of the Bank of Italy and Consob on their own sanctioning regulations in order to fill, at least, the gaps in terms of separation between investigative and decision-making activities, 2) the legislative intervention aimed at avoiding that, behind the label "administrative sanction", there is a criminal sanction.

Key Words: Bank of Italy – Consob – Sanctions – Opposition procedure

SOMMARIO: 1. La lunga storia del giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob. – 2. Le modifiche ai procedimenti sanzionatori di Consob e Banca d'Italia. – 3. Il d.lgs. n. 72/2015: le novità introdotte. – 4. La deferenza del giudice ordinario. – 5. Un problema di coerenza di sistema: la giurisdizione amministrativa sui regolamenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob. – 6. Non solo un problema di coerenza di sistema: le rilevanti divergenze giurisprudenziali sulla natura penale della sanzione amministrativa tra giudice ordinario e giudice amministrativo. – 7. *Segue:* la difesa del sanzionato nel giudizio di opposizione: rimessione in termini o ricorso per motivi aggiunti? – 8. Oltre l'incoerenza del sistema: l'auspicabile ritorno al giudice amministrativo.

1. La lunga storia del giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob

Come è noto, la storia del giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob è caratterizzata da un percorso lungo e travagliato il cui punto di arrivo ha portato nuovamente ad attribuire al giudice ordinario il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di queste due autorità indipendenti, mentre è continuata a rimanere al giudice amministrativo la competenza sui provvedimenti sanzionatori delle altre autorità indipendenti. Il giudice amministrativo ha difatti giurisdizione esclusiva sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come sugli atti dell'autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità¹. Analogamente, nel settore delle autorità finanziarie, si è attribuito alla competenza esclusiva del giudice amministrativo il giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative in materia assicurativa².

Con riguardo, invece, al giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob la scelta originaria era stata quella di attribuire la giurisdizione al giudice ordinario, con giudizio camerale che si svolgeva in unico grado davanti alla Corte di Appello territoriale per la Consob, e davanti alla Corte di Appello di Roma per le sanzioni della Banca d'Italia³.

¹ Cfr. art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 2, comma 25, legge 14 novembre 1995, n. 481, art. 1, comma 26, legge 31 luglio 1997, n. 249.

² Cfr. art. 6 della legge 5 marzo 2001, n. 57, ora confluita nell'art. 209 del Codice delle assicurazioni private.

³ Per le sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia v. l'art. 145 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB) e per le sanzioni irrogate dalla Consob v. l'art. 195 del Testo unico della finanza (TUF). Nel caso della Banca d'Italia, già l'art. 90 della legge bancaria del 1936 (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375) optava per la giurisdizione del giudice ordinario. Nel caso della Consob la scelta a favore del giudice ordinario, analogamente alla disciplina della legge bancaria, fu introdotta con l'art. 44 del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, che includeva anche la competenza territoriale della Corte d'appello di Roma poi eliminata nel TUF. Cfr., sul punto, M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, 70 ss.; con specifico riferimento all'art. 145 del TUB, cfr. M. CONDEMI, *Commento all'art 145*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al*

Un'asimmetria che in parte era stata giustificata, e viene ancora giustificata, dall'elevato livello di competenze tecniche necessarie per svolgere l'attività di vigilanza richiesta alle due autorità di regolazione dei mercati finanziari. Attività di vigilanza così complessa per controllare la quale si ritiene pertanto sufficiente un modello di giudizio di tipo impugnatorio e oltremodo deformalizzato, che non si presta affatto ad un percorso di ricostruzione dei fatti, ma che è invece funzionale ad un sindacato sulle linee esterne della decisione⁴.

La questione della giurisdizione sulle sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati non aveva mancato di suscitare un dibattito in seno alla stessa giurisprudenza, dopo che nel 2000 il legislatore aveva esteso la giurisdizione esclusiva alla materia dei servizi pubblici⁵.

Da questa modifica legislativa, il Consiglio di Stato aveva dedotto il superamento della competenza esclusiva e funzionale della Corte di Appello in materia di sanzioni bancarie, visto che la nuova disposizione aveva inteso concentrare presso un'unica autorità giudicante la totalità del contenzioso in materia dei servizi pubblici. Non aveva ormai più alcuna giustificazione la distinzione tra attività di vigilanza, di competenza del giudice amministrativo, e attività sanzionatoria, attribuita invece alla competenza del giudice ordinario, in quanto l'attività sanzionatoria è «*intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti*»⁶. Analoghe considerazioni erano state formulate dalla giurisprudenza anche per le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob, secondo quanto previsto dall'art. 195 del TUF⁷.

Questo indirizzo giurisprudenziale fu peraltro in parte superato dal legislatore che, in occasione della riforma del diritto societario, ripristinò la competenza esclusiva della Corte d'Appello di Roma sia per le sanzioni in materia creditizia che per quelle in materia mobiliare (art. 1, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

Sul punto intervenne poi la Corte costituzionale che, manipolando il dettato normativo sottoposto al suo sindacato, restrinse i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, affermando che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo nei casi in cui la pubblica amministrazione agisca esercitando il suo potere autoritativo ovvero, si avvalga della facoltà, riconosciutale dalla legge, di

testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, 2ª ed., Padova, 2001, p. 1126 ss. (qui altri commentari più recenti).

⁴ Per questa ragione, mentre tutte le sanzioni amministrative sono devolute alla giurisdizione ordinaria con cognizione piena e doppio grado di giudizio dalla l. n. 689 del 1981, per le sanzioni amministrative di Consob e di Banca d'Italia rimase in piedi questo modello atipico: sulla varietà dei riti con la quale il controllo giurisdizionale si esercita cfr. G. SCARSELLI, *Unità e riparto della giurisdizione nel controllo sui provvedimenti delle autorità garanti*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 141 ss.

⁵ Art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

⁶ Cfr. Cons. Stato, VI, 13 maggio 2003, n. 2533, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 1101 ss.; su tale sentenza cfr. F. CARINGELLA-R. GAROFALI, DE NICTOLIS-R. GAROFALI-V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, in F. CARINGELLA-R. GAROFALI, *Trattato di giustizia amministrativa*, 2008, 2ª ed., 502. Sul punto v. già TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, 3 e in dottrina C. CAVALLINI, *Il procedimento di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, p. 267 ss.

⁷ Cfr. Corte App. Napoli, sez. I, 5 luglio 2001, in *Corr. giur.*, 2002, p. 500 ss. con nota di A. DI AMATO.

adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo (sent. n. 204 del 2004)⁸. Nel testo riformulato dalla Corte, la giurisdizione esclusiva includeva pertanto anche la “vigilanza sul credito”⁹.

Dopo la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, intervennero in più occasioni le Sezioni unite della Cassazione civile, optando per la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie in cui era in discussione il legittimo esercizio della potestà sanzionatoria¹⁰.

⁸ La Corte costituzionale, intervenuta dichiarando la parziale incostituzionalità degli artt. 33, commi 1 e 2, e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), norme che estendevano la giurisdizione esclusiva alla materia dei servizi pubblici, ha riaffermato il ruolo primario del criterio di riparto basato sulla consistenza delle posizioni giuridiche azionate in giudizio, precisando che sussistono determinati limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva, limiti da rinvenire nel concetto di “particolari materie” di cui all'art. 103, co. 1, Cost. La sent. n. 204 del 2004, si può leggere in *Riv. Cons. Stato*, 2004, 1895, 2475, con note di commento; su tale sentenza cfr. F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2209 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 974 ss., che sottolinea come nella sent. 204 del 2004 la Corte proceda a definire principi centrali per la giurisdizione amministrativa in generale; nonché E. FOLLIERI (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 N. 204, Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione*, Milano, 2006, e ivi in particolare A. POLICE, *Giudice “del potere” e poteri del giudice: un chiasmo complicato*, p. 24 ss. Con particolare riguardo ai profili di criticità relativi all'individuazione della nozione di «pubblico servizio» cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 112 ss. Tra i molti commenti alla sentenza n. 204/2004, cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in *Federalismi.it*; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, ivi, 2004, p. 832 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Corte costituzionale e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 980 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridefinisce l'ambito*, ivi, 2005, p. 214 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 2598 ss.; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, 2004, in *www.lexitalia.it*; F. SATTI, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm.-Cds*, 2004, p. 1903 ss.; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridefinita dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, ivi, 2004, p. 1908 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudicato pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, p. 1230 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubbl. app.*, 2004, p. 799 ss.; V. CARBONE-C. CONSOLO-A. DI MAJO, *Il “waltzer delle giurisdizioni” rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1125 ss.; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *Federalismi.it*; F. PATRONI GRIFFI, *Brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.astrid-online.it*.

⁹ Il testo risultante dall'intervento manipolativo prevede pertanto che: “1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, ovvero relative ai provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore del pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/90, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. 481/95”. Sul seguito giurisprudenziale della sentenza n. 204/2004, v. le sentenze della Corte Cost. nn. 191/2006, 140/2007 e 35/2010; nonché più recentemente sentenza n. 6/2018. Al riguardo, cfr., in particolare, F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 439 ss., spec. p. 441 ss. dove si afferma che la Corte costituzionale con la sentenza n. 35/2010 ha offerto una “nuova lettura” della giurisdizione esclusiva.

¹⁰ Cfr. ad esempio, Cass. civ., sez. un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Mass.*, 2005, 96; Cass.

L'opzione a favore della giurisdizione ordinaria, avallata dalla giurisprudenza di legittimità, fu in seguito confermata anche dalla legge sul risparmio (art. 26, legge 28 dicembre 2005, n. 262¹¹).

In questo quadro normativo e giurisprudenziale, si inserì infine il codice del processo amministrativo del 2010¹², che optò nuovamente per l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob¹³, procedendo lungo la strada dell'armonizzazione del sistema di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Non vi era difatti coerenza in un sistema che attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione sulle sanzioni IVASS e Antitrust e al giudice ordinario la giurisdizione sulle sanzioni Banca d'Italia e Consob, da esercitarsi con rito "atipico" in unico grado.

Il codice sul processo amministrativo aveva dunque compiuto una lodabile razionalizzazione del sistema, attribuendo la competenza sui provvedimenti sanzionatori di tutte le autorità di regolazione dei mercati alla giurisdizione esclusiva del TAR del Lazio. La soluzione accolta, oltre ad essere razionale, andava nella direzione di creare un sistema coerente tenuto conto che i provvedimenti sanzionatori sono funzionalmente correlati all'attività di vigilanza, espressione quest'ultima del potere discrezionale dell'autorità amministrativa¹⁴.

Ma questa soluzione legislativa, che sembrava destinata a mettere un punto fermo nel travagliato iter del giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob e, in particolare, sulla storica questione dell'atipicità del rito per l'impugnazione delle sanzioni di queste autorità, fu spazzata via dall'intervento della Corte costituzionale. Quest'ultima fu adita proprio con riferimento alla norma che prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob, sotto il profilo, tra l'altro, dell'eccesso di delega del decreto¹⁵.

civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2205, ivi, 150; sul punto cfr. F. CARINGELLA-R. DE NICTOLIS-R. GAROFALI-V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, cit., pp. 503-504; S. GROSSI, *Il procedimento sanzionatorio al vaglio delle corti di merito*, in *Le Società*, 2008, p. 860 ss.

¹¹ Sulla legge n. 262/2005 cfr. F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio (L. n. 262 del 2005)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1/2006, p. 125 ss.; P. SCHLESINGER, *L'approvazione tempestiva della riforma della disciplina del risparmio rimane ancora incerta*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1633 ss. R. RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Le Società*, 2005, p. 819 ss.; E. ROTOLLO, *La regolamentazione delle funzioni della Banca d'Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 12/2006, p. 1363 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 166 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti della sanzione amministrativa tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2019, 3^a ed., p. 73 ss.

¹² Approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 sulla base della delega concessa dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69; in particolare l'art. 133, «*Materie di giurisdizione esclusiva*». Cfr. AA.VV., *Il codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 205 ss., con presentazione di A. TRAVI e saggi di M. ALLENA, *La tutela cautelare*, G. D'ANGELO, *L'istruttoria*, G. SIGSMONDI, *Le impugnazioni*, D. DALFINO, *Diposizioni di rinvio e principi generali*.

¹³ Più precisamente, il Codice ha proceduto a riordinare una materia precedentemente disciplinata da una pluralità di leggi speciali, introducendo tra l'altro l'innovazione assai importante relativa alla giurisdizione esclusiva su tutti i provvedimenti sanzionatori irrogati dalle autorità di garanzia, sulla scia dell'asserita connessione, sottolineata come si è visto dal Consiglio di Stato, tra potere di vigilanza e potere sanzionatorio. Cfr., sul punto, R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012, p. 762 ss.

¹⁴ Sulla discrezionalità quale essenza del potere e della determinazione amministrativa, e quindi idonea a fondare la giurisdizione del giudice amministrativo v. M.C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2018.

¹⁵ Cfr. Corte App. Torino, ordinanza di rimessione 25 marzo 2010, n. 220, pubblicata in G.U. 26 ottobre 2011, n. 45, I Serie Speciale, 87.

La Corte accolse la questione (sentenza n. 162/2012)¹⁶, ritenendo che i principi e i criteri direttivi non fossero sufficientemente determinati nella legge di delegazione¹⁷, e pertanto il legislatore delegato, nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, avrebbe dovuto tenere conto della «giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto prescritto dalla legge di delega¹⁸. Il legislatore delegato, invece, attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con la competenza funzionale del TAR Lazio, sede di Roma, e con cognizione estesa al merito), non aveva tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione, ormai orientata nel considerare l'attività sanzionatoria come una attività vincolata e pertanto priva di discrezionalità amministrativa¹⁹.

Nel dispositivo, inoltre, la Corte dichiarò la reviviscenza della normativa precedentemente abrogata, e cioè l'art. 147 TUF, facendo espressamente riespandere la "vecchia" giurisdizione camerale della Corte di appello²⁰, ritenendo la reviviscenza una soluzione necessitata quando invece tale scelta implicava una presa di posizione abbastanza netta su un tema non così pacifico quale quello degli effetti dell'abrogazione²¹.

Due anni dopo, e per le stesse ragioni, furono dichiarate incostituzionali le

¹⁶ Corte Cost., sentenza n. 162/2012, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1816 ss., con note di A. TRAVI-R. ROMBOLI; su tale sentenza v. anche i commenti di M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 1166 ss.; G. SERGES, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2218 ss.; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, p. 684 ss.; A. CERRATO, *La "reviviscenza" della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob*, *ivi*, p. 1348 ss.; A. PAJNO, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, n. 1, p. 5 ss.; A. TRAVI, *In tema di giurisdizione nell'opposizione a sanzioni amministrative applicate dalla Banca d'Italia*, in *Foro it.*, 2013, III, p. 389 ss.

¹⁷ A dire della Corte, la delega in oggetto «deve essere qualificata come una delega per il riordino e il riassetto normativo» (altrimenti definibile come testo unico). Questa prima qualificazione è decisiva per gli esiti della sentenza, poiché la giurisprudenza costituzionale in materia di eccesso di delega in ipotesi di riordino o riassetto di settori normativi è assai stringente, permettendo, come sottolinea la sentenza n. 162/2012, «introduzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato». Questa interpretazione restrittiva è logica, perché se il fine della delega è il *mero riassetto* della normativa vigente, eventuali norme innovative debbono trovare principi rigorosi che li giustificano, essendo la *ratio* della delegazione non finalizzata ad introdurre un assetto normativo nuovo ma semplicemente a ricomporre ad unità il sistema normativo vigente. Cfr. Corte Cost., sentenza n. 162/2012, cit., punto 4.1, che rinvia alla sentenza n. 293/2010.

¹⁸ L'illegittimità deriva dunque da un mancato rispetto dei criteri stabiliti nella legge di delega, che imponeva l'adeguamento, in materia di riparto di giurisdizione, alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (art. 44 della legge n. 69/2009).

¹⁹ Al riguardo cfr. *infra* il paragrafo 5 e la bibliografia *ivi* citata.

²⁰ Corte Cost., sentenza n. 162/2012, cit., punto 5 del *Considerato in diritto*.

²¹ Un tema in realtà molto discusso e che avrebbe forse richiesto una motivazione più approfondita sul punto: cfr. al riguardo M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, cit., che sottolineano che la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale è tutt'altro che univoca sul punto, oltre anche forse la "non opportunità" di far rivivere norme che lo stesso legislatore aveva ritenuto non compatibili con l'ordinamento – provvedendo quindi ad abrogarle –.

norme del decreto legislativo che attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia (sentenza n. 94/2014)²².

Per la verità, queste due pronunce erano espressione di una precisa scelta di politica del diritto ed erano state per così dire “sollecitate” dalle stesse autorità indipendenti che si sentivano più al sicuro se la giurisdizione tornava al giudice ordinario²³. Da un lato perché quest'ultimo, come vedremo, aveva già elaborato indirizzi giurisprudenziali svalutativi di una piena riconsiderazione dei vizi impugnati (basti pensare alla sentenza capostipite della Cassazione del 2009²⁴) e si era mostrato deferente di fronte ai provvedimenti sanzionatori delle autorità. Dall'altro nel breve periodo intercorso tra l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e le suddette sentenze di accoglimento, il giudice amministrativo era stato particolarmente incisivo enunciando, ad esempio, “il principio della verificabilità delle affermazioni delle autorità, contenute nei provvedimenti sanzionatori, e della rilevanza da riconoscere alle deduzioni dei soggetti incolpati”²⁵.

A seguito di queste pronunce, il lungo e travagliato *iter* del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e il giudice ordinario in tema di sanzioni Banca d'Italia e Consob era tornato, come in un gioco dell'oca, al punto di partenza.

2. Le modifiche ai procedimenti sanzionatori della Consob e della Banca d'Italia

In questo contesto irruppe la ormai famosa sentenza *Grande Stevens* pronunciata nei confronti dell'Italia dalla Corte EDU il 4 marzo 2014²⁶, assai importante per le ricadute sistemiche sull'ordinamento nazionale.

²² Corte Cost., sentenza n. 94/2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1681 ss., con osservazione di G. SERGES, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, p. 1692 ss. Con questa sentenza, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità parziale degli artt. 133, 134 e 135 del Codice del processo amministrativo nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma, le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia. Anche in questo caso, analogamente a quanto affermato nella sentenza n. 162/2012, relativa alla giurisdizione sulle sanzioni applicate dalla Consob, l'illegittimità è derivata da un mancato rispetto dei criteri stabiliti nella legge di delega. Sulle sentenze della Corte v. anche W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 33.

²³ Cfr. F. MERUSI, *A volte ritornano...il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, settembre 2012.

²⁴ Cfr. Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3128 ss., su tale sentenza cfr. le osservazioni di C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 352 ss.; e di G. FIDONE, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia ex art. 195 del d. lgs. 58/1998*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 1056 ss.

²⁵ Così S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 3/2019, 391.

²⁶ Cfr. Corte EDU, 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*.

La Corte europea riconobbe preliminarmente il carattere penale delle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob per *market abuse*, in linea con una ormai consolidata giurisprudenza che aveva preso avvio con la sentenza Engel²⁷.

Dopo aver riconosciuto il carattere penale delle sanzioni Consob²⁸, la Corte condannò l'Italia per la mancanza di una udienza pubblica nel giudizio di impugnazione, ma allo stesso tempo censurò fortemente il procedimento di irrogazione della sanzione, privo dei caratteri di imparzialità, trasparenza e di garanzia del contraddittorio. Anche se la condanna dello Stato italiano discese unicamente dalla violazione della pubblica udienza, emerse subito chiaro, dalla motivazione della sentenza, che il procedimento di irrogazione della sanzione, per come era disciplinato nella normativa Consob, contrastava con l'art. 6 CEDU²⁹.

Le norme procedurali difatti, oltre a *non garantire la parità delle armi tra accusa e difesa, e non consentire alla parte di interrogare o far interrogare le persone eventualmente sentite dalla divisione* competente per l'accertamento dei fatti, *non garantiscono la posizione di terzietà e d'imparzialità dell'autorità sanzionante*, poiché non vi era reale autonomia tra l'organo cui era affidata la funzione istruttoria e l'organo chiamato a decidere sull'applicazione della sanzione³⁰.

In estrema sintesi, la Corte EDU aveva fissato tre punti: a) la natura penale delle sanzioni irrogate dalla Consob per manipolazione dei mercati; b) il procedimento di irrogazione della sanzione deve garantire un equo processo c) il provvedimento sanzionatorio deve poter essere impugnato di fronte a un giu-

²⁷ Cfr. Corte EDU, *Engel e a. c. Paesi Bassi (Plen.)*, 8 giugno 1976, ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Corte EDU, *Lutz c. Germania* del 25 agosto 1987, serie A n° 123, nella quale la Corte formulò, per la prima volta, i criteri per qualificare come sostanzialmente penale una sanzione che un ordinamento interno non qualificava invece come penale (c.d. criteri *Engel*), criteri peraltro alternativi e non cumulativi (è quindi sufficiente che ve ne sia uno dei tre perché la sanzione possa essere qualificata come penale). Questi criteri sono 1) la qualificazione giuridica della misura secondo il diritto nazionale, 2) la natura stessa di quest'ultima e 3) il grado di severità della sanzione. Si rinvia, *ex multis*, S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, con prefazione di V. Cerulli Irelli, Giappichelli, Torino, 2018, spec. p. 229 ss.; B. BARMANN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2017, p. 306 ss., nonché, volendo, E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3007 ss.

²⁸ Nella sentenza *Grande Stevens*, con riferimento all'illecito amministrativo di "manipolazione del mercato", la Corte EDU al fine di accertare la natura sostanzialmente penale, ha tenuto conto sia della natura dell'illecito, sia della gravità e della natura delle sanzioni (parr. 94-101).

²⁹ La Corte ha poi evidenziato come la carenza di un meccanismo di interruzione del secondo procedimento instaurato, dopo che il primo si sia concluso con pronuncia definitiva (a fronte dell'identità dei fatti), determina la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 che prevede il divieto di *bis in idem*.

³⁰ Sul procedimento sanzionatorio della Consob v. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 5 ss.; B. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio Consob e giusto processo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 769 ss.; in particolare sugli strumenti di raccolta delle informazioni v. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 53 ss.; per un inquadramento sulle sanzioni amministrative v. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988. In particolare, sul ruolo del Presidente della Consob nella fase istruttoria e decisoria v. le osservazioni critiche di R. RORDORF, *Ruolo e poteri della CONSOB nella nuova disciplina del market abuse*, in *Le Società* 2005, p. 813 ss.

dice dotato di *full jurisdiction*, che può compensare gli eventuali vizi o carenze del procedimento (c.d. teoria della continuità tra procedimento e processo)³¹.

Gli *acquis* della Corte EDU, fissati nella sentenza *Grande Stevens*, in particolare la rilevata carenza di tutela dei principi dell'equo processo da parte del regolamento Consob, svolsero di conseguenza un ruolo decisivo, almeno indirettamente, nell'indurre la Consob a riformare il proprio regolamento nel 2015.

Un ruolo, invece, senza dubbio direttamente risolutivo nello spingerla lungo la strada della riforma regolamentare, fu giocato dalla giurisprudenza amministrativa che per prima – e subito a ridosso della sentenza *Grande Stevens* – si occupò della legittimità del regolamento Consob, nella versione del 2013, rispetto all'art. 6 CEDU³². La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, si pose dalla prospettiva di analisi di diritto interno e non invece di diritto internazionale.

Il Consiglio di Stato riaffermò, infatti, la non conformità del modello procedimentale sanzionatorio disciplinato nel regolamento Consob ai «principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti, e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie», sanciti esplicitamente dalla legge (artt. 187 *septies* e 195 TUF e art. 24, legge n. 262/2005) e non invece in conseguenza della applicazione al procedimento dell'art. 6 CEDU³³.

Questa posizione del Consiglio di Stato, ancorché non direttamente derivante dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla sentenza *Grande Stevens*, fu però evidentemente influenzata dal diritto internazionale. Essa ribaltava, infatti, l'orientamento consolidato interno circa il fatto che il contraddittorio garantito

³¹ Cfr. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss.; ID., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni citriche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018; ID., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, n. 1/2018, p. 1 ss.

³² Cfr. quanto affermato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, ordd. 2 ottobre 2014, n. 4491 e n. 4492, e Cons. Stato, Sez. VI, sent. 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596 – sulle quali v. anche *infra* il par. 5 –), e le sollecitazioni dello stesso TAR del Lazio (cfr. TAR Lazio, 26 novembre 2014, nn. 11886 e 11887).

³³ Nella specie, il Consiglio di Stato, pur pronunciando l'inammissibilità dell'appello proposto avverso la decisione del TAR del Lazio per difetto di interesse dei ricorrenti ritenendo la pretesa al "giusto procedimento" non giuridicamente rilevante e azionabile in giudizio in assenza del provvedimento sanzionatorio – ha ritenuto l'impianto sanzionatorio del regolamento Consob (nella specie, il regolamento Consob n. 15086/2005 all'epoca vigente) illegittimo per "violazione di legge" e non per contrasto con l'art. 6 CEDU; ha cioè rilevato un contrasto tra normativa secondaria e legge ordinaria e non tra disciplina legislativa interna e norme CEDU. Del resto, il Consiglio di Stato, con ord. 2 ottobre 2014, nn. 4491-4492, aveva già accolto la domanda cautelare relativa all'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni "penali" in conseguenza della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens*. Su queste pronunce cfr. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, p. 511 ss.; E. DESANA, *Illegittimità del procedimento CONSOB: cronaca di una morte annunciata?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1434 ss.; EAD, *I procedimenti sanzionatori Banca d'Italia: l'"insostenibile leggerezza" dei termini*, *ivi*, 2016, p. 2442 ss., spec. p. 2447 ss.; L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, in *www.irpa.eu*; W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 597 ss., e volendo, E. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Giustamm.it*, 11, 2014.

dal regolamento Consob sarebbe invece sufficiente a rispettare i principi di cui all'art. 187-*septies* e 195 TUF³⁴. Il ribaltamento derivava proprio dalla consapevolezza, da parte dell'organo di giustizia amministrativa, sulla afflittività di sanzioni di questo tipo, sulla natura sostanzialmente penalistica di tali sanzioni, sulla insufficienza del contraddittorio garantito dai regolamenti Consob in questa materia.

A seguito della sentenza del Consiglio di Stato, la Consob modificò il procedimento sanzionatorio³⁵ estendendo le garanzie della partecipazione, e in particolare assicurando maggiore tutela al contraddittorio, pur mantenendo alcune restrizioni al diritto di difesa giustificate – a giudizio della Consob stessa – da esigenze di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa³⁶.

In generale, la nuova normativa tende ad aumentare la trasparenza ed il contraddittorio, mentre poco modifica da un punto di vista della separazione tra attività istruttoria e attività decisoria.

In primo luogo, con la nuova normativa si rendono accessibili ai diretti interessati (con determinati presupposti) le valutazioni conclusive dell'USA (ufficio sanzioni amministrative), redatte al termine della fase istruttoria e sinora sottoposte alla sola Commissione³⁷. Inoltre, si attribuisce ai destinatari delle contestazioni, la facoltà di presentare direttamente alla Commissione controdeduzioni finali in forma scritta. Ne discende un rafforzamento del contraddittorio nella fase decisoria dinanzi alla Commissione, fase che è particolarmente importante perché costituisce il primo momento nel quale i fatti e la proposta di sanzione pervengono davanti all'organo che dovrà decidere sulla sanzione.

Tale modifica appariva oggettivamente necessitata. La segretezza delle valutazioni conclusive dell'USA (non accessibili per prassi della stessa Consob neppure a seguito di richiesta di accesso) era difficilmente giustificabile non solo alla luce della natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate (e quindi del più elevato grado di contraddittorio necessario), ma nemmeno sulla base della legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso.

Il principio di separazione tra attività istruttoria e attività decisoria è invece solo parzialmente attuato. Ovviamente il nuovo regolamento non modifica il modello organizzativo complessivo della Consob. L'USA costituisce un'articolazione interna dell'autorità e dunque non c'è una netta separazione tra l'orga-

³⁴ Cfr. Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, cit.

³⁵ La CONSOB con delibera 24 febbraio 2016, n. 19521 aggiornò il Regolamento, pubblicato in G.U. 7 marzo 2016, n. 55, modificando nuovamente il procedimento sanzionatorio adottato con delibera 19 dicembre 2013, n. 18750.

³⁶ Cfr. già CONSOB, *Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Esiti della consultazione*, 29 maggio 2015, in www.consob.it, 6 dove si legge che: «La trasmissione della relazione finale USA a prescindere da concrete manifestazioni di interesse alla difesa nel procedimento in questione, favorirebbe infatti l'instaurarsi di meri comportamenti opportunistici - volti soltanto a dilazionare il termine per l'irrogazione della sanzione- al fine di privare la Commissione delle valutazioni di USA sulle deduzioni difensive. Tale adempimento deve pertanto essere correlato ad un interesse concreto alla difesa, manifestato dai soggetti interessati (evitando dunque i sopra menzionati comportamenti opportunistici). Esigenze di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa inducono pertanto a non apportare le modifiche al Regolamento richieste dai rispondenti alla consultazione».

³⁷ In particolare, è stato previsto di trasmettere in via automatica (*senza quindi la necessità della redazione di una apposita istanza*, richiesta invece dalla versione precedente della consultazione) la relazione finale dell'Ufficio sanzioni amministrative ai soggetti che nella fase istruttoria abbiano presentato le deduzioni scritte ovvero abbiano richiesto ed abbiano presenziato all'audizione dinanzi ad USA (ai sensi dell'articolo 5, comma 4, del regolamento), per l'esercizio della facoltà di fare pervenire controdeduzioni scritte (art. 8, comma 2).

no che svolge l'istruttoria e l'organo che procede all'irrogazione della sanzione. V'è da dire però che una modifica di tale genere avrebbe necessitato di un intervento legislativo e di un cambiamento completo del modello organizzativo dell'autorità.

La differenza principale, rispetto al precedente regolamento, sta nel fatto che, dopo l'avvio del procedimento per iniziativa dell'ufficio competente, alle parti che abbiano esercitato il diritto di difesa davanti a tale ufficio (con la redazione di memorie o con la richiesta di essere ascoltati) l'ufficio USA comunica la relazione finale. Inoltre, le parti possono presentare proprie controdeduzioni scritte in replica alle considerazioni dell'ufficio sanzioni. Il vizio più grave, segnalato sia nella giurisprudenza EDU sia dal Consiglio di Stato, sembrerebbe così risolto.

Questo aspetto costituisce probabilmente la novità più importante in funzione della garanzia del contraddittorio.

In conclusione, nel modello sanzionatorio Consob è stata introdotta la conoscenza della relazione finale e la possibilità di controdedurre ad essa, la cui mancanza costituiva oggettivamente una violazione assai macroscopica del principio del contraddittorio e della conoscenza degli atti.

Permane però un'impostazione di natura procedimentale: le autorità irrogano la sanzione, certamente dopo un procedimento articolato nel quale le parti possono interloquire, ma *senza che vi sia la possibilità di svolgere una reale istruttoria* su fatti che sono quasi sempre molto complessi.

Il contraddittorio è formalmente garantito, ma nella sostanza, non essendovi possibilità di istruttoria, poco utile. Predomina ancora l'idea che il punto di riferimento sia il contraddittorio procedimentale della legge sul procedimento amministrativo e non il contraddittorio orizzontale processuale. Nella sostanza la ricostruzione del fatto è inevitabilmente lasciata all'autorità amministrativa precedente³⁸. Anche la separazione tra chi istruisce la sanzione e chi la decide, come rilevato già dalla sentenza del Consiglio di Stato del 2015 è solo formale. In generale, dunque, il modello di contraddittorio seguito è di natura verticale, un rapporto cioè bilaterale tra l'autorità che esercita la pretesa sanzionatoria e il sanzionando che è destinatario del procedimento sanzionatorio, con una indubbia posizione di superiorità complessiva dell'autorità precedente³⁹.

Analoghe considerazioni si possono fare per la disciplina del procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, modificata nel 2016⁴⁰, in partico-

³⁸ Sul diritto alla prova nel diritto amministrativo v. G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000, p. 276, spec. nt. 91 per ampi riferimenti di dottrina. Sul diritto di partecipare all'assunzione dei mezzi di prova cfr. V. DENTI, *La giustizia civile: lezioni introduttive*, Bologna, 2004, p. 90, che parla di diritto di "difendersi provando"; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il contraddittorio davanti alle autorità amministrative indipendenti e la legittimazione ad impugnare i loro provvedimenti*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 354. *Contra* sul punto Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9517, dove si afferma che "non vi sarebbe necessità che le prove siano assunte alla costante presenza della parte interessata": cfr., su tale sentenza, i rilievi critici di G. CANALE, *Il giudizio di opposizione avverso sanzioni comminate dalla Banca d'Italia e i principi del processo*, in *Giur. comm.*, 2019, 542.

³⁹ Cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, p. 93 ss.; cfr. anche F. TIRIO, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2, 2018, p. 554 ss. Per un quadro generale sul contraddittorio procedimentale cfr. cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale: Ordinamento nazionale e diritto europeo*, Torino, 2016, spec. p. 204 ss.

⁴⁰ La Banca d'Italia, con provvedimento del 3 maggio 2016, adottò il nuovo regolamento, pubblicato in G.U. 17 maggio 2016, n. 114, abrogando il precedente provvedimento del 27 giugno 2011.

lare con riguardo alla fase conclusiva della istruttoria ⁴¹.

Guardare poi alle prassi che negli anni sia la Consob che la Banca d'Italia hanno elaborato non induce a maggiore ottimismo, poiché emerge che i modelli valutativi delle fattispecie oggetto delle procedure sanzionatorie sono ormai standardizzati e presentano alcune "invarianti" quali, ad esempio: a) l'applicazione di un parametro generale come la "*sana e prudente gestione*" che ha permesso alle autorità di porre l'asticella sempre più alto e non conoscibile a priori, in modo che nessuno sia immune da colpe; b) l'elaborazione di una c.d. *responsabilità di ruolo*, per lo più di tipo omissivo, a prescindere dalle competenze e dai concreti comportamenti individuali. Ed anche dal punto di vista delle prassi procedurali, le autorità ricorrono spesso all'apposizione del segreto d'ufficio su molti atti e documenti acquisiti al procedimento ispettivo, incluse le testimonianze. Così come non riconoscono alcun rilievo alle misure riparatorie e correttive (delle disfunzioni rilevate nell'esercizio dell'attività di vigilanza prodromica alla procedura sanzionatoria) poste in essere dai sanzionandi ⁴².

3. *Il d.lgs. n. 72/2015: le novità introdotte*

Sebbene i procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob non riescano a soddisfare pienamente le esigenze dell'equo processo, la Corte EDU, sempre nella sentenza *Grande Stevens*, ha ritenuto che l'esistenza di un giudizio *ex post* dotato di *full jurisdiction* sia sufficiente per "compensare" il vizio procedimentale (nella specie con riferimento al regolamento Consob).

La Corte EDU ha valutato pertanto se nel caso di specie le garanzie dell'art. 6 fossero almeno soddisfatte nel giudizio di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Consob e, dopo avere accertato il difetto di pubblicità del procedimento giurisdizionale, ha accolto il ricorso sotto il profilo della mancanza dell'udienza pubblica.

⁴¹ Va però sottolineato che, a seguito della riforma del 2016, secondo il Regolamento della Banca d'Italia, il servizio procedente (Servizio CRE) esercita tutta l'attività istruttoria, e dopo aver esaminato le controdeduzioni, formula una proposta motivata, che viene trasmessa, unitamente agli atti del procedimento, al Direttorio, previo visto del Capo dipartimento vigilanza bancaria e finanziaria. La stessa proposta è trasmessa, entro il termine di trenta giorni, ai soggetti interessati che abbiano partecipato all'istruttoria, i quali, a loro volta, possono trasmettere al Direttorio sintetiche osservazioni scritte: ciò al fine di garantire agli interessati una più ampia difesa anche nella fase finale del procedimento di irrogazione della sanzione. Su queste basi il Direttorio, esaminate le ulteriori osservazioni eventualmente presentate dagli interessati, e acquisito il parere dell'Avvocato Generale, adotta il provvedimento, che può essere di accoglimento o di archiviazione, ma anche di richiesta di supplemento di istruttoria, o incidere sul *quantum* della proposta. Come è stato rilevato in dottrina il Regolamento della Banca d'Italia è dunque più garantista del Regolamento della Consob, sotto il profilo della trasmissione della proposta sanzionatoria ai sanzionati. "Mentre appunto il regolamento della Banca d'Italia (art. 1.5) prevede infatti, espressamente, che la proposta sanzionatoria sia trasmessa ai soggetti interessati, ai quali è concessa la facoltà, nei successivi trenta giorni, di presentare osservazioni scritte; se mai si può osservare che ciò è previsto solo per coloro che abbiano partecipato al procedimento, mentre chi ha manifestato disinteresse non viene notiziato di alcunché. Ancor'oggi carente sul punto è, invece, il regolamento Consob, il quale all'art. 6 prevede che la relazione finale con le proposte sanzionatorie sia trasmessa soltanto alla Commissione": così G. CANALE, *Il giudizio di opposizione avverso sanzioni comminate dalla Banca d'Italia e i principi del processo*, cit., p. 542.

⁴² Così S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., pp. 394-395.

In altre parole, la Corte EDU non ha rilevato un contrasto tra il procedimento di irrogazione della sanzione e l'art. 6 CEDU, ma soltanto una violazione dell'art. 6 nel giudizio di opposizione in relazione alla mancanza di pubblica udienza. Questo perché le garanzie del giusto processo possono trovare piena attuazione in maniera "differita" in sede di opposizione avverso il procedimento sanzionatorio. Il procedimento amministrativo finalizzato all'applicazione delle sanzioni, infatti, sarebbe solo la prima fase di un procedimento unitario seguita da due successive fasi rappresentate dal giudizio di opposizione e dal giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, nell'ambito delle quali la decisione amministrativa della Consob viene sottoposta al controllo di organi giurisdizionali (*tesi della continuità tra procedimento e processo*).

Il procedimento di impugnazione delle sanzioni Consob è stato pertanto riformato con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che ha modificato i procedimenti di opposizione alle sanzioni amministrative, sia di Consob che di Banca d'Italia, secondo un medesimo modello⁴³.

È rimasta la giurisdizione della Corte di Appello in unico grado, nonché la competenza esclusiva della Corte di Appello di Roma per i procedimenti di impugnazione delle sanzioni della Banca d'Italia.

Con tale decreto, il procedimento assume una forma ibrida, con molte caratteristiche tipiche della giurisdizione sommaria, ma con qualche elemento di maggiore formalizzazione del processo. In particolare, è stabilito il diritto della parte ad essere sentita, sono stabiliti dei termini per la realizzazione del contraddittorio scritto, è prevista una udienza, nella quale la Corte di Appello può disporre «*anche d'ufficio i mezzi di prova che ritiene necessari*, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatta richiesta» ed è prevista «*successivamente*» la discussione orale della causa.

La sentenza è depositata in cancelleria entro sessanta giorni e, quando una delle parti manifesti interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo, questo è pubblicato entro sette giorni dall'udienza di discussione. Con la sentenza la Corte di Appello può rigettare l'opposizione, e può accoglierla in tutto o in parte, riducendo anche l'ammontare della sanzione⁴⁴.

Nonostante qualche elemento di maggiore formalizzazione, il giudizio presenta ancora molti elementi tipici del rito sommario. In particolare, l'istruzione probatoria è ancora regolata come un potere del giudice e non invece come un diritto delle parti⁴⁵. È dunque il giudice che stabilisce, discrezionalmente, la necessità o meno dell'istruzione probatoria. L'udienza in questione, peraltro, non è dedicata all'ammissione dei mezzi di prova, poiché in essa vengono anche sentite le parti che ne abbiano fatto richiesta, e teoricamente ancora in quella stessa udienza può discutersi del merito della causa («*successivamente le parti procedono alla discussione orale della causa*» recita la norma).

⁴³ Per un esame delle novità introdotte dal decreto legislativo n. 72 del 2015 cfr. E. BINDI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano*, in *Giustamm.it.*, ottobre 2015; R. DELLA VECCHIA-P. TAMBURELLO, *Il regime sanzionatorio in materia bancaria e finanziaria: novità normative e spunti di riflessione*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, luglio 2016; E. DESANA, *I procedimenti sanzionatori Banca d'Italia: l'«insostenibile leggerezza» dei termini*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2442 ss.; F. SALERNO, *Poteri sanzionatori e responsabilità congiunta dei controllori*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 17, 2018, p. 1 ss., spec. p. 21 ss.

⁴⁴ Cfr., ancora, E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 150 ss.

⁴⁵ Come si è sopra detto, la norma recita «*all'udienza la Corte d'appello dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari*».

Non vi è dunque la tradizionale scansione del processo di cognizione tra introduzione della causa, fase istruttoria e fase decisoria, poiché queste ultime due fasi sono sostanzialmente riunite, e, in ogni caso, la scelta di separarle spetta alla insindacabile valutazione discrezionale del giudice. Il giudizio di opposizione alle sanzioni Consob e Banca d'Italia, anche nella sua versione riformata dal d.lgs. n. 72/2015, presenta dunque delle deroghe rilevanti rispetto ai giudizi a cognizione piena. Questo determina alcune problematiche di compatibilità di questi riti assai più con l'ordinamento interno che con l'ordinamento convenzionale.

In definitiva, nel panorama complessivo dei procedimenti di opposizione alle sanzioni amministrative solo le sanzioni di Consob e di Banca d'Italia sono rimaste devolute nel nostro ordinamento ad una giurisdizione di unico grado con cognizione sommaria, in deroga ai principi generali di diritto interno e alle garanzie dell'equo processo convenzionali. Si continua dunque a mantenere ferma la soluzione a favore della giurisdizione della Corte di Appello, soluzione, come si è visto, che non deriva da un processo di rinnovazione legislativa consapevole, ma solo da due sentenze della Corte costituzionale, che hanno deciso a favore della riespansione di una precedente normativa abrogata da un decreto legislativo (il "codice del processo amministrativo"), in seguito ritenuto viziato non nel merito, ma per eccesso di delega.

4. *La deferenza del giudice ordinario*

Per la verità, il diritto vivente ha cercato di porre rimedio in parte a tali carenze difensive. Come è stato giustamente sottolineato, mentre stante il dettato legislativo il ricorrente può replicare alla memoria dell'autorità resistente soltanto oralmente nell'unica udienza di trattazione prevista, le Corti d'Appello generalmente concedono al ricorrente un termine per replicare alla memoria depositata dall'autorità, alla quale a sua volta concedono un termine per replicare, fissando poi una seconda udienza di trattazione⁴⁶.

Ciò non toglie che il controllo effettuato dal giudice ordinario rimane un controllo assai poco incisivo. In primo luogo, come si è detto, il rito prescritto, anche nella versione riformata dal d.lgs. n. 72/2015, presenta già delle deroghe rilevanti rispetto ai giudizi a cognizione piena e quindi mal si confà ad una *full jurisdiction*, vi è cioè un'inconciliabilità tra la funzione sostanziale di ricostruzione della vicenda che il giudice ordinario sostiene di effettuare, e la forma del rito sommario con unico grado di giudizio, che ancora caratterizza il giudizio di opposizione alle sanzioni Banca d'Italia e Consob⁴⁷.

⁴⁶ Così S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., p. 399.

⁴⁷ Cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 136 ss. spec. pp. 153-155, dove si legge: "La questione non riguarda tanto il rispetto dell'art. 24 Cost. La Corte costituzionale, infatti, sulla base di una lettura dell'art. 24 di taglio "minimalista", considera legittimo il rito sommario anche in caso di diritti o di *status*, purché vi sia un minimo di garanzie per la parte (diritto all'istruttoria e diritto al contraddittorio). Ciò non toglie però, che nel caso del giudizio di opposizione alle sanzioni Consob e Banca d'Italia si sia in presenza di una normativa speciale (il rito sommario con un solo grado di giudizio) derogatoria di una generale (il rito a cognizione piena con doppio grado di giudizio) che comprime un diritto fondamentale come il diritto di difesa, qualificato tra l'altro dalla Corte costituzionale come diritto fondamentale (con la idoneità a costituire addirittura un controlimite) [cfr. Corte Cost., sentenza n. 232/1989, punto 3.2 del *Considerato in diritto*]. Una deroga alla normativa generale, in questo campo, può esse-

Inoltre, per quanto il giudizio di opposizione alla sanzione sia dotato di *full jurisdiction*, questo è comunque sempre un giudizio che viene svolto su fatti acclarati non in contraddittorio, e quindi sostanzialmente un giudizio sulla prospettazione, fattuale e giuridica, proposta dall'autorità amministrativa. Ne consegue che il giudice non può che sindacare l'atto della pubblica amministrazione sulla base di quella prospettazione, e non di una diversa che non ha invece avuto accesso al provvedimento finale. Il che significa che una non corretta decisione per così dire "di primo grado", conseguente ad una istruttoria parziale, è idonea a compromettere il giudizio successivo, dato che quest'ultimo è sempre e comunque un giudizio di natura impugnatoria⁴⁸.

È vero che per giurisprudenza costante della Cassazione, il giudizio "*investe il rapporto e non l'atto e, quindi sussiste la cognizione piena del giudice*"⁴⁹, ma alla fine, dietro il rinvio alla sede giurisdizionale della tutela del diritto di difesa del soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio delle autorità indipendenti, giustificato dall'esercizio di un sindacato pieno del giudice, si cela il rischio che le garanzie di difesa non vengano soddisfatte né prima né dopo.

Basta ricordare, sempre con riferimento alla garanzia del contraddittorio, che la giurisprudenza della Cassazione dà rilievo al vizio del contraddittorio nei limiti in cui si provi l'esistenza di una concreta lesione al diritto di difesa dipendente dalla mancata comunicazione della relazione USA (nel caso delle sanzioni Consob⁵⁰). Inoltre, sempre per orientamento costante della Cassazione, la mancata comunicazione della proposta conclusiva formulata al Direttorio della Banca d'Italia (nel caso delle sanzioni Banca d'Italia) non inficia la legittimità del contraddittorio⁵¹, chiedendo quindi al sanzionato di provare l'esistenza di una concreta lesione al diritto di difesa, indicando cosa avrebbe potuto fare se avesse avuto possibilità di difendersi, esigendo in altre parole una sorta di *probatio diabolica*, perché dovrebbe dimostrare retrospettivamente l'impatto di una diversa difesa sulla decisione dell'autorità decidente⁵².

Senza dimenticare poi un rilievo troppo spesso trascurato che, in termini di ricadute sulla sfera soggettiva del privato, il vedersi accogliere il ricorso in opposizione con conseguente annullamento della sanzione, è ben diverso dall'ottenere l'archiviazione del procedimento senza l'irrogazione della sanzione⁵³.

re giustificata in verità solo allorché, in conseguenza di questa deroga, si vada ad espandere un altro diritto o interesse costituzionalmente protetto. Che altrimenti non sarebbe *razionale e proporzionata* la compressione del diritto di difesa in relazione al principio generale". Sul punto cfr. anche S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., pp. 400-401.

⁴⁸ 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)*, in *Federalismi.it*, 23, 2019.

⁴⁹ Così Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786. In particolare, con riferimento ai provvedimenti sanzionatori emanati dalla Banca d'Italia, si veda, tra le altre, Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2013, n. 15019; Cass. civ., sez. I, 7 agosto 2014, n. 17799; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141. Con riguardo alle sanzioni irrogate dalla Consob, cfr. Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2018, n. 27365; Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31635.

⁵⁰ Cass. civ., sez. II, 18 gennaio 2017, n. 1205; conforme Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 2017, n. 770; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210.

⁵¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 10 marzo 2016, n. 4725; ma già Cass. civ., sez. un., n. 20935/2009, cit. e altre successive, tra cui da ultima Cass. civ., sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081.

⁵² Sul punto cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 176.

⁵³ Cfr. W. TROISE MANGONI, *L'impugnazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e*

Soprattutto nel settore dei mercati finanziari, nei quali le sanzioni irrogate incidono direttamente, in modo rilevante, sulla reputazione dei sanzionati, essendo soggette per legge alla pubblicazione, con l'ulteriore danno di compromettere la capacità di quest'ultimi di assumere ulteriori incarichi o partecipazioni rilevanti presso gli intermediari vigilati⁵⁴.

Non si dovrebbe, quindi, sottovalutare che queste sanzioni amministrative afflittive (immediatamente esecutive e senza che la proposizione dell'opposizione abbia effetto sospensivo) limitano la libertà personale del soggetto sanzionato ricadendo anche sul suo diritto al lavoro. Come è stato giustamente sottolineato in dottrina, le sanzioni interdittive -come, ad esempio, l'incapacità ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate - e le conseguenze inabilitative, -come, ad esempio, la perdita dei requisiti di onorabilità- previste per l'illecito amministrativo hanno una indubbia portata afflittiva, incidendo direttamente sulla libertà personale del soggetto. «A meno di credere che la libertà personale debba essere intesa soltanto nel senso (ben angusto) di limitazione del movimento nello spazio fisico, la nozione di libertà personale dell'individuo concerne infatti e senz'altro anche la possibilità di svolgere ogni attività lavorativa (dipendente o autonoma) lecita, possibilità che rappresenta l'estrinsecazione di un diritto fondamentale, come tale espressamente riconosciuto dall'art. 4 Cost.»⁵⁵.

All'aumentare dei poteri che incidono su diritti di libertà dovrebbe invece corrispondere, in capo all'organo dotato di tali poteri, quelle regole di indipendenza e di imparzialità che la Costituzione aveva codificato per l'attività giurisdizionale (non esistendo all'epoca le autorità indipendenti). È in definitiva indiscutibile che all'interno della Costituzione si trova il principio che laddove un atto del potere pubblico - come le sanzioni Banca d'Italia e Consob - vada ad incidere sui diritti fondamentali e diritti di libertà, questo atto deve essere assunto con le garanzie tipiche dell'attività giurisdizionale⁵⁶.

dalla Consob: *l'insoddisfacente qualificazione dei vizi attinenti alla motivazione del provvedimento nella prospettiva giurisprudenziale del giudizio sul rapporto*, intervento al convegno su "Le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB: i recenti orientamenti interni e sovranazionali", svoltosi il 17 ottobre 2019 presso Università Ca' Foscari di Venezia, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2020, 2, p. 115 s.. Al riguardo cfr. anche quanto affermato dalla Corte Edu nella sentenza *Grande Stevens*, cit. e in particolare l'*Opinione in parte concordante e in parte dissenziente* dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, spec. parr. 32-33, dove si sottolinea che il sanzionando ha il diritto di non essere sanzionato e non soltanto quello di reagire, se sanzionato, ottenendo la revisione dell'atto sanzionatorio da parte della Corte d'Appello. Ritiene condivisibili le osservazioni della relazione di minoranza dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, cit., p. 637, nt. 57 e 638, nt. 6.

⁵⁴ Cfr. quanto sottolineato dalla difesa della ricorrente in Cass. civ., sez. II, n. 24081/2019, cit., dove si legge che le sanzioni amministrative pecuniarie in tema di disciplina degli intermediari, oltre ad essere di importo particolarmente significativo, sono capaci "di incidere direttamente in modo rilevante sulla reputazione degli esponenti della banca", essendo soggette per legge alla pubblicazione. Con "l'ulteriore aggravio di compromettere la capacità degli esponenti della banca di assumere ulteriori incarichi o partecipazioni rilevanti presso gli intermediari vigilati, essendo un presupposto negativo per il possesso dei requisiti reputazionali degli aspiranti a tali incarichi".

⁵⁵ Così F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, cit., p. 7; ID., *Diritto penale contemporaneo Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C.F. PALIERO-F. VIGANO-E. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, p. 1170.

⁵⁶ Così E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 112 e nt. 10.

Tanto più in un contesto in cui il giudice ordinario, che esercita il controllo, è deferente nei confronti di Banca d'Italia e Consob, nel senso che in molti casi tende ad "appiattirsi" sulle valutazioni complesse di tipo tecnico effettuate da queste due autorità di elevata competenza e professionalità (ad esempio con riguardo al fatto presupposto se, come si è visto, attiene alla violazione di un parametro generale quale la "sana e prudente gestione"). In altre parole, l'indubbia tecnicità e complessità delle questioni induce il giudice ordinario ad un'inevitabile dipendenza cognitiva; mentre "un sindacato effettivo di piena giurisdizione (come è *autoqualificato* dalla giurisprudenza ordinaria in materia) sulle decisioni sanzionatorie presupporrebbe una sufficiente conoscenza" di tematiche attinenti al diritto bancario e finanziario che i giudici di solito non hanno a causa della "*despecializzazione*", frutto dell'essere chiamati ad occuparsi delle più disparate materie: si può andare dal rimpatrio degli extracomunitari alle sanzioni delle autorità finanziarie⁵⁷.

La casistica sembra, difatti, dimostrare che assai di rado i giudizi di opposizione a queste sanzioni si concludono con sentenze di accoglimento che sostituiscono la valutazione dell'autorità con quella del giudice. E dato che oltre il 90% dei giudizi vengono definiti da pronunce di rigetto, gli avvocati del sanzionato si affannano nella ricerca di vizi formali del provvedimento (ad esempio, la non osservanza di termini entro i quali debba essere contestata la violazione) che non possono ovviamente essere neutralizzati da un atteggiamento deferente⁵⁸. Un esempio è rappresentato dalle sentenze sul "caso della banca Etruria, in cui la Corte d'appello di Firenze ha accolto i giudizi di opposizione visto che la Consob avrebbe esercitato tardivamente il suo potere sanzionatorio, ampiamente oltre il termine di 180 giorni dall'avvenuta conoscenza degli illeciti⁵⁹.

Del resto, la grande enfasi della Costituzione sulla riserva di legge e sulla riserva di provvedimento giurisdizionale in materia di diritti di libertà derivava, per vero, non da una fiducia nel giudice in astratto (in quanto componente di un ordine giudiziario) quanto invece dalle garanzie di indipendenza imparzialità e di giusto processo che la stessa Costituzione poneva a fondamento dell'esercizio dell'attività giurisdizionale: la letteratura costituzionalistica è costante in questa direzione. Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, p. 123.

⁵⁷ Così ancora S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., p. 393.

⁵⁸ Cfr. R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca Impresa Società*, 2019, fasc. 1, 3.

⁵⁹ Cfr. Corte App. Firenze, sent. 8 agosto 2018, presidente Edoardo Monti, relatore Domenico Paparo, dove si legge che in sostanza "essendo Consob venuta a sapere dalla Banca d'Italia il 6.12.2013 che Banca Etruria era sull'orlo del commissariamento a meno che non si fondesse con una banca più grande delle due l'una: o si riteneva (o quantomeno si sospettava) che il prospetto pubblicato pochi mesi prima non avesse dato contezza di ciò e quindi sarebbe stato falso e fuorviante (come in effetti la Consob è venuta a contestare nell'ottobre del 2016) ma allora Consob doveva cominciare subito l'indagine; oppure si accertava che il prospetto aveva rappresentato correttamente al pubblico degli investitori la situazione economica della banca emittente, ma allora non si poteva irrogare alcuna sanzione". Si sofferma su questo caso anche S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo*, cit., p. 392 ss.; che ricorda anche il caso risolto dalla Corte d'appello di Milano, prima sezione civile, sent. 23 agosto 2018, che ha annullato la multa di Consob nei confronti dell'ex vicepresidente e AD di Saipem, Pietro Franco Tali, per abuso di informazioni privilegiate.

5. Un problema di coerenza di sistema: la giurisdizione amministrativa sui regolamenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob

Vista la deferenza da parte del giudice ordinario, che tende ad “appiattirsi” sulle valutazioni effettuate da Banca d'Italia e Consob, la difesa del sanzionato, per superare questa tendenza, ha provato a percorrere la strada dell'impugnativa dei regolamenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob davanti al giudice amministrativo, per denunciarne i profili di illegittimità.

Il TAR del Lazio ha però declinato, ripetutamente, la propria giurisdizione sostenendo che *“l'unitarietà del potere sanzionatorio, esercitato attraverso l'adozione di atti funzionalmente diretti all'adozione della decisione finale conclusiva del procedimento, comporta, sul piano processuale, che la competenza funzionale della Corte d'appello sui ricorsi in opposizione alle sanzioni della Consob si estende anche ai relativi atti endoprocedimentali, costituenti estrinsecazione di un medesimo potere sanzionatorio, sicché la relativa cognizione non può non essere attratta nell'ambito di cognizione del giudice munito di giurisdizione sull'opposizione proposta avverso il provvedimento sanzionatorio, nel quale confluiscono eventuali vizi degli atti prodromici e funzionali alla sua adozione”*⁶⁰.

Ha inoltre affermato che *“nelle vicende che si concludono con la irrogazione del provvedimento sanzionatorio non sussiste alcun profilo di interesse legittimo che possa esser fatto valere innanzi”* al giudice amministrativo *“essendo le situazioni giuridiche relative all'applicazione della sanzione integralmente di diritto soggettivo”*⁶¹.

Il Consiglio di Stato ha però respinto questa interpretazione ritenendo, come già in più occasioni, che non si possa attrarre i regolamenti nel sindacato del giudice ordinario mediante la valorizzazione della strumentalità del procedimento rispetto alla sanzione⁶². I ricorrenti sanzionati devono poter denuncia-

⁶⁰ Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, sez. II-*quater*, 6 aprile 2018, n. 4269, 4, dove si legge che “la giurisdizione del giudice ordinario non può non estendersi – in linea di principio – a tutte le questioni attinenti alla conduzione e allo svolgimento del relativo procedimento amministrativo. Ciò essenzialmente in quanto il procedimento è finalizzato al provvedimento, mentre quest'ultimo, per converso, presuppone il procedimento”.

⁶¹ Come giustamente sottolinea S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria*, cit., pp. 411-412, non si può concordare con quanto affermato dal TAR Lazio, visto che non sussiste “alcun motivo per il quale la situazione giuridica di chi impugna un atto amministrativo generale di natura regolamentare non sia quella “ordinaria” di interesse legittimo, ma debba essere quella di diritto soggettivo, per l'unica ragione “attrattiva” che il regolamento impugnato disciplina un procedimento sanzionatorio “finanziario”, il sindacato sul quale spetta al G.O. [mentre – ad esempio – spetta al G.A. se riguarda la regolamentazione dell'attività edilizia (che inerisce allo *ius aedificandi*) o, invece, dell'esercizio del commercio nel centro storico (che inerisce al diritto d'impresa)]”. Del resto, prosegue Amorosino, “la natura e la funzione giuridica dei regolamenti sono analoghe: disciplinare un tipo di attività, oggetto di leggi amministrative di settore, ed affidarne il “controllo” ad una amministrazione (anche la medesima che lo ha emanato). L'“attrazione” del sindacato sui “Regolamenti sanzioni” della Consob e della Banca d'Italia nella giurisdizione del G.O., soltanto perché hanno ad oggetto la disciplina della procedura ordinata all'irrogazione di sanzioni (che incidono su posizioni di diritto soggettivo), appare una forzatura logico giuridica, all'origine della quale è la messa “fuori campo” dei principi generali dell'azione amministrativa e l'erronea riconduzione dei procedimenti sanzionatori in questione, previsti da una normazione “speciale” e disciplinati da regolamenti di autorità di vigilanza indipendenti, al solo “modello generale” della l. 689/1981”.

⁶² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1355. In tal senso, oltre alla sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, citata testualmente nel passo riportato, cfr. anche la sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 962 e la sentenza del Cons. Stato, sez.

re davanti al giudice amministrativo l'illegittimità delle disposizioni del Regolamento, perché l'adozione del provvedimento sfavorevole integra l'interesse ad agire, mentre prima dell'adozione non è dato ravvisare un'utilità allo scrutinio dei motivi indicati⁶³.

Il Consiglio di Stato, richiamando il proprio precedente del 2015, ha quindi escluso che *“la giurisdizione riservata al giudice ordinario sul provvedimento sanzionatorio possa estendersi anche agli atti amministrativi o regolamentari che non costituiscono diretta e concreta espressione della potestà sanzionatoria”*, aggiungendosi che *“la sanzione inflitta e gli atti del procedimento sanzionatorio, ma non anche gli atti a monte del procedimento medesimo, sono espressione di poteri di diversa natura (regolamentare o amministrativa appunto) e rispetto ai quali sussistono certamente posizioni di interesse legittimo la cui tutela spetta, secondo gli ordinari criteri di riparto, alla giurisdizione del giudice amministrativo”*. Inoltre -prosegue il Consiglio di Stato- la giurisdizione del giudice ordinario sulle sanzioni non può ritenersi *“una giurisdizione di carattere esclusivo, in grado di estendersi a tutti gli atti comunque afferenti alla materia procedimentale sanzionatoria (...), a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva vantata dall'interessato”*. Precisando poi che la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni irrogate *“deriva dal fatto che di fronte ad esse si rinvencono tradizionalmente situazioni di diritto soggettivo, in quanto le stesse sono applicate sulla base di criteri che non possono considerarsi espressione di discrezionalità amministrativa”* ma, tuttavia, *“viene meno nel caso in cui l'oggetto della contestazione sia un atto (amministrativo o regolamentare), adottato nell'esercizio di un potere discrezionale, che si colloca a monte del procedimento sanzionatorio, fissando, come nel caso di specie, le regole relative al suo svolgimento”*. In tale ipotesi, *“venendo in rilievo un potere autoritativo di natura regolamentare, torna ad operare la giurisdizione del giudice amministrativo, secondo gli ordinari criteri di riparto”*. Non si tratta, quindi, *“di una forma inammissibile di c.d. “doppia tutela” avverso il medesimo atto, ovvero della surrettizia riproposizione del criterio di riparto ormai abbandonato fondato sul c.d. petitum formale, ma della naturale convivenza nell'ambito della materia procedimentale sanzionatorio di posizioni di interesse legittimo (rispetto agli atti presupposti) e di diritto soggettivo (rispetto agli atti conclusivi del procedimento)”*. In definitiva *“laddove la fonte diretta della lesione e, quindi, l'oggetto del giudizio, sia il provvedimento sanzionatorio, la giurisdizione è del giudice ordinario al quale spetta anche il potere di disapplicare gli atti amministrativi o regolamentari illegittimi di cui conosce in via incidentale”*. Nel caso in cui, invece, *“la fonte diretta della lesione e, quindi, l'oggetto del giudizio, sia l'atto regolamentare o amministrativo a monte, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, con conseguente possibilità di annullamento del provvedimento o del regolamento impugnato”*⁶⁴.

VI, 9 ottobre 2018, n. 5800, che ha annullato una sentenza di primo grado declinatoria della giurisdizione sul regolamento sanzionatorio di Banca d'Italia nonché in tema di giurisdizione sui “regolamenti sanzioni” di Banca d'Italia, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017 n. 3822. Sul punto cfr. G. ROMAGNOLI, *La giurisdizione sui “regolamenti sanzionatori” di Consob spetta al giudice amministrativo. Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1355*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2019, aprile-giugno, p. 13 ss.

⁶³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 che ha ritenuto il regolamento sanzionatorio di Consob non conforme agli standard di tutela imposti artt. 187-*septies*, 195 TUF e 24 legge n. 262/2005, sebbene abbia concluso – come anticipato sopra alla nt. 32 – per l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, dal momento che era stato impugnato un atto regolamentare prima dell'emanazione dell'atto sanzionatorio.

⁶⁴ Così Cons. Stato, sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1355, cit.

Il Consiglio di Stato non lascia adito a dubbi: il sindacato sui regolamenti spetta alla giurisdizione amministrativa, anche alla luce delle sentenze della Corte costituzionale, sopra ricordate, che hanno riportato la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori al giudice ordinario⁶⁵. Sentenze che peraltro hanno creato un'incoerenza nel sistema visto che il sindacato sulle altre sanzioni in materia finanziaria, come ad esempio in materia assicurativa, sono impugnabili davanti al giudice amministrativo

Se non altro il giudice amministrativo ha ormai a disposizione strumenti per «l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche» (art. 63, comma 4, cod. proc. amm.), che gli permettono di esercitare un controllo più incisivo. E soprattutto esercita il sindacato sull'eccesso di potere amministrativo che, attraverso le sue figure sintomatiche, costituisce ancora oggi lo strumento per assicurare, da un lato, quella sfera insindacabile della scelta amministrativa che è connaturata all'esercizio della funzione amministrativa e, dall'altro lato, la miglior garanzia per i cittadini circa il corretto esercizio del potere. Del resto, se il giudizio è sul rapporto e non sull'atto, l'eccesso di potere non si può dedurre, come ci ha ricordato la stessa Cassazione in una recente pronuncia⁶⁶.

Non convince poi l'orientamento prevalente, specialmente nella giurisprudenza della Cassazione ma accolto anche nella giurisprudenza amministrativa, che distingue tra potere regolamentare e potere sanzionatorio, discrezionale il primo, vincolato il secondo, sia in relazione all'*an* che in relazione al *quantum* della sanzione. L'attività sarebbe quindi vincolata al mero accertamento del profilo oggettivo e soggettivo della violazione, a seguito di una attività interpretativa di norme, tanto che la sanzione verrebbe assunta solo sulla base della gravità della violazione e, pertanto, non in forza di una operazione connotata da discrezionalità amministrativa che implica una ponderazione tra interessi primari e secondari⁶⁷.

Questo orientamento è peraltro ormai da tempo oggetto di critiche da parte della dottrina, che si interroga su quale sia la vera natura del potere sanzionatorio e lo inquadra nell'ambito della discrezionalità amministrativa e non in

⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1355, cit., che sottolinea come le sentt. n. 162/2012 e n. 94/2014 non hanno avuto "ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo attribuito alle autorità (irrogatrici di sanzioni) di disciplinare la sequenza procedimentale e gli ambiti istruttori prodromici all'adozione dell'atto sanzionatorio predisponendo un apposito regolamento".

⁶⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2019, n. 24081, (dep. 26 settembre 2019), cit., nella quale il ricorrente aveva dedotto la disparità di trattamento rispetto a casi analoghi, ma la Cassazione ha evidenziato che se si guarda al singolo rapporto sanzionatorio, gli altri casi non rilevano non ponendosi così un problema di disparità di trattamento. Al punto 4.1. si legge testualmente che "[...] con riferimento alla violazione di legge per mancanza di motivazione è del tutto evidente che la stessa debba essere riferita al caso singolo e non possa riguardare altri procedimenti sanzionatori. Peraltro, anche rispetto alle contestazioni di illogicità e contraddittorietà nei comportamenti della Consob, il decreto della Corte d'Appello risulta ampiamente motivato in relazione ad ogni singolo aspetto [...]. Merita aggiungere che la insindacabilità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo della disparità di trattamento ravvisabile nelle determinazioni prese dall'autorità in casi analoghi appare del tutto coerente con il rilievo che l'opposizione ad ordinanza ingiunzione, a mente della L. n. 689 del 1981, non si configura come un'impugnazione dell'atto amministrativo sanzionatorio, ma introduce un giudizio ordinario di cognizione piena sul fondamento della pretesa sanzionatoria fatta valere dall'Amministrazione (Cass. n. 12503 del 2018; Cass. S.U. n. 1786 del 2010)".

⁶⁷ Cfr. ad es. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, dove si afferma che "il criterio legale che la detta scelta deve seguire è soltanto la commisurazione della sanzione all'entità della violazione, conformemente al contenuto tipico di ogni potere punitivo, sia di tipo penale che di carattere amministrativo".

quello della mera interpretazione normativa⁶⁸. In primo luogo, perché l'attività sanzionatoria delle autorità di regolazione dei mercati finanziari involge l'applicazione di concetti giuridici indeterminati, di natura largamente valoriale, che attribuiscono all'autorità un ampio spazio valutativo e quindi assumono determinatezza solo a seguito di una valutazione e ponderazione dell'interesse pubblico sussidiato (la stabilità, il buon funzionamento del mercato) con gli altri interessi determinati nella norma⁶⁹. In secondo luogo, perché in relazione al *quantum* della sanzione irrogabile, la forbice tra il minimo e il massimo è amplissima.

Solo quindi un giudice dotato degli strumenti adeguati qual è il giudice amministrativo può assicurare, da un lato, quella sfera insindacabile della scelta amministrativa che è connaturata all'esercizio di un potere discrezionale e, dall'altro lato, la miglior garanzia per i cittadini circa il corretto esercizio del potere⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, 2017, p. 91 ss.; 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. 79 ss.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in cui il giudice amministrativo ha esercitato uno scrutinio molto approfondito dei fatti di causa, precisando che "la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del «mercato rilevante» [...]) è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto «libero» dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di «attendibilità» va dunque sostituito un sindacato pieno di «maggiore attendibilità». Sullo scrutinio approfondito esercitato dal Consiglio di Stato in questa pronuncia, cfr. L. ARNAUDO-R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, p. 533 ss. Quanto affermato dalla sentenza n. 4990/2019 è stato riconfermato in decisioni successive della Sezione VI del Consiglio di Stato, nelle quali è stata, tuttavia, attenuata la portata innovativa di tale pronuncia, omettendo il richiamo al sindacato "pieno" di "maggiore attendibilità": cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558-5564 e nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032, 6065 e 23 settembre 2019, n. 6314. Al riguardo v. M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 13 novembre 2019, p. 38 ss. Con riferimento all'esatta individuazione di un concetto giuridico indeterminato quale la "collusione" di cui all'art. 106, comma 2, lett. d), n. 2, TUF, cfr. quanto affermato da Cons. di Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, su tale sentenza cfr. le osservazioni di F. PALLADINO, *La finalità elusiva delle regole dell'OPA obbligatoria quale linea di demarcazione tra accordo lecito e fattispecie collusiva*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. n. 1/2019; S. DEL GATTO, *Il potere di rideterminazione del prezzo da parte della Consob in caso di collusione e il problema della certezza del diritto in caso di provvedimenti delle autorità indipendenti*, *ivi*, fasc. n. 2/2018, p. 293 ss.

⁷⁰ Cfr. ancora Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, che offre alcuni fondamentali precisazioni con riguardo all'intensità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'Antitrust, attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in base al quale "il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima". Questa disposizione, secondo il Consiglio di Stato implica per il giudice amministrativo un "dovere di accertamento «diretto» di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo (per quanto la formula impiegata sia involuta) dal contemporaneo dovere di accertamento «critico» degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria. È del resto implausibile che il legislatore abbia voluto, con una espressione così incerta ed apodittica, revocare in dubbio il modello processuale inverteatosi da tempo e faticosamente nel diritto vivente. Tale interpretazione della disposi-

Continuare a lasciare al giudice ordinario la giurisdizione in materia di sanzioni Banca d'Italia e Consob equivale a creare, in un settore sensibile quale quello finanziario, una innegabile spaccatura nel livello delle garanzie, tutela dei diritti, e certezza del diritto.

6. Non solo un problema di coerenza di sistema: le rilevanti divergenze giurisprudenziali sulla natura penale della sanzione amministrativa tra giudice ordinario e giudice amministrativo

Che il giudice amministrativo eserciti un controllo ben più penetrante, trova un'indubbia conferma nelle recenti sentenze del Consiglio di Stato, con le quali è stata esaminata la questione delle procedure sanzionatorie dell'IVASS⁷¹.

Le due sentenze del Consiglio di Stato hanno annullato l'una l'atto di rettifica della contestazione della sanzione, l'altra il regolamento sanzionatorio dell'IVASS (nn. 2042 e 2043/2019).

Nel caso di specie esaminato nella prima sentenza (n. 2042/2019), la vicenda prese avvio da una articolata contestazione di addebito emessa dall'IVASS nei confronti di Unipolsai Assicurazioni S.p.a., cui faceva seguito l'emissione di un "atto di rettifica", ritenendo l'autorità di dover tornare sulla contestazione. Difatti, mentre nell'atto originario le violazioni erano nove, costituenti in tutto tre illeciti amministrativi, con sanzione astrattamente applicabile in una somma pari a 12.000 euro nel minimo e 120.000 euro nel massimo, nell'atto di rettifica vi erano quarantadue violazioni corrispondenti ad altrettanti illeciti, e di conseguenza una sanzione astrattamente applicabile assai superiore rispetto alla prima, sia nel minimo che nel massimo⁷².

Qualificata la sanzione come sostanzialmente penale sulla base dei criteri "Engel", il Consiglio di Stato ha sottolineato che sebbene la disposizione regolamentare non sia contraria al principio del contraddittorio, la sua interpretazione peraltro non può prescindere da quanto affermato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo in tema di sanzioni penali. In tal senso, l'art. 6 della Convenzione risulta applicabile indirettamente alla fattispecie, appunto come criterio interpretativo. Questa premessa ha permesso al Consiglio di Stato di richiamare quanto affermato dalla Corte EDU nella sentenza Drassich⁷³ «secondo la quale l'art. 6 della Convenzione richiede che l'incolpato sia informato tempestivamente non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche, in modo dettagliato, della qualificazione giuridica data ad essi»⁷⁴.

zione è l'unica conforme al principio della tutela piena ed effettiva «secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» (art.1 del c.p.a.).».

⁷¹ Si tratta delle sentenze del Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042 e n. 2043, sulle quali cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Quale il razionale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giustamm.it*, 2019.

⁷² Nel corso del giudizio di I grado, l'istituto, sulla base dell'atto di rettifica, ha emanato l'ordinanza 22 maggio 2013, n. 1050/13, notificata il giorno 28 maggio 2013, con la quale ha ingiunto all'impresa di pagare a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria per le violazioni contestate ritenute tutte sussistenti, la somma di € 1.203.364,12.

⁷³ Cfr. Corte EDU, sez. II, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*.

⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, punto 12.7. La lettera della norma rego-

Grazie a tale criterio interpretativo fornito dalla giurisprudenza EDU, il Consiglio di Stato ha potuto affermare che l'atto impugnato non era una semplice una rettifica, ma «una nuova contestazione illegittima, perché, a prescindere da ogni altro rilievo, è stata adottata evidentemente oltre il termine massimo di 120 giorni disponibili»⁷⁵.

Anche nell'altra sentenza (n. 2043/2019) dove si trattava di una sanzione di circa 27.000 euro irrogata a Unipolsai Assicurazioni S.p.a., il Consiglio di Stato ha ribadito che tale sanzione «non è una sanzione penale in senso stretto, perché l'ordinamento non la qualifica come tale, ma ne ha il carattere sostanziale in base alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, e in particolare ai c.d. criteri Engel, elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella sentenza 8 giugno 1976 Engel e altri c. Paesi Bassi. Ciò si afferma argomentando dalla natura della norma che prevede l'infrazione, volta ad assicurare il buon andamento di un mercato rilevante come quello assicurativo, e quindi la tutela di interessi generali della società normalmente presidiati dal diritto penale, nonché sia dalla natura e particolare severità delle sanzioni applicabili, che possono ledere il credito dei soggetti interessati e produrre conseguenze patrimoniali importanti, come è evidente dai gli importi di cui si ragiona»⁷⁶.

Queste due decisioni sono accomunate da una unica matrice di pensiero: le sanzioni amministrative delle autorità di regolazione dei mercati finanziari sono, secondo i criteri consolidati della Corte EDU, sanzioni sostanzialmente penali.

lamentare citata non contiene alcuna disposizione espressa che sia contraria al principio del contraddittorio; la sua interpretazione peraltro non può prescindere da quanto affermato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo in tema di sanzioni penali, intese nel senso ampio di cui si è detto: in tal senso, quindi, l'art. 6 della Convenzione risulta applicabile indirettamente alla fattispecie, appunto come criterio interpretativo.

⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, cit., punto 12.8. L'atto inoltre non sarebbe endoprocedimentale, e dunque non autonomamente lesivo, ma di natura provvedimentale "perché volto, oltre che ad iniziare il procedimento sanzionatorio, anche ad orientarne l'esito in un certo modo in via preventiva, ovvero a dichiarare che l'istituto avrebbe applicato in un dato modo una norma di regolamento pertinente alla fattispecie" (cfr. TAR Lazio Roma, sez. I, 16 febbraio 2012 n. 1620, citata da Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, cit., punto 12.10). Difatti «la nuova contestazione era volta, per implicito ma inequivocabilmente, ad escludere l'applicabilità del più lieve trattamento sanzionatorio indicato dalla contestazione originaria" (così ancora il punto 12.10).

⁷⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043, punto 5.3. Nella specie, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi sull'illegittimità del regolamento n. 1/2013 e sull'illegittimità derivata dell'ordinanza sanzionatoria emanata in applicazione di esso, per violazione del principio del contraddittorio di cui all'art. 24 della legge 28 dicembre 2005 n. 262, anche in relazione all'art. 6 CEDU. Richiamato il proprio precedente del 2015, e dunque i vincoli per l'autorità derivante dal d.lgs. n. 209 del 2005 che impone all'istituto di disciplinare il procedimento di applicazione delle sanzioni nel rispetto del principio del contraddittorio, il Consiglio di Stato ha esaminato il regolamento n. 1/2013 dell'IVASS che si basava sui seguenti principi: l'organo interno competente contesta la violazione; il relativo atto viene notificato all'interessato e questi entro un termine può presentare le proprie difese nelle forme delle controdeduzioni, della produzione documentale e della richiesta di essere sentito. L'esito dell'istruttoria, comprensivo delle difese dell'interessato, è riportato in una relazione motivata, che è trasmessa al Servizio sanzioni, competente a predisporre la proposta motivata di sanzione o di archiviazione, proposta sulla quale decide il Direttorio. Orbene, afferma il Consiglio di Stato: "Nei termini appena illustrati, e analogamente al caso deciso dalla sentenza 1595/2015, si nota che 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" (così punto 5.7).

È evidente che ben diverso è l'approccio rispetto alla Cassazione civile in tema sanzioni Banca d'Italia e Consob. Secondo la Cassazione, infatti, sanzioni sostanzialmente penali sarebbero solo le sanzioni Consob relative agli abusi di mercato, mentre non lo sarebbero le sanzioni Consob riferite ad altre fattispecie (che pure possono arrivare a diverse centinaia di migliaia di euro) e neppure le sanzioni della Banca di Italia⁷⁷. Ad esempio, in una recente sentenza⁷⁸, la Cassazione ha sottolineato come non sia possibile l'equiparazione delle sanzioni amministrative alle sanzioni sostanzialmente penali, secondo i criteri *Engel*, se le sanzioni amministrative quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, non sono «sanzioni amministrative irrogate per manipolazione del mercato ex art. 187 ss. TUF. Le altre sanzioni amministrative, infatti, 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, agli effetti, in particolare, della violazione del "ne bis in idem" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti»⁷⁹.

⁷⁷ Su questa base una Sezione della Cassazione ha ad esempio escluso che le sanzioni di Banca d'Italia fossero considerabili come penali alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, basandosi sulla specificità della vicenda affrontata nella sentenza *Grande Stevens* ed espressamente ricordando che in questo caso la Corte EDU "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 di 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 nelle società quotate per una durata variabile da due mesi a 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": così Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di F. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, il quale afferma invece la desumibilità della natura penale delle sanzioni previste dal testo unico bancario. In particolare: "alla luce dell'analisi comparata fra le sanzioni penali contenute nel Testo Unico della Finanza – così definite dalla Corte EDU – e quelle «amministrative» previste dall'articolo 144-ter del Testo Unico Bancario, emerge con vivida chiarezza la natura penale di queste ultime, a nulla rilevando il *nomen iuris* di norme "amministrative" attribuito loro dal legislatore italiano, in ossequio all'approccio "antiformalista" sovranazionale".

⁷⁸ Cfr. Cass. civ., sez. II, n. 24081/2019, cit., nella quale si sottolinea come la ricorrente ritenga "che le sanzioni di cui alla precedente versione dell'art. 190 TUF debbano qualificarsi come sostanzialmente penali alla luce dei cosiddetti «criteri Engel» dettati dalla Corte Edu. In particolare, i ricorrenti fanno riferimento alla funzione punitiva e non risarcitoria della sanzione, peraltro di importo particolarmente significativo e capace di incidere direttamente in modo rilevante sulla reputazione degli esponenti della banca, essendo soggetta per legge alla pubblicazione. Inoltre, con l'ulteriore aggravio di compromettere la capacità degli esponenti della banca di assumere ulteriori incarichi o partecipazioni rilevanti presso gli intermediari vigilati, essendo un presupposto negativo per il possesso dei requisiti reputazionali degli aspiranti a tali incarichi".

⁷⁹ Cfr. ancora Cass. civ., sez. II, n. 24081/2019, cit., che, al riguardo, richiama Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433; Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114; Cass. civ., sez. II, 22 settembre 2017, n. 27837 e Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, "tutte in rapporto a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*". Stante queste premesse, la Cassazione afferma che "non si può condividere, pertanto, l'assunto della difesa della ricorrente secondo cui le suddette sanzioni devono essere considerate afflittive, e dunque, sostanzialmente penali. Peraltro, giova ripetere che, la valutazione sull'afflit-

In sintesi, mentre il Consiglio di Stato si conforma ai principi convenzionali come interpretati dalla Corte EDU, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si scontra inevitabilmente con i criteri *Engel* elaborati con ormai granitica giurisprudenza della Corte europea⁸⁰ e accolti anche dalla Corte di Giustizia⁸¹. E proprio attraverso la tecnica del *distinguishing*, portata all'eccesso, tra sanzioni per *market abuse* e tutte le altre sanzioni irrogate da Banca d'Italia e Consob, risolve a monte il problema dell'estensione delle garanzie dell'art. 6 ai procedimenti sanzionatori delle autorità di regolazione dei mercati⁸². In altre parole, la Cassazione riesce a non rinnegare il principio – e quindi la astratta supremazia della decisione e della fonte sulla quale essa si basa – ma a lasciare, nella sostanza, le cose come sono.

Rimangono, in definitiva, rilevanti divergenze giurisprudenziali in tema di natura della sanzione irrogata da Banca d'Italia e Consob tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa con conseguente incertezza del diritto e di-

tività di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce; e che, nell'ordinamento sezionale del credito e della finanza (che contempla sanzioni penali finanche detentive, nonché sanzioni amministrative pecuniarie che, come quelle per gli abusi di mercato, possono ascendere a molti milioni di euro) una sanzione pecuniaria compresa tra il minimo edittale di € 5.000 ed il massimo edittale di € 500.000, non corredata dalla sanzioni accessorie, non può ritenersi connotata da una afflittività così spinta da trasmodare dall'ambito amministrativo a quello penale”.

⁸⁰ Non si possono nutrire dubbi su quale sia l'orientamento consolidato della giurisprudenza convenzionale, visto che la Corte europea si è espressa ormai con fermezza sulla natura punitiva delle sanzioni formalmente amministrative, se sussiste *almeno uno* dei due criteri sostanziali *Engel* (cioè, o la natura stessa della sanzione o il *grado di severità* della medesima), distinguendo semmai le sanzioni amministrative sostanzialmente penali a seconda del grado della loro afflittività: in *minor offences* e *criminal offences* (e in questa categoria rientrano le sanzioni per *market abuse*). In particolare, la giurisprudenza della Corte EDU, al fine di modulare le garanzie dell'equo processo, fino ad ammetterne o meno la compensazione *ex post*, sembra distinguere le sanzioni amministrative sostanzialmente penali in tre tipologie (da tenere distinte dalle sanzioni irrogate dalle autorità giurisdizionali – le *hard core of criminal law* – per le quali la Corte sembra non ammettere mai, salvo rarissime eccezioni, la compensazione *ex post*): a) *minor offences senza necessità di accertamento sul fatto*; si tratta di sanzioni che, pur presentando le caratteristiche dei criteri *Engel* da un punto di vista sostanziale, tuttavia vengono irrogate a seguito di un accertamento tecnico o matematico sul fatto (sentenza *Jussila*, cit.). Poiché non necessitano di un contraddittorio per acclarare quel fatto, ad esse l'art. 6 può anche non applicarsi; b) *minor offences*; si tratta di sanzioni che, rientrando nei criteri *Engel* e per le quali pertanto non è possibile escludere le garanzie dell'equo processo, sono tuttavia di *lieve entità* e quindi è ammissibile la compensazione *ex post* delle garanzie dell'equo processo; c) *criminal offences*; sono le sanzioni che maggiormente si avvicinano all'*hard core of criminal law*, sanzioni afflittive rispetto alla persona e non solo rispetto al patrimonio, per le quali normalmente la Corte applica i principi dell'equo processo *anche* alla fase procedimentale di irrogazione della sanzione. Sul punto sia consentito rinviare a E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 72 ss.

⁸¹ Cfr., *ex multis*, C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

⁸² La tesi del *distinguishing* è stata indirettamente criticata dalla stessa Corte costituzionale nella recente sentenza n. 63/2019, con la quale la Corte ha ritenuto di poter applicare alle sanzioni Consob – il caso proposto riguardava gli abusi di mercato – il principio di retroattività favorevole. In tale decisione la Corte aggiunge che la giurisprudenza EDU deve essere interpretata al di là dei casi espressamente considerati. Su questa sentenza cfr. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2019; G. VITALI, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, ivi; E. BINDI-A PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 1015 ss.

versità di trattamento del sanzionato a seconda -a parità di situazione- della giurisdizione alla quale è sottoposto.

Quanto detto è ulteriore conferma di quanto sia importante la questione della giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, sulla quale il d.lgs. 72/2015, come si è visto, non è intervenuto. Attribuire la competenza al giudice amministrativo anche per le sanzioni di queste due autorità indipendenti non solo riporterebbe coerenza nel sistema, visto che è il giudice amministrativo competente in relazione al giudizio di opposizione avverso l'atto sanzionatorio delle altre autorità indipendenti, ma contribuirebbe anche a creare un modello di giurisdizione sostanzialmente uniforme nei confronti delle sanzioni di tutte le autorità di regolazione dei mercati finanziari che, indubbiamente, presentano caratteristiche comuni.

7. Segue: la difesa del sanzionato nel giudizio di opposizione: rimessione in termini o ricorso per motivi aggiunti?

La stessa difesa del sanzionato sembra guardare al processo amministrativo in quanto maggiormente in grado di garantire l'effettività del diritto di difesa: un esempio per tutti una recente sentenza della Cassazione civile in tema di *rimessione in termini*, con la quale sono state ritenute fondate le censure mosse nei confronti della sentenza della Corte d'appello di Milano, che aveva dichiarato inammissibili i motivi aggiunti di censura e rigettato l'istanza di rimessione in termini.

Nel caso di specie, la ricorrente KPMG S.p.a., nota società di revisione, aveva presentato alla Consob istanza di accesso agli atti del procedimento sanzionatorio per valutare eventuali profili di impugnabilità della sanzione amministrativa irrogata. La Consob aveva, infatti, inflitto alla KPMG la pena pecuniaria amministrativa pari a 450.000 euro, per aver violato numerosi principi di controllo contabile in occasione dello svolgimento dell'attività di revisione sui bilanci relativi agli anni 2008 e 2009 della Banca Monte dei Paschi di Siena. Tale istanza fu tuttavia accolta solamente decorso il termine per l'impugnazione della predetta sanzione. La ricorrente, dunque, fu costretta a depositare il ricorso di opposizione, sebbene non fosse stata messa nella condizione di prendere visione, anteriormente alla scadenza del termine, dei documenti oggetto dell'istanza, formulando pertanto espressa riserva di integrare i motivi di opposizione una volta esaminati i documenti richiesti.

Quando finalmente la ricorrente poté prendere visione della documentazione, chiese di essere rimessa in termini in ordine alla formulazione di ulteriori motivi fondati proprio sui documenti tardivamente messi a disposizione.

La Corte d'appello di Milano (con sentenza dell'8 ottobre 2015) tuttavia dichiarò inammissibili i motivi aggiunti di censura e rigettò l'istanza di rimessione in termini. Di conseguenza, confermò la pena pecuniaria amministrativa pari a 450.000 euro irrogata dalla Consob alla KPMG.

La Cassazione ha, invece, ritenuto compromesso il pieno esercizio del diritto di difesa del sanzionato, nel caso in cui, per ragioni non imputabili al ricorrente questi, pur a fronte di una richiesta tempestivamente proposta, non abbia avuto pieno accesso a tutti gli atti formati nel procedimento amministrativo sanzionatorio, in quanto messi a disposizione una volta scaduti i termini per

proporre opposizione⁸³. La Cassazione ha dunque applicato in favore del sanzionato l'istituto della rimessione in termini, di cui all'art. 153, comma 2, c.p.c., in modo da consentirgli di proporre motivi di impugnazione ulteriori rispetto a quelli originariamente preposti⁸⁴. La parte ricorrente ha potuto così ampliare in un momento successivo rispetto al deposito dell'atto introduttivo il *thema decidendum* del giudizio, fondando le proprie contestazioni sui nuovi documenti⁸⁵.

Ma ciò che merita sottolineare è il fatto che la parte ricorrente ha depositato un ricorso per motivi aggiunti, atto proprio non già del processo civile, ma di quello amministrativo, previsto espressamente nell'art. 43 c.p.a.⁸⁶ e che nel processo amministrativo assume una funzione rilevante⁸⁷.

⁸³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2018, n. 15049, in *Giur. it.*, febbraio 2019, p. 335 ss., con osservazione di E. PADOVANO, *La rimessione in termini e la tutela del giusto processo*, p. 336 ss.

⁸⁴ La Cassazione, pur affermando che la formulazione di "motivi aggiunti", successivi alla proposizione del ricorso originario, in quanto diretta ad ampliare la materia del contendere, è incompatibile con il carattere impugnatorio del giudizio di cui all'art. 195 TUF, (nel quale, analogamente a quanto stabilito nel procedimento di opposizione a sanzione amministrativa di cui alla legge n. 689/1981, l'atto introduttivo del giudizio, con il deposito dei documenti allegati, segna in modo definitivo il *thema decidendum* senza che siano consentiti successivi ampliamenti di esso – cfr. al riguardo Cass. civ. 11 gennaio 2016, n. 232 –), ha ritenuto, nel caso in esame, che i motivi aggiunti non ammessi dalla Corte d'appello risultano proprio "trarre origine dai documenti acquisiti in occasione dell'accesso agli atti tardivamente messi a disposizione dalla Consob", con conseguente "impossibilità, per cause non imputabili alla ricorrente, di formulare tempestivamente tutte le ragioni di censura". Cfr. in dottrina A. PROTO PISANI, *Note sulle sanatorie retroattive nel processo civile*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 313 ss. Anche la stessa Corte costituzionale aveva rilevato che un effetto di decadenza non può discendere dalla negligenza di terzi nella sentenza n. 69/1994, in *Foro it.*, 1995, I, 2336 e successivamente nella sentenza n. 477/2002, in *Foro it.*, 2003, I, p. 13 ss., con nota di R. CAPONI, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*.

⁸⁵ Come sottolinea la Corte di Cassazione "il presupposto per la rimessione in termini, in un giudizio impugnatorio quale quello in oggetto, deriva dalla stessa incompletezza della documentazione messa a disposizione dell'incolpato e dall'accertamento che i motivi di opposizione si fondano sugli atti esibiti tardivamente. Nel caso dunque in cui, per ragioni non imputabili al ricorrente, questi, pur a fronte di una richiesta tempestivamente proposta, non abbia avuto pieno accesso a tutti gli atti formati nell'ambito del procedimento sanzionatorio Consob, in quanto messi a sua disposizione una volta scaduti i termini per proporre opposizione, deve ritenersi compromesso il pieno esercizio del suo diritto di difesa e dunque applicabile in suo favore l'istituto della rimessione in termini, di cui all'art. 153 c.p.c., comma 2, al fine di proporre ulteriori motivi di opposizione rispetto a quelli originariamente e ritualmente proposti". Sul punto cfr. R. CAPONI, *Rimessione in termini, estensione ai poteri di impugnazione (art. 153, 2° comma c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 284 ss.; A. PANZAROLA, *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1636 ss.

⁸⁶ Art. 43 c.p.a. che al comma 1 prevede: "I ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte. Ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini". Cfr. al riguardo E. PADOVANO, *La rimessione in termini e la tutela del giusto processo*, cit., p. 339; nonché F. SICILIANO, *Note sull'aggiunzione dei motivi dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. Tar*, fasc. 4, 2011, 1445; C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge Tar come modificata dalla legge n. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 181. F. FRACCHIA, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, ivi, 1996, p. 683; A. PITTONI, *La "piena conoscenza" ed i motivi aggiunti*, in www.dirittoamministrativo.it.

⁸⁷ Istituto grazie al quale i ricorrenti possono ampliare la *causa pretendi* del ricorso già pendente introducendo nuove ragioni, oppure possono ampliare il *petitum*, proponendo nuove domande.

A differenza del processo civile, nel quale le parti hanno piena disponibilità di ricercare gli elementi di fatto e di diritto da porre a fondamento della domanda, nel processo amministrativo capita spesso che le parti debbono sottostare ai lunghi tempi della pubblica amministrazione per ottenere i documenti sui quali fondare i motivi del ricorso⁸⁸.

Come è noto, l'istituto del ricorso per motivi aggiunti è stato dunque previsto, dapprima in via giurisprudenziale⁸⁹, in seguito dal legislatore, proprio per ovviare alla tardiva conoscenza del materiale su cui fondare i motivi di censura. Occorreva garantire al privato la possibilità di introdurre nuovi motivi di doglianza, successivamente al deposito del ricorso introduttivo, a fronte di nuovo materiale documentale prodotto dalla pubblica amministrazione. E la possibilità di ampliare il *thema decidendum* è stata prevista anche in pendenza del secondo grado di giudizio, a sensi dell'art. 104 c.p.a., comma 3, "qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati"⁹⁰, qualora quindi la tardiva conoscenza non sia imputabile a sua colpa⁹¹.

Nonostante la Cassazione non si sia richiamata all'istituto del ricorso per motivi aggiunti, come richiesto dai ricorrenti, applicando invece l'istituto della rimessione in termini del processo civile, la *natura ibrida* del giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob ha indotto le parti ricorrenti a guardare agli istituti tipici del processo amministrativo perché maggiormente in grado di garantire una tutela effettiva del principio del giusto processo⁹², tenuto conto che il procedimento sanzionatorio di Banca d'Italia Consob, nonostante le più recenti modifiche regolamentari, è ancora caratterizzato da un'indubbia posizione di superiorità complessiva delle autorità.

⁸⁸ Cfr. F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 322 ss.

⁸⁹ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, 3 giugno 2002, n. 3067, in *Foro amm. Cds*, 2002, p. 1436 ss. e Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2728. *Contra* Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6136.

⁹⁰ Sebbene l'art. 104 c.p.a. esprima una nitida opzione per un regime giuridico ispirato all'art. 345 c.p.c. in tema di divieto generale di introdurre domande nuove in appello, vi è una perdurante instabilità degli attuali approdi giurisprudenziali, perché vi sono sia orientamenti giurisprudenziali tendenti ad attenuare le regole dettate dall'art. 104 c.p.a., sia orientamenti caratterizzati da un maggior rigore applicativo; cfr. G. CARLOTTI, *Il divieto dei nova in appello*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, (consultabile in www.treccani.it).

⁹¹ Cfr. F. SAIITA, *Motivi aggiunti in appello: le prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2011, 2416, nota a Cons. Stato, 12 aprile 2011, n. 2257.

⁹² Basti, ad ulteriore esempio, ricordare un precedente caso nel quale la parte ricorrente, sempre in sede di giudizio di opposizione ad una sanzione CONSOB, nel depositare la memoria ex art. 378 c.p.c. previa espressa istanza di rimessione in termini ex art. 153, comma 2, c.p.c., ha presentato un motivo aggiunto sulla base del mutamento di giurisprudenza del Consiglio di Stato, introdotto con la sentenza n. 1595/2015 sopra richiamata, con la quale il giudice amministrativo ha ritenuto il procedimento CONSOB non conforme al dettato normativo interno a garanzia del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie: cfr. Cass. civ., 11 marzo 2016, n. 4826, in *Mass.*, 2016; sul punto cfr. ancora E. PADOVANO, *La rimessione in termini e la tutela del giusto processo*, cit., p. 340.

8. Oltre l'incoerenza del sistema: l'auspicabile ritorno al giudice amministrativo

Cercando di trarre le fila di questo *excursus* sul giudizio di opposizione alle sanzioni Banca d'Italia e Consob, non si può che prendere le mosse da un auspicio: il ritorno alla giurisdizione del giudice amministrativo del sindacato su tali sanzioni.

L'indifferibilità di questa soluzione non viene meno neppure se il giudice ordinario dovesse superare il proprio atteggiamento di deferenza. Non si può escludere che dei piccoli passi in tale direzione possano in futuro essere fatti e del resto qualche movimento sia già incominciato a vedere. Ad esempio, il giudice ordinario ha iniziato ad accogliere qualche ricorso non soltanto per vizi formali, sembrando volere correggere la prassi delle autorità che tendono a porre troppo in alto l'asticella della responsabilità grazie all'interpretazione di concetti indeterminati o mediante il collegamento, sempre in via interpretativa, tra fattispecie diverse e tra loro non collegate, con la conseguenza che nessuno è immune da colpa.

La recente sentenza della Cass. civile, sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962 in materia di sanzioni Consob ha finalmente chiarito che *i consiglieri di sorveglianza* (o i sindaci) rispondono a titolo di concorso nell'illecito amministrativo dei consiglieri di gestione (o degli amministratori) *soltanto se è configurabile un illecito amministrativo in capo a questi ultimi*⁹³. Tale affermazione non è di poco momento poiché in tal modo la Cassazione ha impedito interpretazioni del TUF, che attraverso un collegamento tra fattispecie diverse e tra loro non collegate, creino un illecito amministrativo non previsto dal legislatore, e peraltro a carico del solo Consiglio di sorveglianza, in violazione del principio di legalità⁹⁴.

⁹³ Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962. Nel caso di specie, la Consob aveva sanzionato nel 2015 il Consiglio di sorveglianza di Ubi Banca, per non aver informato il mercato sulle modalità di nomina dei vertici della banca a seguito del cambio dello Statuto. I destinatari della sanzione avevano impugnato il provvedimento dinanzi alla Corte di appello di Brescia, che nel 2017, aveva già negato la responsabilità dei vertici motivandola, tra l'altro, nel senso che i principi di "pariteticità, alternatività e tendenziale alternanza nelle nomine", stabiliti in un protocollo d'intesa, erano stati poi esplicitati nel regolamento comitato nomine di Ubi Banca. Questo era rimasto in vigore come atto interno anche col cambio dello Statuto, e pertanto non occorreva procedere ad alcuna comunicazione. Più precisamente, secondo la Corte d'Appello non si poteva ravvisare alcuna modifica ai principi ispiratori del regolamento del comitato nomine, la cui versione, resa nota al mercato nel 2007, era adeguata a far comprendere al mercato le modalità di funzionamento del comitato. "Veniva a mancare, dunque, l'omessa vigilanza dei membri del consiglio di sorveglianza in merito all'assenza nelle relazioni sulla governance dal 2009 al 2013 delle informazioni rilevanti [...], in quanto il mercato era già stato edotto delle regole contenute nel regolamento citato". La CONSOB ha, quindi, proposto ricorso per Cassazione avverso la suddetta sentenza della Corte d'Appello. La Cassazione ha però respinto il ricorso della CONSOB, chiarendo che la Relazione annuale sul governo societario – che in ipotesi conteneva l'omissione – viene *predisposta dal Comitato di Gestione, e non di Sorveglianza*, e comunque *l'assenza di questo genere di informazioni non è assistita da alcuna sanzione*. Non è dunque possibile, continua la decisione, "attribuire una responsabilità per omessa vigilanza sull'attuazione dello statuto al consiglio di sorveglianza per non aver vigilato affinché la relazione sul governo societario (siamo nel periodo 2009-2013) contenesse nel dettaglio le informazioni relative alla disciplina ed al funzionamento del Consiglio di gestione delle nomine interno ad Ubi Banca" (così 20-21).

⁹⁴ Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962, cit., 21. Come sottolinea la Cassazione, non è possibile individuare *un concorso nell'illecito omissivo quoad functionem* posto che l'art. 192-bis TUF, recante "informazioni sul governo societario", sanziona solo l'omissione delle comunicazioni prescritte dall'art. 123-bis, comma 2, lett. a), TUF. Del resto, una diversa

Certo sono piccoli passi e al momento sembra piuttosto remota l'ipotesi che i giudici ordinari vadano "oltre la deferenza", secondo alcuni per il timore dell'impopolarità di pronunce a favore della "casta" bancaria o finanziaria⁹⁵.

Tuttavia, anche nell'ipotesi che i giudici ordinari andassero "oltre la deferenza", non sembrano venir meno le ragioni alla base del trasferimento della giurisdizione al giudice amministrativo, per tutti i motivi già ricordati.

In particolare, per esigenze di razionalizzazione e coerenza del sistema, visto che il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di tutte le altre autorità di regolazione è attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In secondo luogo, l'applicazione di concetti indeterminati richiedono valutazioni di tipo discrezionale, e come si è visto il giudice della discrezionalità nel nostro ordinamento è il giudice amministrativo.

In terzo luogo, se il giudizio verte sul rapporto e non sull'atto, come costantemente ribadito dalla Cassazione, l'eccesso di potere non si può dedurre. Quindi, il giudizio sul rapporto ha come conseguenza la svalutazione totale o comunque potenziale non solo delle garanzie procedurali, ma forse anche dello stesso ruolo delle autorità indipendenti e della procedimentalizzazione al loro interno⁹⁶. E per non svalutare il loro ruolo, occorre sindacare l'atto amministrativo e quindi il sindacato nel nostro ordinamento non può che spettare al giudice amministrativo.

In quarto luogo, come già sottolineato dal Consiglio di Stato nel 2003, ai fini dell'attribuzione della giurisdizione, non ha alcuna giustificazione la distinzione tra attività di vigilanza e attività sanzionatoria. Se i provvedimenti sanzionatori sono funzionalmente collegati all'attività di vigilanza, su cui è competente il giudice amministrativo, non vi è ragione di attribuire alla giurisdizione ordinaria la competenza sui provvedimenti sanzionatori. Lo stretto collegamento tra le due attività si è reso, del resto, ancor più evidente con la crisi del 2008, a seguito della quale le autorità hanno utilizzato i provvedimenti sanzionatori come un essenziale strumento di vigilanza, rendendo più labile la distinzione tra attività di vigilanza e attività sanzionatoria.

interpretazione della responsabilità per omissione del consiglio di sorveglianza risulterebbe in contrasto con il principio di legalità e di sufficiente determinatezza della fattispecie di cui agli artt. 25 Cost. e 1 legge n. 689/1981. D'altra parte, non è possibile neanche ipotizzare *un illecito omissivo proprio*, con riferimento diretto al contenuto della relazione annuale sulla *corporate governance*, posto che la responsabilità della stessa grava sul consiglio di gestione e, tantomeno, è possibile attribuire al consiglio di sorveglianza, sulla base dell'art. 149, comma 1, lett. a), una responsabilità per aver omesso di vigilare su tale condotta, non autonomamente sanzionata (così 19-20).

⁹⁵ Cfr. G. ROMAGNOLI, *La giurisdizione sui "regolamenti sanzionatori" di Consob spetta al giudice amministrativo*, cit., 16, che sottolinea questo con riferimento al TAR del Lazio, che ha declinato in più occasioni la propria giurisdizione sui regolamenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob (come si è visto *supra* al par. 5) e quindi si domanda se sullo sfondo di questa presa di posizione possa "esservi anche il timore di riaccendere il dibattito sulla legittimazione del G.A., stante l'accusa che il mondo politico ha mosso alla magistratura amministrativa d'essere un «freno per l'economia», ossia la "provocatoria esortazione di Romano Prodi che, in più occasioni, ha sollecitato una riforma del sistema della giustizia italiana, con il superamento della giurisdizione amministrativa, vista come un laccio alla crescita dell'economia domestica. Cfr. *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia* (2013), in *www.romanoprodi.it*". Non sono mancate opportune risposte a queste affermazioni, cfr., ad esempio, F. VOLPE, *Perché è sbagliato abolire o ridurre la fase cautelare nel processo amministrativo*, 2014, in *www.lexitalia.it*.

⁹⁶ Cfr. M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, intervento al convegno su "Le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB: i recenti orientamenti interni e sovranazionali", cit., p. 40 ss.

Quanto detto, non vuol significare perdere di vista la necessaria distinzione tra le due attività, tra attività di amministrazione attiva e attività sanzionatoria, tra il sorvegliare e il punire, perché occorre bilanciare tra le ragioni dell'effettività dell'azione delle autorità e le ragioni della garanzia della difesa, (applicando ai relativi procedimenti -di vigilanza e sanzionatori- il regime giuridico più appropriato agli effettivi poteri esercitati)⁹⁷. Significa soltanto attribuire al medesimo giudice il controllo su due attività funzionalmente connesse, ma che non devono confondere i relativi strumenti di azione.

L'auspicabile ritorno al giudice amministrativo (che ha elaborato strumenti in grado di assicurare, da un lato, quella sfera insindacabile della scelta amministrativa che è connaturata all'esercizio della funzione amministrativa e, dall'altro lato, la miglior garanzia per i cittadini circa il corretto esercizio del potere) non deve, tuttavia, far perdere di vista due ulteriori obiettivi da raggiungere.

Il primo obiettivo concerne gli interventi sui regolamenti sanzionatori cui ancora le autorità debbono porre mano per colmare, se non altro, le carenze in termini di separazione tra attività istruttoria e attività decisoria, ancora sussistenti nonostante le riforme del 2015 per Consob e del 2016 per Banca d'Italia. Carenze presenti, secondo una recente decisione della Corte costituzionale, anche nel procedimento sanzionatorio dell'Antitrust in tema di concorrenza, dove manca una reale separazione tra le funzioni istruttorie -attribuite agli uffici amministrativi alle dipendenze del Segretario generale-, e funzioni decisorie - attribuite al collegio dei componenti, guidato dal Presidente dell'Autorità -⁹⁸. Carenze quindi presenti anche in un procedimento, qual è quello dell'Antitrust, che invece costituisce un possibile punto riferimento, dal punto di vista delle garanzie del contraddittorio, per i procedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob⁹⁹.

L'altro obiettivo da raggiungere è l'intervento legislativo per evitare che dietro l'etichetta "sanzione amministrativa" si celi una sanzione penale, per evitare cioè le ipotesi di doppio binario sanzionatorio. Il legislatore dovrebbe quindi introdurre un meccanismo deterrente a sanzioni crescenti: dagli illeciti amministrativi per le condotte meno lesive, alla repressione penale nei casi più gravi, assumendo come parametro discrezionale la proporzionalità tra entità dell'offesa e tutela dei beni giuridici in gioco¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. N. VETTORI, *Sistema amministrativo e sanzioni Consob nella recente giurisprudenza interna e sovranazionale: alcune implicazioni*, intervento al convegno su "Le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB: i recenti orientamenti interni e sovranazionali", cit., p. 205 s.

⁹⁸ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 13/2019, con osservazione di M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n. 13*, in *Federalismi.it*, 2019.

⁹⁹ Cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., p. 129 ss.

¹⁰⁰ Come appunto attualmente accade nel Regno Unito. Sul punto cfr. G. GIORGINI PIGNATIello, *Regno Unito e Italia: qualche riflessione sul ne bis in idem sostanziale in materia di manipolazione del mercato*, in *Arch. pen.*, 2018, fasc.1, p. 3 ss., spec. p. 22. Così come un modello cui guardare è quello francese; la Francia ha recentemente introdotto un meccanismo di coordinamento tra AMF (*Autorité de Marchés Financiers*) e autorità giudiziaria che assicura l'alternatività tra l'esercizio dell'azione penale e l'instaurazione del procedimento amministrativo, così da garantire l'unicità del procedimento punitivo a carico della medesima persona per uno stesso fatto di abuso di mercato: cfr. la legge francese 21 giugno 2016, n. 2016-819. Sul punto cfr. M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019. Per un *excursus* sull'evoluzione del modello sanzionatorio delle autorità di regolazione dei mercati in Francia, cfr., A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 1229 ss.

Solo facendo chiarezza tra le categorie di sanzioni si ottempera ai principi convenzionali e costituzionali. I procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, anche quelli più garantistici quale quello dell'Antitrust, non possono soddisfare i requisiti richiesti per irrogare una sanzione sostanzialmente penale, in quanto sulla fondatezza dell'accusa penale giudica un'autorità che è carente dell'"essenziale requisito della terzietà" (come evidenziato sempre dalla Corte costituzionale¹⁰¹). E il successivo sindacato del giudice, che sia ordinario o amministrativo, per quanto pieno (la c.d. *full jurisdiction*), giunge sempre dopo che la sanzione ha già inciso, come si è visto, sui diritti fondamentali del sanzionato, tra cui il diritto al lavoro.

¹⁰¹ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 13/2019, cit., punti 4 e 5 del *Considerato in diritto*.