

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 25 - giugno 2022

LA NECESSARIA DISCONTINUITÀ
NELL'INTERPRETAZIONE DELLA DISCIPLINA
APPLICABILE AI PROCEDIMENTI SANZIONATORI
DI CONSOB E BANCA D'ITALIA

Nicoletta Vettori

LA NECESSARIA DISCONTINUITÀ NELL'INTERPRETAZIONE DELLA DISCIPLINA APPLICABILE AI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DI CONSOB E BANCA D'ITALIA[°]

Nicoletta Vettori

*Professoressa Associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena*

Il saggio analizza in modo critico gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Cassazione relativi al corredo di garanzie che assistono (o dovrebbero assistere) lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori da parte della Consob e dalla Banca d'Italia, attraverso un raffronto con i principi costituzionali ed europei. A fronte della diffusa fiducia riposta nel momento del sindacato giurisdizionale sull'applicazione delle sanzioni, si evidenzia la necessità che le garanzie siano implementate innanzitutto all'interno dei procedimenti amministrativi, anche attraverso l'esercizio del potere regolamentare da parte delle Autorità di vigilanza supportate da una diversa interpretazione del diritto positivo vigente.

The essay critically analyses the orientations of the jurisprudence of the Court of Cassation concerning the set of guarantees that assist (or should assist) the conduct of sanctioning proceedings by Consob and the Bank of Italy, through a constant comparison with constitutional and European principles. In the face of the widespread trust placed in the moment of judicial review of the application of the sanctions, the intention is to highlight the need for guarantees to be implemented first and foremost within administrative proceedings, including through the exercise of regulatory power by the Supervisory Authorities supported by a different interpretation of the law in force.

Sommario:

1. Premessa
2. La disciplina dei procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d'Italia
3. La “dequotazione” delle garanzie procedurali da parte della giurisprudenza
 - 3.1. Incertezza del *dies a quo* del termine per la contestazione degli illeciti e natura ordinatoria dei termini di conclusione del procedimento
4. Segue. Il contraddittorio procedimentale. L'applicazione della teoria della continuità tra procedimento e processo per le sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”
 - 4.1. La (asserita) funzione collaborativa della partecipazione nei procedimenti diretti all'emanazione di sanzioni amministrative
 - 4.2. Un primo (ma isolato) segno di cambiamento: «il nucleo duro di garanzie che deve essere assicurato già in sede procedimentale»
5. Considerazioni critiche: intima connessione tra vigilanza e sanzione e “confusione” delle discipline procedurali
6. Potere sanzionatorio e disciplina procedimentale: la specialità dipende dalla finalità punitiva e dal coinvolgimento dei diritti fondamentali dell'incolpato
7. Conclusioni: la necessaria discontinuità nell'interpretazione della disciplina

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Premessa

La materia delle sanzioni amministrative delle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari negli ultimi anni è stata oggetto di importanti interventi della giurisprudenza nazionale ed europea. Tra questi rilevano in particolare le pronunce che hanno riconosciuto ad alcune di esse la natura ‘sostanzialmente penale’ (secondo i criteri *Engels*)¹, con conseguente estensione di molte delle garanzie proprie della pena².

¹ Come noto, a partire dalla sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell’8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, (in tema di sanzioni detentive disciplinari militari) la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri (c.d. criteri *Engel*) in base ai quali è possibile qualificare una sanzione come “penale”: la qualificazione dell’illecito operata dal diritto nazionale (tale indicazione, però, ha un valore relativo e costituisce solo un punto di partenza); la reale natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. La Corte ha inoltre chiarito che il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non cumulativi (perciò la severità-gravità può essere non necessaria ove la sanzione abbia in se stessa una natura deterrente e punitiva) e che la qualificazione formale data nell’ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia laddove determini un ampliamento dell’ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione e, dunque, conduca a un complessivo incremento delle garanzie per gli individui. I principi *ivi* enunciati sono stati confermati da plurime sentenze successive: cfr. sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32; 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*; 27 settembre 2011, c. 43509/08, sent. *Menarini Diagnostics c. Italia*; Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

² In molteplici occasioni anche la Corte costituzionale ha ritenuto che alcune garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010 con nota di TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, p. 2323 ss), al principio di sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967), al principio di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (sentenza n. 63 del 2019 su cui v. BINDI, PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it.*, 22, 2019), del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio (con la sentenza nn. 112 e 221 del 2019, n. 185 del 2021, n. 95 del 2022); del principio del *nemo tenetur se detegere* (con la sentenza n. 84 del 2021 - previo dialogo con la Corte di giustizia dell’Unione Europea - è stata dichiarata l’illegittimità dell’art. 187 *quinquedecies* TUF, nella parte in cui impone l’obbligo di irrogare la sanzione penale per violazione dell’obbligo di collaborare con le Autorità anche nei confronti del soggetto potenzialmente destinatario di una sanzione amministrativa sostanzialmente penale, su quest’ultima pronuncia si veda, tra gli altri, BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri di indagine di Consob e Banca di Italia*, in *Giur. cost.*, 2, 2021, pp. 1048-1060; GRADI, *Il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo sanzionatorio e nel relativo giudizio di opposizione*, *ivi*, p. 1061- 1069. Di recente, seppur in materia di diritto d’autore, la Corte costituzionale, con sent. 16 giugno 2022, n. 149 si è pronunciata sull’illegittimità costituzionale del “doppio binario sanzionatorio” su cui era in precedenza intervenuta la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea v. *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, causa C-542/15 sent., *Menci*; causa C-537/16, sent. *Ricucci e altri*; cause riunite C-596/16 e C-597/16, sent., *Di Puma e Zecca*, su cui v. VIGANÒ, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale nei procedimenti pendenti in tema di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9, 2017, 208 ss; STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, 6, 748-756; DESANA, *Ne bis in*

All'innalzamento delle garanzie proprie dello statuto sostanziale di tali sanzioni, non ha fatto seguito uno sviluppo equivalente sul piano della disciplina procedimentale applicabile.

Sul punto, infatti, tanto il diritto positivo che la giurisprudenza delineano un quadro che non risulta affatto coerente con i principi costituzionali che informano il sistema sanzionatorio amministrativo, nel quale peraltro continua a non rilevare neppure la distinzione tra sanzioni "sostanzialmente penali" e sanzioni amministrative in senso stretto.

Le criticità su cui interessa concentrarsi, in questa sede, riguardano due aspetti: la violazione dei termini di conclusione del procedimento e le garanzie del contraddittorio.

L'obiettivo è mettere in evidenza i nodi problematici e svolgere alcune considerazioni su possibili correttivi.

2. La disciplina dei procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d'Italia

La disciplina dei procedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari è definita nei principi generali dalla normativa di settore³ e dettagliata, sulla base di un'espressa autorizzazione legislativa⁴, dai regolamenti delle stesse Autorità.

Nel quadro dei principi di «*piena conoscenza degli atti istruttori, contraddittorio e verbalizzazione nonché separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*», la normativa secondaria articola il procedimento in tre fasi: pre-istruttoria, istruttoria e decisoria.

La prima fase, c.d. pre-istruttoria, coincide in verità con l'attività di vigilanza, comprendendo le attività ispettive rivolte all'acquisizione degli elementi utili ai fini dell'addebito di eventuali violazioni. È svolta, infatti, dal Dipartimento (di Banca d'Italia) o dalla Divisione di vigilanza (di Consob) competente per materia e, ove emergano elementi rilevanti, si conclude con la notifica della contestazione formale dell'illecito che dà inizio al procedimento sanzionatorio vero e proprio.

La fase istruttoria, di competenza di un apposito ufficio⁵, è diretta all'accertamento dei fatti costitutivi dell'illecito in contraddittorio con la parte, e può concludersi, con l'invio al Collegio dell'Autorità (Direttorio di Banca d'Italia; Commissione Consob) alternativamente, di una richiesta di archiviazione ovvero di una proposta motivata in ordine alla sussistenza della violazione, al tipo e all'entità della sanzione da irrogare.

Infine, nella fase decisoria, che si svolge dinanzi al Direttorio o alla Commissione,

idem: *l'infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 1, 2019, 348 ss. Per una prospettiva d'insieme v., per tutti, VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss.

³ V. art. 24 l. 262/2005; art. 145 TUB, art. 187-*septies* e 195 TUF.

⁴ Cfr. art. 145-quater TUB e 196-bis del TUF i quali attribuiscono a Consob e Banca d'Italia, secondo le rispettive competenze, il potere di emanare disposizioni di attuazione dei titoli relativi alle sanzioni amministrative.

⁵ L'ufficio Servizio Rapporti Istituzionali di Vigilanza (di seguito RIV) in Banca d'Italia; e l'Ufficio Sanzioni Amministrative in Consob (di seguito USA).

è prevista un'ulteriore appendice di contraddittorio a esito della quale il Collegio potrà disporre l'archiviazione del procedimento, ovvero emanare la sanzione, prevedendo anche le forme e le modalità di pubblicazione nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità⁶.

Per quanto riguarda i tempi del procedimento, la normativa (primaria e secondaria) - in linea con quanto previsto dalla disciplina generale in materia di sanzioni (art. 14 l. n. 689/1981) - fissa termini puntuali per la contestazione degli addebiti (ovvero per la conclusione della fase pre-istruttoria) che devono decorrere dall'accertamento degli stessi⁷. La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato, con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo, attiene infatti ai principi del contraddittorio e ha la precisa funzione di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa⁸.

I termini per la conclusione del procedimento sanzionatorio in senso proprio sono, invece, determinati esclusivamente in sede regolamentare dalle Autorità⁹, in dichiarata ottemperanza al disposto dell'art. 2, co. 5, l. n. 241/1990¹⁰.

Anche le modalità di partecipazione procedimentale sono definite dai regolamenti che distinguono tra fase istruttoria e fase decisoria.

Nella prima è garantito sia il contraddittorio scritto sia quello in forma orale, anche in questo caso in linea con quanto disposto dall'art. 18, l. n. 689/1981. È stabilito infatti che *«I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa (...) anche con l'assistenza di terzi, mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contestati»*¹¹.

⁶ Cfr. l'art. 195-bis TUF.

⁷ Cfr. art. 195 TUF e l'art. 4 del Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob (adottato con delibera n. 18750 del 19 dicembre, aggiornato da ultimo nel 2016) prevedono che *«la contestazione degli addebiti agli interessati, [è] da effettuarsi entro centottanta giorni dall'accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero»*. Il § 1.2. del Regolamento di Banca di Italia recante Disposizioni di vigilanza in materia sanzionatoria e procedura sanzionatoria amministrativa (adottato con provvedimento del 18 dicembre 2012 e modificato da ultimo nel 2022) stabilisce che *«La contestazione avviene mediante apposita notifica, entro 90 o 180 giorni dall'accertamento, rispettivamente per le procedure avviate ai sensi dell'art. 145 del T.U. e dell'art. 195 del T.U.F. In entrambi i casi, il termine è di 360 giorni per le società o enti aventi la sede legale all'estero e le persone fisiche residenti all'estero»*.

⁸ La giurisprudenza amministrativa più recente afferma la natura perentoria del termine di contestazione degli addebiti dedotta, in via di interpretazione sistematica, proprio in ragione della funzione di garanzia del diritto di difesa dell'incolpato cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 512; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570.

⁹ Il § 1.4. del Regolamento di Banca d'Italia prevede il termine di 240 giorni decorrenti *«dalla scadenza del termine, comprensivo di eventuali proroghe, per la presentazione delle controdeduzioni da parte del soggetto destinatario della contestazione o, in caso di pluralità di destinatari, da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la notifica della contestazione»*. All'art. 4 del Regolamento della Consob è, invece, previsto un termine di 200 giorni decorrente dal trentesimo giorno successivo alla data di perfezionamento per i destinatari della notificazione della lettera di contestazione degli addebiti.

¹⁰ A norma del quale *«Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza»*.

¹¹ Cfr. l'art. 5 del Regolamento di Consob e il §. 1.3. del Regolamento di Banca d'Italia.

Inoltre, nell'ambito del procedimento davanti a Consob, a coloro che hanno presentato osservazioni scritte è riconosciuta anche la facoltà di controdedurre sugli approfondimenti istruttori che l'Ufficio competente abbia eventualmente richiesto alla Divisione di vigilanza che ha formulato le contestazioni¹².

Nella fase decisoria, invece, è prevista solo una parentesi di contraddittorio scritto a favore dei soggetti che abbiano partecipato attivamente alla fase istruttoria; a questi viene infatti trasmessa la proposta motivata di sanzione (formulata dall'Ufficio Sanzioni Amministrative per Consob e dalla Divisione Rapporti Istituzionali di Vigilanza per BI) cui possono controdedurre presentando, al Collegio, «*sintetiche osservazioni scritte aventi ad oggetto esclusivamente i fatti esaminati nel corso dell'istruttoria e i contenuti della proposta formulata*»¹³.

Va considerato, tuttavia che in entrambi i casi, a fronte della possibilità per gli uffici di disporre approfondimenti, anche dilazionando la durata del procedimento¹⁴, per l'esercizio della difesa sono previsti tempi piuttosto serrati (di regola 30 giorni) e sono imposti puntuali obblighi di sintesi¹⁵, chiarezza e organicità degli atti difensivi¹⁶.

Ma soprattutto la portata garantista delle regole procedurali ora richiamate è fortemente ridotta dall'interpretazione che ne dà la giurisprudenza ordinaria¹⁷.

¹² Cfr. L'art. 6, co. 2, del Regolamento di Consob.

¹³ Cfr. art. 8 del Regolamento Consob; § 1.4. del Regolamento di Banca d'Italia.

¹⁴ Cfr., ad esempio, § 1.4., co. 9, del Regolamento di Banca d'Italia e art. 6, co. 2, del Regolamento di Consob.

¹⁵ Cfr. art. 5, co. 4-bis, del Regolamento di Consob «*Ferma restando la garanzia del diritto di difesa, l'attività difensiva nell'ambito del procedimento sanzionatorio si svolge nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti con la Consob. La produzione di documentazione inutilmente sovrabbondante, disordinata, inconferente o ingiustificatamente dilazionata, può costituire elemento di valutazione negativo del grado di cooperazione degli interessati con la Consob*».

¹⁶ Nel § 1.3. del reg. Banca d'Italia è stabilito che: «*Ferma restando la pienezza del diritto di difesa, l'attività difensiva si svolge nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti nel procedimento amministrativo. In tale ottica, tenuto conto dell'esigenza di assicurare l'economicità dell'azione amministrativa, le controdeduzioni devono essere svolte, anche al fine di favorire la migliore comprensione delle argomentazioni difensive presentate, in modo essenziale, rispecchiando l'ordine delle contestazioni; ove superiori alle 50 pagine, devono concludersi con una sintesi delle principali argomentazioni difensive presentate*». E ancora (...) «*La produzione di documentazione inutilmente sovrabbondante, disordinata o inconferente può costituire elemento di valutazione negativo del grado di cooperazione degli interessati con l'Autorità di vigilanza*».

¹⁷ Con riferimento alle sanzioni di Banca d'Italia e di Consob la giurisdizione appartiene al giudice ordinario (in specie alla Corte di appello di Roma con competenza esclusiva e funzionale) ex art. 145 del, d.lgs. 10 novembre 1993, n. 385 Testo Unico Bancario (di seguito TUB), ed ex art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza (di seguito TUF). La giurisdizione in materia fu modificata con l'approvazione del codice del processo amministrativo (artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che attribuì il contenzioso sui provvedimenti delle principali Authorities (incluse Consob e Banca d'Italia) alla giurisdizione esclusiva del TAR Lazio-Roma. Le norme citate furono però censurate dalla Corte costituzionale che ne dichiarò l'illegittimità determinando il "ritorno" alla giurisdizione ordinaria: cfr. Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162 in *Giur. cost.*, 3, 2012, 2204 ss. (relativa alle sanzioni di Consob) su cui v. CLARICH, PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 6, 2012, 1166 ss.; Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94 (relativa alle sanzioni di Banca d'Italia) in *Giur.it.*, 11, 2014, 2538, con nota di GIUSTI, *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena del giudice amministrativo*.

3. La “dequotazione” delle garanzie procedurali da parte della giurisprudenza

La lettura giurisprudenziale della disciplina dei procedimenti sanzionatori si lega alla concezione dell’oggetto del giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa. Secondo un consolidato orientamento, infatti, il giudizio non ha ad oggetto la mera valutazione della legittimità dell’atto, bensì l’accertamento della fondatezza della pretesa sanzionatoria e creditoria dell’autorità amministrativa; pertanto, si estende agli elementi costitutivi del rapporto, coinvolgendo ogni profilo di fatto (esistenza dell’illecito) e di diritto (qualificazione giuridica)¹⁸, seppur tendenzialmente nel rispetto del principio dispositivo proprio del giudizio civile¹⁹.

Progressivamente, tuttavia, ha preso campo una lettura sempre più sostanzialistica delle garanzie procedurali, la cui rilevanza è definita in relazione all’incidenza che hanno avuto sull’accertamento svolto dall’amministrazione²⁰, fino ad arrivare, di recente, all’affermazione della sostanziale irrilevanza delle violazioni formali e procedurali.

La questione si pone sia per la violazione dei termini di conclusione del procedimento sia per le garanzie del contraddittorio.

3.1. Incertezza del *dies a quo* del termine per la contestazione degli illeciti e natura ordinatoria dei termini di conclusione del procedimento

Con riferimento ai termini del procedimento, i problemi riguardano da un lato il *dies a quo* di decorrenza del termine per la contestazione della violazione, dall’altro il carattere (perentorio o ordinatorio) del termine finale per l’adozione della sanzione.

Come ricordato, la normativa generale prevede che la notifica della lettera di contestazione dell’addebito debba avvenire tempestivamente (l’art. 14 l. n. 689/1981 prevede la “contestazione immediata”) e comunque entro specifici termini che decorrono dall’accertamento²¹.

L’aspetto problematico riguarda proprio quest’ultimo profilo: ovvero quando debba considerarsi avvenuto l’accertamento.

In base ad un indirizzo consolidato (che risale a Cass. civ., Sez. Un., 9 settembre

¹⁸ Sul punto v. SEVERINI, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg. 2002, 1005-6. *Contra* per la tesi che individua l’oggetto del giudizio nel provvedimento amministrativo, quale espressione del potere sanzionatorio delle attività v., di recente, TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d’Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2021, 293-302.

¹⁹ Al riguardo v. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, tomo I, Milano, 2003, 610.

²⁰ V. CERBO, *Il ruolo del giudice nell’opposizione a sanzioni amministrative*, in *Il diritto dell’economia*, 2, 2021, 203-216 (spec. 211)

²¹ Di recente anche la giurisprudenza amministrativa afferma l’applicabilità dell’art. 14, l. n. 689/1981 alle procedure sanzionatorie di competenza dell’AGCM: in questi termini cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, nn. 3570, 3571, 3572; Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, e 25 gennaio 2021, n. 738; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 512.

2007, n. 5395) la giurisprudenza afferma che *«in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento (...) non coincide con la "pura constatazione" dei fatti nella loro materialità, ma va individuato in quello in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento; dovendosi a tal fine tener conto, oltre che della complessità della materia e delle particolarità del caso concreto»*²².

Si aggiunge, tuttavia, che ciò non esclude che si debba procedere in un tempo ragionevole e che ove l'interessato - in sede di opposizione - abbia fatto valere il ritardo come ragione di illegittimità del provvedimento sanzionatorio, il giudice di merito deve valutare la congruità del tempo utilizzato per tale attività. Tale riscontro deve tener conto della maggiore o minore difficoltà del caso, nonché rilevare se vi sia stata un'ingiustificata e protratta inerzia durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, con un apprezzamento che, se correttamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità²³.

Ne deriva che il termine per la notifica degli addebiti finisce per dipendere da valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione procedente e soggette a un sindacato giurisdizionale caratterizzato da ampi margini di opinabilità²⁴.

D'altra parte, con riferimento alla natura dei termini di conclusione del procedimento, per lungo tempo la Corte di Cassazione ha sostenuto che la natura vincolata dell'attività sanzionatoria rendesse irrilevante un'eventuale violazione degli stessi ai fini della validità dell'atto, in base all'applicazione dell'art. 21-*octies*, l. n.

²² Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2017, n. 25730; sez. II, 4 maggio 2022, n.14145; sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1769. Negli stessi termini, nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. stato, sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159 (in materia di procedimenti sanzionatori dell'AGCM); Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153 (in materia di procedimenti sanzionatori dell'AGCOM).

²³ Cfr. Cass. civile sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 04 maggio 2022, n.14145 ove si afferma *«solo l'assoluta carenza di motivazione in merito a tale verifica permette al giudice di legittimità di sindacare l'operato del giudice di merito, occorrendo però ribadire che (Cass. n. 21171/2019) la ricostruzione e la valutazione delle circostanze di fatto inerenti ai tempi occorrenti per la contestazione e alla congruità del tempo utilizzato in relazione alla difficoltà del caso sono rimesse al giudice del merito, il quale deve limitarsi a rilevare se vi sia stata un'ingiustificata e protratta inerzia durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, tenendo altresì conto della sussistenza di esigenze di economia che inducano a raccogliere ulteriori elementi a dimostrazione di altre violazioni rispetto a quelle accertate, dovendo la valutazione della superfluità degli atti di indagine deve essere svolta con giudizio "ex ante", restando irrilevante la loro inutilità "ex post" (cfr. Cass. civ., Sez. II, 16 aprile 2018, n. 9254)».*

²⁴ Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2022, n. 17673; v. Cassazione civile sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345 ove si afferma che *«anche la valutazione dell'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine resta rimessa all'autorità competente, il giudice non può sostituirsi dunque all'organo addetto al controllo nel valutare l'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine per riscontrare la sussistenza dell'illecito, ma può e deve apprezzare, in base alle deduzioni dell'amministrazione ed all'esame degli atti relativi all'accertamento, se sia stato osservato il tempo ragionevolmente necessario per giungere alla completa conoscenza dell'illecito, tenendo conto della maggiore o minore difficoltà del caso concreto e della necessità comunque che tali indagini, pur nell'assenza di limiti temporali predeterminati, avvengano entro un termine congruo».*

241/1990²⁵. Più di recente, pur negando l'applicabilità della l. n. 241/1990 ai procedimenti sanzionatori²⁶, si continua a escludere il carattere perentorio dei termini fissati dai regolamenti delle Autorità sulla base di altri presupposti.

Si osserva, infatti, che la l. n. 689/1981 non prevede alcun termine di decadenza per l'esercizio del potere, limitandosi a stabilire (all'art. 28) un termine di prescrizione quinquennale per il diritto di riscuotere le somme dovute in base alla sanzione.

Da ciò si ricava - secondo la Corte - che i termini previsti nei regolamenti delle Autorità, dettati nella erronea convinzione che l'art. 2 l. n. 241/1990 possa applicarsi anche ai procedimenti sanzionatori, non possono essere considerati perentori, dato l'inidoneità della normativa secondaria a modificare le disposizioni della disciplina legislativa di carattere generale²⁷.

Ne deriva che in mancanza di una previsione normativa espressa, il termine finale del procedimento sanzionatorio, ancorché individuato da regolamenti o delibere generali dell'Autorità, ha valore solo ordinatorio, con la conseguenza che la mancata osservanza non incide in alcun modo sulla legittimità dell'atto. Il potere sanzionatorio, inteso come potere di esigere la sanzione, incontra dunque il solo limite della

²⁵ Secondo un orientamento, inaugurato da Cass. civ., Sez.Un., 30 settembre 2009, n. 20929, l'inosservanza del termine finale è vizio che attiene al procedimento, in quanto tale rientrante sotto l'ambito di applicazione dell'art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 che sancisce l'irrelevanza dei vizi del procedimento e della forma degli atti in tutti i casi in cui, a causa della natura vincolata del provvedimento, il contenuto di questo non potrebbe comunque essere diverso da quello adottato. Cfr., altresì, Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142 in *Giur. it.*, 11, 2016, 2440 con nota di DESANA, *Procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia: l'insostenibile leggerezza dei termini*, *ivi*, pp. 2442-2450. Più di recente, in materia di sanzioni previste dalla disciplina regionale v. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6965.

²⁶ Sul punto, dopo qualche incertezza, la giurisprudenza è arrivata a ritenere inapplicabile al procedimento sanzionatorio l'art. 2, l. n. 241 del 1990: cfr. Cass., sez. VI, ord. 4 giugno 2021, n. 15720; Cass., sez. lav., 6 settembre 2018, n. 21706; Cass., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142; Cass., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591, la quale ha risolto un contrasto di giurisprudenza sul punto affermando che le norme della l. n. 689 del 1981 «*costituiscono un sistema organico e compiuto, nel quale non occorrono inserimenti dall'esterno*». Con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d'Italia cfr. Cass. civ. sez. II, 04 marzo 2015, n. 4363; sez. II, 2 febbraio 2022, n. 3245; sez. II, 28 aprile 2022, n.13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2022, n.1740, n.1741, n. 1769, n. 1770.

²⁷ Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519: «*proprio con riferimento al procedimento regolato dall'art. 195 t.u.f. si è costantemente escluso che le norme interne adottate dalla Commissione contemplino termini di decadenza, non avendo la loro decorrenza alcun effetto sulla validità o efficacia del provvedimento. Costante è sul punto l'insegnamento di questa Corte secondo cui il termine per la formulazione da parte della Consob della proposta sanzionatoria, fissato dai regolamenti, non ha natura perentoria, né l'emissione della proposta sanzionatoria oltre il predetto termine presenta - per questo solo fatto - profili di illegittimità, dato che il regolamento interno non può modificare le disposizioni sul procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative dettate dalla L. n. 689 del 1981 (Cass. 4873/2007; Cass. 4329/2008; Cass. 22199/2010). Il principio, elaborato con riferimento al previgente regolamento n. 12697/2000, vale anche il successivo regolamento 18750/2013, che qui viene in rilievo (Cass. 5/2019)*». In questi termini cfr. anche Cass. civ., 23 gennaio 2018, n. 1621; Cass., 3 agosto 2016, n. 16257; Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2015, n. 4363; Cass. civ., sez. II, 23 luglio 2009, n. 17344.

prescrizione quinquennale sancito dall'art. 28 della l. n. 689/1981²⁸.

Come avremo modo di osservare, tale conclusione non è coerente con l'esigenza di certezza e predeterminazione, anche sotto il profilo temporale, della fattispecie sanzionatoria, di recente ribadita dalla giurisprudenza costituzionale²⁹; profilo che assume una gravità ancora maggiore se si considera che le facoltà difensive che l'incolpato può esercitare (a norma dell' art. 18 l. n. 689/1981 e della disciplina di settore prima richiamata) sono sottoposte a termini molto brevi che la stessa giurisprudenza qualifica come perentori³⁰.

4. Segue. Il contraddittorio procedimentale. L'applicazione della teoria della continuità tra procedimento e processo per le sanzioni sostanzialmente penali

Criticità non dissimili riguardano l'interpretazione delle regole del contraddittorio procedimentale.

Sul punto la giurisprudenza utilizza argomenti diversi a seconda che vengano in rilievo sanzioni "sostanzialmente penali" ovvero sanzioni "meramente" amministrative.

Per le prime, la irrilevanza delle garanzie procedurali deriva dall'applicazione della teoria della continuità tra procedimento e processo, elaborata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³¹ e seguita nella sentenza *Grande Stevens*³², oltre che in pronunce più recenti³³.

Come noto, nel caso *Grande Stevens*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le fattispecie di abuso di mercato previste dagli artt. 187 *bis* e 187 *ter* TUF - in ragione della rilevanza dei beni giuridici tutelati, della funzione punitiva e del considerevole grado di severità delle misure repressive previste - imponessero la qualificazione delle relative sanzioni come "sostanzialmente penali", con conseguente sottoposizione alle

²⁸ In senso analogo si esprime parte della giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891; Id., 13 febbraio 2018, n. 911; Id., 19 febbraio 2018, n. 1053; Id., 8 luglio 2015, n. 3401 relative a procedimenti sanzionatori condotti dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas; Id., Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Id., 4 luglio 2018, n. 4110; Id., 22 settembre 2015, n. 5253, al procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; Id., 2 febbraio 2015, n. 468 sul procedimento sanzionatorio dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici.

²⁹ Cfr. *infra* par. 5.

³⁰ Cass., sez. II, 26 febbraio 2009, n. 4680. Sul punto v. CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, in *Giur. cost.*, 2, 2022, 1077 ss.

³¹ Già nella sentenza 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, par. 56, su cui v. PALIERO, «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894 ss.

³² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, su cui v., tra gli altri, ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 11, 1053 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, 1196 ss.

³³ Cfr. Corte EDU, Sez. I, 10 dicembre 2020, (ricorsi nn.68954/13 e 70495/13), *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, relativa al procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante delle telecomunicazioni (AGCOM).

garanzie convenzionali tra cui il principio del «giusto processo» di cui all'art. 6 CEDU.

Ha dunque accertato che il procedimento sanzionatorio condotto da Consob non era conforme a quei principi, in particolare sotto i profili dell'assenza di un contraddittorio paritario, della mancanza di un'udienza pubblica e del difetto di imparzialità dell'organo giudicante³⁴.

Fatte queste premesse, la Corte ha però precisato che le carenze riscontrate non valevano, di per sé, a integrarne la violazione perché «*il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una "pena" sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa, [ma] presuppone che la decisione dell'autorità, che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'articolo 6, sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione*»³⁵.

In questa prospettiva, il procedimento che si svolge dinnanzi a Consob altro non è che una prima fase di accertamento in via amministrativa degli illeciti di manipolazione del mercato, a cui fa seguito la fase di carattere giurisdizionale³⁶; con la conseguenza che per verificare la compatibilità con i vincoli convenzionali occorre considerare il *continuum* nel suo complesso.

Eventuali carenze della fase amministrativa, dunque, possono essere compensate *ex post* da un processo in cui siano assicurate le dovute garanzie di equità, imparzialità e pubblicità e che sia svolto da un giudice dotato di pieni poteri di cognizione e decisione³⁷, ossia della capacità di riesaminare, qualsiasi punto, di fatto e di diritto, della decisione impugnata³⁸.

La più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione continua a seguire questa

³⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, 14 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, par. 123.

³⁵ *Ibidem*, par. 139.

³⁶ In questi termini v. T.A.R. Lazio, sez. II, 27 novembre 2014, nn. 11886 e 11887.

³⁷ In dottrina v., tra gli altri, ALLENA, *L'art. 6 e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, 25 ss; CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPC online*, 3, 2019, 2146-2149; GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 2013, 669 ss.

³⁸ Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha ritenuto in via generale il controllo operato dalla Corte d'Appello (*ex artt. 187 septies e 195 TUF*) sufficiente a consentire il rispetto dei principi fissati dalla Convenzione europea, limitandosi a censurare, l'assenza di un'udienza pubblica. Sul canone della «*full jurisdiction*» ricavabile dalla giurisprudenza CEDU v., tra gli altri, RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 9 ss; GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1ss; LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, 26 ss; PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale, teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, 237 ss.

impostazione. Per le sanzioni sostanzialmente penali³⁹, si afferma che dal diritto convenzionale è ricavabile il principio per cui «*allo Stato è lasciata la libertà di scegliere se assicurare tutte le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa, ovvero sottoponendo il provvedimento sanzionatorio al sindacato giurisdizionale pieno, attuato nell'ambito di un processo che assicura le garanzie di cui all'art. 6 Cedu*»⁴⁰.

Nel primo caso una successiva fase di controllo giurisdizionale non sarebbe neppure necessaria; nel secondo caso il procedimento amministrativo, pur non offrendo le garanzie di cui all'art. 6 CEDU, sarebbe comunque *ab origine* legittimo se destinato a concludersi con un provvedimento impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti⁴¹.

In ultima analisi, sembra che la possibilità di impugnare le sanzioni punitive davanti al giudice valga di per sé ad assicurare la legittimità del procedimento sanzionatorio svolto dall'Autorità di vigilanza, quale che sia la disciplina effettivamente prevista e applicata.

Ebbene, questa ricostruzione è fortemente criticabile per due ragioni.

Per un verso, la tesi per cui un procedimento amministrativo “giusto” rende superfluo il controllo giurisdizionale si pone in netto contrasto con il principio di giustiziabilità degli atti amministrativi di cui all'art. 113, c. 1, della Costituzione.

Per altro verso, la tesi della compensabilità *ex post* dei vizi del procedimento

³⁹ Come noto, in applicazione dell'approccio sostanzialistico della giurisprudenza CEDU, la Cassazione verifica, caso per caso, la sussistenza dei criteri *Engel* e riconosce sostanza penale soltanto alle sanzioni in materia di *market abuse*, mentre ritiene che le altre sanzioni previste dalla disciplina di settore siano da considerarsi meramente amministrative. In questi termini v., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1740; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; Cass. civ., II, 21 marzo 2019, n. 8047 (per le sanzioni previste dall'art. 191 T.U.F.); Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820 (per le sanzioni irrogate da Banca d'Italia ex art. 144 T.U.B.); Cass. civ., sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081 e n. 24082; sez. II, 6 agosto 2019, n. 21017; sez. II, 5 aprile 2017 n. 8855; sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114; sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433; Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, su cui v. 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*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, 147 ss.

⁴⁰ Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237. V. altresì Cass. civ. sez. II 21 maggio 2020, n. 9371; Id. 21 maggio 2020, n. 9385 ove si afferma: «*In tema di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, la garanzia del giusto processo, ex art. 6 della CEDU, può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa - nel qual caso, una successiva fase giurisdizionale non sarebbe necessaria - ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio - adottato in assenza di tali garanzie - ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle richiamate prescrizioni della Convenzione, il quale non ha l'effetto di sanare alcuna illegittimità originaria della fase amministrativa giacché la stessa, sebbene non connotata dalle garanzie di cui al citato art. 6, è comunque rispettosa delle relative prescrizioni, per essere destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di controllo giurisdizionale*».

⁴¹ Così v. Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2018, n. 3734. In senso conforme cfr. Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237, Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820; Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4; Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 2017, n. 770.

finisce per affermare una sostanziale irrilevanza «*delle questioni attinenti ai diritti di difesa esercitabili nella fase amministrativa*»⁴², evocando - più che una continuità - un vero e proprio “assorbimento” della funzione amministrativa in quella giurisdizionale.

Un esito che si pone in contrasto con il principio, sempre più consolidato, nella giurisprudenza costituzionale secondo il quale a fronte di sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” devono essere riconosciute garanzie adeguate alla gravità del sacrificio che può essere inflitto ai diritti fondamentali coinvolti. E ciò riguarda anche le garanzie procedurali, non foss’altro perché non tutti i vizi del procedimento possono essere effettivamente compensati dal successivo riesame giurisdizionale, tanto più considerata la natura immediatamente esecutiva della sanzione e la mancanza di un effetto sospensivo automatico conseguente al ricorso⁴³.

4.1. La (asserita) funzione collaborativa della partecipazione nei procedimenti diretti all’emanazione di sanzioni amministrative

Se poi si passa all’orientamento relativo alle sanzioni di natura meramente amministrativa, i problemi che si pongono non riguardano tanto l’applicabilità delle garanzie convenzionali sull’esercizio del potere punitivo, quanto piuttosto i rapporti tra il sistema amministrativo generale e gli istituti del diritto amministrativo sanzionatorio.

La Corte di Cassazione afferma, infatti, che nei procedimenti sanzionatori svolti da Consob e Banca d’Italia risulta del tutto adeguato un modello di contraddittorio di tipo verticale, nel quale l’Autorità mantiene una posizione di preminenza e la partecipazione del privato ha soltanto una funzione collaborativa⁴⁴.

⁴² 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.

⁴³ L’immediata esecutività che caratterizza i provvedimenti sanzionatori può confliggere con il principio di presunzione di innocenza, ove una misura “sostanzialmente penale”, con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta in assenza di un equo procedimento. In questo senso v., con riferimento a sanzioni tributarie, Corte eur. dei diritti dell’uomo, 23 luglio 2002, caso 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108; Corte eur. dir. uomo, sez. III, 27 gennaio 2009, caso n. 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, § 50. Sul punto v. ALLENA, *L’art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., 39-41.

⁴⁴ In questi termini, ex multis, Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5362; sez. II, 28 aprile 2022, n.13341; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5347; sez. II, 28 aprile 2022, n.13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1769, n.1740, n.1741. Cfr., altresì, Cass. civ., 24 settembre 2019, n. 23814 ove si afferma: «*non va obliato che le garanzie disposte nel procedimento penale scontano la specifica struttura del contraddittorio di tipo orizzontale, poiché teso a garantire la parità delle parti avanti il Giudice terzo imparziale, mentre nell’ambito del procedimento amministrativo, caratterizzato da una struttura di tipo verticale con l’Amministrazione in posizione sovraordinata, il contraddittorio appare finalizzato all’apporto collaborativo del privato quale partecipazione al corretto svolgersi dell’azione amministrativa*». In termini cfr. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2019, n. 8047, n. 8046.

In questa prospettiva - secondo la Corte - è corretta e va confermata «una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio, che richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentalità delle forme», secondo la quale «la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa, specificamente conculcato o compreso nel procedimento sanzionatorio»⁴⁵.

Su queste basi non sono considerati vizi invalidanti né l'omessa trasmissione all'interessato della proposta dell'Ufficio Sanzioni⁴⁶, né la mancata audizione dell'interessato in fase decisoria⁴⁷, sul presupposto che sia sufficiente il contraddittorio scritto e che il soggetto sanzionato possa comunque svolgere le proprie difese dinanzi a un giudice dotato di cognizione piena⁴⁸.

Neppure è ritenuta rilevante, ai fini della validità della sanzione, la carenza di motivazione del provvedimento che non tenga conto delle deduzioni svolte dalla parte in sede procedimentale⁴⁹. Ciò perché - si osserva - «nei procedimenti per la irrogazione di sanzioni amministrative, disciplinati dalla l. n. 689 del 1981 non trova applicazione la l. n. 241 del 1990, che contiene una normativa generale su cui prevale la legge speciale, idonea ad assicurare garanzie non inferiori a quelle previste dalle norme sul procedimento amministrativo»⁵⁰. Tutto ciò è affermato senza tener conto

⁴⁵ Così v. Cass. civ. sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772. Il principio, enunciato da Cass. civ., Sez. Un., n. 20935/09, cit., è ribadito, per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, sent. n. 27038/13 e, per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla CONSOB, sent. n. 24048/15.

⁴⁶ Cass. civ., sez. II, 11 maggio 2019, n. 23814. In Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772 si afferma: «In tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; non è, pertanto, violato il principio del contraddittorio nel caso di omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob o di sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale».

⁴⁷ Cfr. Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772: «L'articolo 24 della legge n. 262 del 2005 non conforma il procedimento sanzionatorio in tema di intermediazione finanziaria al modello del processo in senso tipico e stretto. In particolare, da un lato, l'esercizio del contraddittorio non impone la partecipazione orale in sede decisoria, essendo il principio assicurato dalla possibilità di produrre difese scritte e documenti, nonché i verbali di rese dichiarazioni, dall'altro il diritto di difesa viene ampiamente assicurato dalla comunicazione dell'avvio del procedimento, dalla contestazione circostanziata, dalla facoltà di controdedurre e di essere ascoltato, nonché dall'accesso alle prove (cfr. ex multis, Cass. n. 19219/2016; n. 4725/2016; n. 25141/2015)».

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2010, n. 1786; più di recente v. Cass., sez. II, 10 maggio 2018, n. 11300: «la mancata audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta in sede amministrativa non comporta la nullità del provvedimento, in quanto, riguardando il giudizio di opposizione il rapporto e non l'atto, gli argomenti a proprio favore che l'interessato avrebbe potuto sostenere in sede di audizione dinanzi all'autorità amministrativa ben possono essere prospettati in sede giurisdizionale», Cass., sez. VI, ord. 7 agosto 2019, n. 21146.

⁴⁹ Cfr. Cass. civ. sez. II, 21 maggio 2018, n. 12503.

⁵⁰ Cassazione civile sez. II, 28 aprile 2022, n.13341 che in motivazione richiama anche Cass. 4670/2003; Cass. 11115/2007; Cass. 14104/2010; Cass. 4363/2015; Cass. 17088/2019; Cass. 31239/2021. *Contra* sull'ammissibilità della motivazione per *relationem* v. Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4 ove si afferma: «al procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative in materia

che un obbligo di motivazione è previsto anche dalla disciplina di settore (*i.e.* l'art. 24 l. n. 262/2005).

D'altra parte, la stessa l. n. 241/1990 è chiamata in causa e ritenuta applicabile non soltanto per quanto attiene alla disciplina dell'accesso agli atti⁵¹, ma anche per la regola sull'irrelevanza dei vizi formali fissata dal secondo comma dell'art. 21-*octies*⁵². Si sostiene, infatti, che: *«in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, (...) gli eventuali vizi del procedimento amministrativo (...) non sono rilevanti in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto»*⁵³.

In termini generali la “dequotazione” delle garanzie procedimentale che deriva da tale interpretazione è giustificata sulla base di due ragioni.

Da un lato, tale assetto è considerato coerente con la natura delle sanzioni coinvolte, perché per quelle prive di “sostanza penale” *«non si pone neppure la questione dell'applicabilità delle norme della Cedu (art. 6, 7) né dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.), i quali riguardano espressamente solo il giudizio che si svolge davanti al giudice»*⁵⁴.

bancaria e creditizia è applicabile la l. n. 241 del 1990, art. 3 e, conseguentemente, il decreto che applica la sanzione può essere motivato per relationem, mediante il rinvio all'atto recante la proposta di irrogazione della sanzione, purché quest'ultimo sia richiamato nel provvedimento con la precisa indicazione dei suoi estremi e sia reso disponibile agli interessati, secondo le modalità che disciplinano il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione (Cass. 11.01.2006 n. 389; v. anche Cass. 20.2.2004 n. 3396). Il Direttorio, pertanto, ove condivide le argomentazioni illustrate nella proposta dalla Commissione, non è tenuto a ripetere e ribadire le stesse argomentazioni (Cass. 3.12.2013, n. 27038)».

⁵¹ Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2022, n.13339.

⁵² L'orientamento risale a Cass., S. U., 30. 09. 2009, n. 20929 ove si afferma: *«in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 21 octies, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dall'art. 195 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, che si svolge innanzi alla Commissione nazionale per la società e la borsa, non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto. Tale disposizione, introdotta dall'art. 14 l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha carattere processuale, ed è pertanto applicabile con effetto retroattivo anche ai giudizi di opposizione in corso, ancorché promossi in epoca successiva alla sua emanazione».*

⁵³ V., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2022, n.13341 e n.13339.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., sez. II, 18.04.2018, n. 9561 «alle sanzioni Consob che non hanno natura sostanzialmente penale, il principio del contraddittorio è rispettato con la contestazione dell'addebito e la valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessario ai fini indicati né la trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative, né la sua audizione innanzi alla Commissione, in quanto ad esse non sono applicabili i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) riguardano espressamente solo il giudizio che si svolge innanzi ad un giudice e non anche il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi». Negli stessi termini v. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass. civ., sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27564; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210 e sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683.

Dall'altro lato, si ritiene determinante il fatto che il provvedimento sanzionatorio sia valutato da un giudice terzo e imparziale, dotato di pieni poteri di cognizione e decisione. Si arriva, infatti, a sostenere che *«la garanzia difensiva nel settore delle sanzioni amministrative è rappresentata eminentemente dalla possibilità di ricorso al Giudice con cognizione piena circa il merito della condotta illecita e la quantificazione della sanzione, poiché in tale ambito potrà dispiegarsi appieno il contraddittorio di tipo orizzontale di fronte a soggetto terzo ed indipendente»*⁵⁵. Pertanto, osserva la Cassazione, *«non appare censurabile la scelta della Consob di connotare la garanzia del contraddittorio, nell'ambito del suo procedimento amministrativo interno, secondo parametri meno pregnanti rispetto a quello proprio del procedimento penale»*⁵⁶. Ed anzi - si aggiunge - se in sede amministrativa si garantisse un contraddittorio di quel tipo *«ne rimarrebbe svilita la fase processuale, che si ridurrebbe a mera esame della legittimità del procedimento, anziché alla piena cognizione anche nel merito della questione»*.

In questa prospettiva, dunque, la sanzione finisce per rappresentare semplicemente «l'occasione affinché il giudice possa esaminare a fondo, e completamente libero da ogni condizionamento, il rapporto sanzionatorio»⁵⁷, con la conseguenza che la tutela del diritto di difesa rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti è interamente "rinvia" alla sede giurisdizionale.

4.2. Un primo (ma isolato) segno di cambiamento: «il nucleo duro di garanzie che deve essere assicurato già in sede procedimentale»

Va segnalato che l'interpretazione richiamata è stata parzialmente ridimensionata nella recente pronuncia con cui la Corte di Cassazione ha "chiuso" il giudizio nel quale era stata posta la questione dell'applicabilità del diritto al silenzio nei procedimenti di vigilanza prodromici all'irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali⁵⁸.

⁵⁵ Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; sez. II, 21 marzo 2019, n. 8046.

⁵⁶ Così Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 24 settembre 2019, n. 23814.

⁵⁷ Cfr. CLARICH, *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2, 2020, supplemento, 44-45.

⁵⁸ Cfr. Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831 con cui era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 *«nella parte in cui sanziona[va] la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob contesta un abuso di informazioni privilegiate»*, in ragione del possibile contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione italiana e, mediatamente (ex art. 117, co.1, Cost.), con gli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE, nonché con l'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Venendo in rilievo anche la violazione della CDFUE la Corte costituzionale ha posto (con ord. n. 117 del 2019) una questione pregiudiziale alle Corte di giustizia (che si è pronunciata con la sentenza della Grande Sezione, 2 febbraio 2021 C-481/19 *DB c. Consob*) e con sentenza n. 84 del 2021 ha conseguentemente dichiarato l'incostituzionalità della norma nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere le sue responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. Sulla vicenda, oltre alla dottrina citata alla nota n. 2, v. SFORZA, *Il nemo tenetur se detegere nelle audizioni Consob e Banca d'Italia. Uno statuto ancora da costruire*, in *Sistema penale*, 2, 2022, 83-104. In esito a questa sentenza la causa è stata decisa

In particolare il Giudice ha affermato che «*la consolidata configurazione del giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative come giudizio sul rapporto e non sull'atto (...) non autorizza la totale obliterazione del controllo di legittimità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo del rispetto del nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali*»⁵⁹. Ciò perché «*la garanzia del contraddittorio ... è comunque funzionale a tutelare, già nella sede amministrativa, anche un interesse proprio del cittadino, connesso allo status di incolpato, e (...) la protezione di tale interesse non può essere interamente rinviata alla fase della opposizione giurisdizionale al provvedimento sanzionatorio*».

Ne deriva che esiste «*un nucleo duro di garanzie (individuate nella contestazione del fatto illecito e nella espressa valutazione delle controdeduzioni dell'interessato)*» che deve essere assicurato già in sede procedimentale e la cui violazione determina l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio⁶⁰.

Tuttavia, occorre segnalare che questa recente apertura della Cassazione - che va salutata con estremo favore e di cui si auspicano ulteriori sviluppi⁶¹ - non sembra consolidata; anzi in molte pronunce successive sono riproposti gli orientamenti richiamati nei paragrafi precedenti.

5. Considerazioni critiche: intima connessione tra vigilanza e sanzione e “confusione” delle discipline procedimentali

Le ricostruzioni esaminate (fatta salva la recente apertura segnalata) non sono condivisibili e meriterebbero un ripensamento sia per le premesse teoriche su cui si

con la sentenza della Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521.

⁵⁹ Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521.

⁶⁰ Osserva, infatti, la Corte che «*la corretta identificazione delle caratteristiche del contraddittorio che, ai sensi dell'art. 195, comma 2 T.U.F. e dell'art. 187 septies, comma 2 T.U.F., deve caratterizzare i procedimenti per l'applicazione delle sanzioni CONSOB e Banca d'Italia non può che emergere da un bilanciamento tra il riconoscimento della forte connessione che il nostro ordinamento instaura tra la funzione sanzionatoria e la funzione di vigilanza, da un lato, e il riconoscimento che la garanzia del contraddittorio procedimentale è comunque funzionale a tutelare, già nella sede amministrativa, anche un interesse proprio del cittadino, connesso allo status di incolpato, e che la protezione di tale interesse non può essere interamente rinviata alla fase della opposizione giurisdizionale al provvedimento sanzionatorio*»

⁶¹ Una lettura costituzionalmente orientata delle fonti primarie prima richiamate (l. n. 689/1981 e artt. 24 l. n. 262/2005, 187 septies e 195 TUF, art. 145 TUB) porta a sostenere che il nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali non includa soltanto la contestazione del fatto illecito e l'espressa valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, ma debba ricomprendere la tempestività della contestazione degli addebiti, l'audizione dello stesso - ove richiesta -, la piena conoscenza degli atti istruttori, la distinzione, quanto meno funzionale, tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nonché la predeterminazione e certezza dei termini di conclusione del procedimento. Al principio della distinzione tra istruzione e decisione, attualmente solo formalmente assicurata dall'assetto organizzativo delle Autorità, si lega anche la questione dell'ammissibilità della motivazione *per relationem*. Pare criticabile, infatti, l'orientamento della Cassazione (v. ad esempio sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4, cit. § 4.1.) che la ritiene ammissibile senza dar rilievo al dato per cui tale istituto è incompatibile con l'esigenza di distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

basano sia per le implicazioni che determinano sul piano sistematico.

Sotto il primo profilo, emerge una lettura molto riduttiva delle regole procedurali fissate dal diritto amministrativo sanzionatorio generale (art. 14, 17-18 l. 689/1981) e di settore (v. artt. 24 l. n. 262/2005, 187 *septies* e 195 TUF, art. 145 TUB). Ciò sembra dovuto ad una non corretta interpretazione del rapporto tra la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) e la disciplina speciale relativa ai procedimenti sanzionatori⁶²; questione che nel settore in esame è senz'altro resa particolarmente complessa dall'esistenza di una pluralità di fonti, anche di diverso livello, niente affatto coordinate⁶³.

Come osservato, infatti, per determinati profili (*i.e.* i termini di conclusione del procedimento, l'obbligo di motivazione) si esclude del tutto che la legge n. 241/1990 possa trovare applicazione; al punto da negare qualsiasi rilevanza ai termini previsti - si potrebbe dire in funzione di auto-vincolo - nei regolamenti di disciplina delle Autorità e non considerando i principi dettati dalla normativa di settore (art. 24 l. 262/2005) che pone l'obbligo di motivazione dei provvedimenti.

Per le garanzie del contraddittorio, al contrario, si finisce per applicare la logica sottesa alla l. n. 241/1990, nonostante l'esistenza di una diversa (e più rigorosa) disciplina dettata dalle norme speciali (l. 689/1981 e norme del TUF/TUB).

Come abbiamo ricordato, infatti, la Corte afferma che può ritenersi adeguato un modello di contraddittorio di tipo verticale in cui la partecipazione del privato ha funzione meramente collaborativa. In questo modo, si richiama uno dei modelli di procedimento delineati dalla l. n. 241/1990, ma non certo quello ricavabile dalla l. n. 689/1981 e applicabile alla potestà sanzionatoria.

Rispetto a questa - come messo in evidenza da tempo da autorevole dottrina - «il contraddittorio dev'essere tale in senso proprio: la sua previsione non è a tutela di interessi dell'amministrazione, come sarebbe se in definitiva le difese dell'incolpato servissero solo per consentire all'amministrazione di acquisire elementi ulteriori di giudizio, ma è innanzi tutto espressione di un interesse proprio del cittadino (connesso allo *status* di incolpato) e dell'esigenza di una sua tutela già nella sede amministrativa»⁶⁴.

Non a caso, anche le norme di settore, che fissano i principi applicabili ai procedimenti delle Autorità di regolazione dei mercati finanziari, pur richiamando la legge n. 241/1990, non mancano di precisare che per i procedimenti contenziosi e sanzionatori valgono altri e più stringenti principi, quali quelli «*della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché*

⁶² Sul rapporto tra la l. n. 241/1990, la l. n. 689/1981 e la disciplina di settore v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, 358 ss (spec. §§ 2, 3); MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in ALLENA, CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, 2013, 125 ss.

⁶³ Sul punto v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., §§ 2, 3.

⁶⁴ PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, § 17.

della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione»⁶⁵.

Il modello di contraddittorio che la Cassazione ritiene adeguato non è dunque quello che le norme di livello primario delineano per i procedimenti di natura sanzionatoria.

Semmai, la Corte può essere stata influenzata dal tipo di disciplina dettata in sede regolamentare da Consob e Banca d'Italia che ha attuato in modo "debole" i principi fissati dalle fonti primarie, senz'altro prima delle più recenti riforme⁶⁶, ma anche nella versione vigente, in cui permangono delle criticità⁶⁷.

Tale assetto ci pare riconducibile ad una ragione precisa che caratterizza il modello delle autorità indipendenti⁶⁸ e che è stato ulteriormente rafforzata dalle riforme degli

⁶⁵ Cfr. l'art. 24 l. n. 262 del 2005, gli artt. 187 *septies* e 195 TUF, art. 145 TUB. In questi termini si è espresso anche il giudice amministrativo, v. Cons. Stato, VI, 26 marzo 2015, n. 1595 che aveva rilevato come la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento Consob 21 giugno 2005, n. 15086, non era conforme ai principi richiamati dalla legge nazionale (in particolare dagli artt. 187-*septies* e 195 T.U.F. e nell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262) che «impongono un contraddittorio rafforzato rispetto a quello meramente collaborativo già assicurato dalla disciplina generale del procedimento amministrativo».

⁶⁶ V. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno su 40 anni della legge istitutiva della Consob. *Dal controllo della trasparenza dell'informazione al presidio della governance*, Milano, 29 e 30 ottobre 2014, 3 (reperibile all'indirizzo <https://www.irpa.eu/il-potere-sanzionatorio-della-consob-dinanzi-alle-corti-europee-e-nazionali>) la quale osservava che nel regolamento sanzionatorio Consob del 2005 si trovava una «versione impoverita» dei principi espressi nell'art. 24 l. n. 262/ 2005 e, conseguentemente, «una pallida rappresentazione delle necessarie garanzie». Negli stessi termini v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., 358 ss. secondo i quali nei procedimenti di Consob e Banca d'Italia «sia la dimensione verticale che quella orizzontale del contraddittorio risultano attenuate non solo rispetto ai modelli adottati per le altre Autorità indipendenti, ma anche in relazione agli schemi procedurali delle leggi 241 e 689»; TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzie del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 597 ss.; LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2005.

⁶⁷ V. TIRIO, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2, 2018, p. 554 ss. Sostengono, invece, che il procedimento sanzionatorio Consob dopo le modifiche del 2016 sia conforme ai principi convenzionali, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e al diritto interno: BAUMAN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2017, 315; 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 *www.federalismi.it*, 18 dicembre 2019 (spec. § 2). Sul punto v. anche BINDI, LUCARELLI, PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 3, 2021, 553 ss.

⁶⁸ Sulla strumentalità tra i poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione v. BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000; TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, Giuffrè, 2012. In termini critici rispetto alla tesi per cui la strumentalità delle sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti rispetto all'attività di vigilanza possa escludere la loro riconducibilità alla modello della l. n. 689/1981 v. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in ALLENA, CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 93-96.

ultimi anni⁶⁹: in ragione della scelta di utilizzare la sanzione come un ordinario strumento di perseguimento dell'interesse pubblico, si è venuta configurare una connessione fra le funzioni di regolazione, vigilanza e sanzione talmente stretta che ai procedimenti sanzionatori si è finito per applicare regole e principi propri dell'attività di vigilanza.

Tuttavia, le implicazioni che ne derivano sul piano sistematico sono tutt'altro che irrilevanti⁷⁰.

Come sopra considerato, il sistema vigente determina una svalutazione della portata garantista degli istituti del diritto amministrativo sanzionatorio e impedisce una lettura evolutiva e costituzionalmente orientata di quest'ultimi, che sono stati già depotenziati dalla interpretazione giurisprudenziale della l. n. 689/1981⁷¹.

In questo modo la giurisprudenza avalla il permanere di una disciplina procedimentale deficitaria sul piano delle tutele individuali, con l'ulteriore effetto di "deresponsabilizzare" i titolari del potere di riformarla: *in primis* il legislatore, ma anche le Autorità indipendenti dotate di specifica potestà regolamentare.

6. Potere sanzionatorio e disciplina procedimentale: la specialità dipende dalla finalità punitiva e dal carattere fondamentale dei diritti coinvolti

La sovrapposizione fra le discipline procedimentali applicabili ai poteri di vigilanza e di sanzione, che la giurisprudenza esaminata finisce per giustificare, contravviene al principio di tipicità⁷² e alla conseguente esigenza di adeguatezza e differenziazione delle regole applicabili agli strumenti di esercizio del potere.

Pare potersi sostenere, infatti, che i vari istituti procedimentali (il termine, la partecipazione, il contraddittorio, la conoscenza degli atti etc.) possono trovare diversa declinazione in relazione al tipo di funzione esercitata⁷³ e ai diritti individuali coinvolti.

⁶⁹ Il modello è stato per così dire 'esasperato' dal legislatore che, a partire dalle riforme successive alla crisi finanziaria del 2007-2009, ha scelto di utilizzare la sanzione come fondamentale, se non prioritario, strumento di vigilanza.

⁷⁰ Per l'analisi critica di come la concezione della sanzione come strumento di vigilanza (e la relativa confusione delle discipline applicabili) abbiano influito sulle ricostruzioni del carattere (vincolato/discrezionale) del potere sanzionatorio sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Diritti fondamentali dell'incolpato e tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2022, 568-594.

⁷¹ CERBO, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 55 ss. (spec. § 2); ID., *La prescrizione dell'art. 28 l. 689/1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit., 1077 ss., con particolare riferimento alla discutibile ampiezza delle ipotesi nelle quali la giurisprudenza ammette che l'amministrazione possa sospendere il termine di prescrizione cui è subordinata la riscossione dell'importo della sanzione.

⁷² Sul punto v. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2-3, 2020, 529-555.

⁷³ In questi termini v. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss.; TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, cit.

La legge n. 241/1990, infatti, prevede una cornice di regole generali, ma non definisce un unico modello di procedimento. Al contrario, prefigura la possibilità di regolare in modo diverso il rapporto tra l'organo responsabile della fase istruttoria e l'organo con potere decisionale (art. 6, lett. e) e delinea almeno due modelli di partecipazione⁷⁴: una in funzione collaborativa (artt. 9-10-22 ss.) l'altra di tipo difensivo, caratterizzata da un contraddittorio necessario (art. 7) e rinforzato (artt. 10-bis, 24, co. 7)⁷⁵.

A questo secondo modello corrisponde la disciplina dei procedimenti sanzionatori dettata dagli artt. 14, 17, 18 l. n. 689/1981, che seppur elaborata prima e collegata al processo di depenalizzazione, ad oggi pare potersi considerare disciplina speciale (rispetto al *genus* rappresentato dalla l. n. 241/1990) deputata alla regolamentazione di un particolare tipo di procedimento caratterizzato da elementi di specificità⁷⁶.

Con l'esercizio del potere sanzionatorio, infatti, si persegue una finalità punitiva e preventivo-deterrente, che è specifica e ulteriore rispetto al fine della tutela dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione.

In più, l'esercizio del potere incide sul fondamentale diritto di difesa del destinatario (ex art. 24 Cost.), che viene in rilievo ancor prima della integrità della sfera patrimoniale e dell'onorabilità professionale che dalla sanzione (pecuniaria o interdittiva) potrebbero essere pregiudicate.

Tale assunto - tradizionalmente disatteso dalla Cassazione⁷⁷ - trova conferma nella più recente giurisprudenza costituzionale e in quella europea, le quali riconoscono che il diritto di difesa dell'incolpato deve essere adeguatamente garantito anche in sede

⁷⁴ Sulle diverse funzioni della partecipazione procedimentale v., tra gli altri, BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in BARTOLINI, PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, 296 ss.

⁷⁵ Cfr. in questi termini Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595: «quella di "contraddittorio" costituisce, in sé considerata, una nozione polisemica, che comprende una pluralità di livelli, più o meno alti, di tutele. In ogni ambito, le garanzie del contraddittorio non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all'interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, in funzione del tipo di procedimento e degli interessi in gioco».

⁷⁶ In questi termini v. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542, Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199: «Per il principio di specialità, che prevale sul principio ordinario di successione cronologica delle norme, le disposizioni posteriori non comportano l'abrogazione delle precedenti, ove queste ultime disciplinano diversamente la stessa materia in un campo particolare. È appunto in questo rapporto si pongono la L. 7 agosto 1990, n. 241, e la L. 24 novembre 1981, n. 689, riguardanti l'una i procedimenti amministrativi in genere, l'altra in ispecie quelli finalizzati all'irrogazione delle sanzioni amministrative, caratterizzati da questa loro funzione del tutto peculiare, che richiede e giustifica (...) una distinta disciplina in relazione al carattere perentorio del termine fissato all'Autorità per provvedere alla irrogazione della sanzione. La legge n. 689 del 1981 (salvo che la legge disponga diversamente, con specifiche norme in tema di illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie) funge da paradigma normativo generale per tutti i tipi di procedimenti sanzionatori, di guisa che quanto osservato a proposito di tale legge deve ritenersi applicabile anche al procedimento sanzionatorio avviato nel caso in esame dalla Banca d'Italia».

⁷⁷ Come conferma la giurisprudenza citata ai §§ 4.4.1. Sul punto v. anche CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, 579-622, il quale riporta che secondo la giurisprudenza «le sanzioni amministrative sono (...) applicate in un procedimento amministrativo al cui interno non è ravvisabile un vero e proprio diritto di difesa, ma un ben più limitato diritto di partecipazione» (p. 587).

procedimentale.

Ancor più della sentenza *Grand Stevens* del 2014 - con cui la Corte di Strasburgo aveva affermato con chiarezza il principio, salvo ‘annacquare’ le conseguenze applicative con la c.d. teoria della continuità tra procedimento e processo, - sono significative alcune recenti pronunce della Corte costituzionale.

In particolare, la ricordata sentenza n. 84 del 2021 con cui – a seguito di un virtuoso dialogo con la Corte di Giustizia Europea⁷⁸ - è stata riconosciuta la necessità di garantire il diritto al silenzio dell’incolpato anche nell’attività di vigilanza strumentale all’instaurazione di procedimenti diretti all’irrogazione di sanzioni “sostanzialmente penali”.

Ma ancor più rilevanti sono le pronunce che riguardano le sanzioni amministrative in senso stretto.

In particolare, con la sentenza n. 151 del 2021 la Corte ha dichiarato (seppur solo nella sostanza perché ha adottato una pronuncia - monito di inammissibilità) l’illegittimità costituzionale dell’art. 28 della l. n. 689/981 nella parte in cui non è previsto «*un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso*»⁷⁹.

La Corte costituzionale ha, infatti, affermato che «*nel procedimento sanzionatorio, riconducibile nel paradigma dell’agere della pubblica amministrazione, ma con profili di specialità rispetto al procedimento amministrativo generale, (...), l’esigenza di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dall’esercizio dei pubblici poteri, assume una rilevanza del tutto peculiare*» tanto che «*la predefinizione legislativa di un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione, il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso, risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali*» di cui agli artt. 23, 24, 97 Cost.⁸⁰. Lo stesso principio è stato ribadito nella sentenza n. 260 del 2021⁸¹.

⁷⁸ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 2 febbraio 2021 C-481/19 DB c. *Consob*, su cui V. CANESCHI, *La Corte di Giustizia sul diritto al silenzio: un primo passo verso il “giusto procedimento” amministrativo punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2021, 561 ss.

⁷⁹ Corte cost., 12 luglio 2021, n. 151, in *Giur. cost.*, 4, 2021, 1599 ss., con osservazioni di F.G. SCOCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*.

⁸⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 151 del 2021, al punto 5 del *Considerato in diritto*: «*in materia di sanzioni amministrative il principio di legalità (...) deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell’esercizio del potere. Ciò in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell’esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell’interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale*» ed ha aggiunto che «*la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell’accertamento e della contestazione dell’illecito, consentendo all’incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall’art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della PA di cui all’art. 97 Cost.*».

⁸¹ Cfr. Corte cost. 28 dicembre 2021, n. 260, con nota di CERBO, *La prescrizione dell’art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell’amministrazione?*, cit., 1077 ss. Cfr. punto 10 del *Considerato in diritto*.

Ebbene, tali orientamenti confermano quanto sopra considerato: la specialità della disciplina procedimentale applicabile ai procedimenti sanzionatori è giustificata dalla finalità punitiva della potestà esercitata e, conseguentemente, dalla natura dei diritti soggettivi coinvolti.

Quanto al primo profilo, è la stessa Corte a rilevare che la specialità dei procedimenti sanzionatori - rispetto «*al paradigma dell'agere della pubblica amministrazione*» - dipende dal fatto che in questi «*l'esercizio del potere si sostanzia nella inflizione al trasgressore di svantaggi non immediatamente correlati alla soddisfazione dell'interesse pubblico pregiudicato dalla infrazione*»⁸². Ciò equivale a dire che la sanzione non si risolve in uno strumento di perseguimento dell'interesse pubblico sussidiato (nel settore in esame: la stabilità del mercato finanziario e la correttezza e trasparenza delle negoziazioni), ma ha un'ulteriore e specifica finalità, in ragione della quale l'atto di esercizio della funzione incide su posizioni soggettive ulteriori rispetto quelle che vengono incise dagli altri provvedimenti autoritativi.

E in questo sta il secondo - e determinante - profilo di specialità: come conferma la giurisprudenza costituzionale più recente, l'incolpato è titolare, già nei confronti dell'autorità amministrativa, non solo del diritto alla predeterminazione dei casi, dei modi e dei tempi dell'esercizio del potere (ex art. 23⁸³ e 25 Cost.)⁸⁴, ma anche del fondamentale diritto di difesa (ex art. 24 Cost.), i quali devono trovare adeguate tutele già in sede procedimentale⁸⁵.

Sono dunque i principi costituzionali che riconoscono tali diritti a rendere necessario che all'attività sanzionatoria siano applicate regole specifiche e ulteriori rispetto a quelle che valgono per gli ordinari mezzi di azione amministrativa. Più in

⁸²Così Corte cost. n. 151 del 2021 punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁸³ Come osservato da CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 593 «pur nel quadro dell'art. 23 Cost., l'art. 1 l. 689 del 1981 (che riprende in maniera quasi letterale l'art. 25, co. 2, Cost.) attribuisce alla legge un ruolo assai più intenso: esso infatti stabilisce che «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Dunque, per le sanzioni amministrative vige un principio di stretta legalità, nel senso che fonti prive del valore di legge non possono introdurre fattispecie di illecito amministrativo». Con riferimento al tempo dell'azione è stata la Corte costituzionale, nella sentenza n. 151 del 2021, a ricordare che il principio di legalità impone che la legge «*deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere*», cfr. punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ La giurisprudenza costituzionale più recente ha ribadito che «*per costante giurisprudenza costituzionale, le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo (sentenze n. 134 del 2019, n. 223 del 2018, n. 121 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), con l'eccezione però della riserva assoluta di legge statale, che vige per il solo diritto penale stricto sensu (sent. 134 del 2019)*», così Corte cost., 18 gennaio 2021, n. 5, in *Giur. cost.*, 2021, p. 52.

⁸⁵ Sulla base di questi presupposti Cons. Stato, con ord. 2 ottobre 2014, n. 4491-4492, aveva accolto la domanda cautelare relativa all'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni «sostanzialmente penali» in conseguenza della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens*. Su queste pronunce v. 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.

particolare, per quanto qui interessa, sono questi principi ad imporre un procedimento in cui siano assicurate: la tempestività della contestazione dell'illecito, la predeterminazione e determinatezza dei tempi di conclusione del procedimento, la possibilità di difendersi attraverso un contraddittorio paritario (in termini di tempi e di mezzi di prova deducibili)⁸⁶, nonché una netta distinzione tra l'organo responsabile dell'accertamento e l'organo deputato alla decisione.

Se tutto questo è vero, come pare, la “dequotazione” delle garanzie procedurali cristallizzata dalla disciplina normativa e avallata dalla giurisprudenza, contravviene apertamente ai principi generali del diritto amministrativo sanzionatorio.

È condivisibile, infatti, l'idea che la tutela dei diritti del sanzionando nel procedimento amministrativo non debba implicare necessariamente l'applicazione delle regole processual-penalistiche (di fonte convenzionale o costituzionale)⁸⁷, ma ciò non toglie che richieda tutele ulteriori e specifiche rispetto a quelle che si applicano ai diritti incisi dall'esercizio dei poteri autoritativi ordinari (*i.e.* non sanzionatori).

7. Considerazioni conclusive: la necessaria discontinuità nell'interpretazione della disciplina

Alla luce di tali acquisizioni, si può tentare di formulare alcune considerazioni sulle prospettive che potrebbero ridurre le criticità evidenziate.

Al riguardo, vien da chiedersi se non sia possibile un innalzamento del livello delle tutele anche attraverso l'esercizio del potere regolamentare da parte delle Autorità di vigilanza, supportato da una diversa interpretazione del diritto positivo vigente.

Come confermano alcuni arresti della giurisprudenza amministrativa⁸⁸, infatti, grava innanzitutto sulle stesse Autorità l'obbligo di conformare i propri procedimenti

⁸⁶ La quale richiede la comunicazione/trasmisione degli atti del procedimento e non la sola garanzia di accesso agli atti mediante istanza (come si ricava dall'art. 18 l. n. 689/1981), il diritto di essere sentito prima della decisione negativa e di controdedurre non solo sugli accertamenti di fatto, ma anche sulla qualificazione giuridica degli stessi (come si ricava di nuovo dall'art. 18 l. n. 689/1981). La “parità delle armi” impone, inoltre, una effettiva distinzione fra istruzione e decisione.

⁸⁷ Anche Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, con riferimento alle sanzioni dell'AGCM, ha di recente affermato che «*i canoni di civiltà giuridica del diritto punitivo trovano sì applicazione nei procedimenti sanzionatori di carattere punitivo-afflittivo, ma non necessariamente con le stesse modalità con le quali sono tutelati nei processi penali, dovendo la loro realizzazione adattarsi alle caratteristiche tecniche dell'azione amministrativa ed essere bilanciata con altri interessi di pari rango*».

⁸⁸ Il riferimento è alle pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno dichiarato l'illegittimità dei regolamenti sanzionatori di Consob e di IVASS per mancato rispetto dei principi posti dalla disciplina sanzionatoria di livello primario, così rispettivamente legittimando e imponendo alle Autorità di conformare i relativi procedimenti sanzionatori. Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 che, pur concludendo per l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse (essendo stato impugnato un atto regolamentare prima dell'emanazione dell'atto applicativo) aveva dichiarato che il regolamento sanzionatorio di Consob non risultava conforme agli *standard* di tutela imposti artt. 187-*septies*, 195 TUF e 24 l. 262/2005. Successivamente v. Cons. Stato, VI, 28 marzo 2019, n. 2043 che, confermando questo orientamento, ha parzialmente annullato il regolamento sanzionatorio dell'IVASS per violazione del principio del contraddittorio previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 209/2005.

e la propria organizzazione alla natura della funzione svolta, dando una lettura rigorosa dei principi posti dal diritto amministrativo sanzionatorio di livello primario, generale e di settore⁸⁹.

Ciò riguarda sia i tempi per l'esercizio della potestà sanzionatoria sia le regole del contraddittorio.

Rispetto al primo profilo, ferma restando la necessità che il legislatore - dando seguito al monito contenuto nella sentenza n. 151 del 2021 - preveda un termine decadenziale per l'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione nel quadro della l. n. 689/1981, ci pare che l'orientamento restrittivo espresso dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁰ meriti un ripensamento.

Pare condivisibile, infatti, la tesi per cui l'assenza di un termine massimo per la conclusione del procedimento nella l. n. 689/1981, non esclude che norme settoriali di rango primario possano demandare a fonti secondarie la fissazione di tali termini in deroga o, per meglio dire, ad integrazione della suddetta disciplina generale⁹¹.

⁸⁹ Consob e Banca d'Italia, in particolare, dispongono di un'ampia autonomia regolamentare e organizzativa che potrebbero utilizzare per modificare la disciplina dei propri procedimenti sanzionatori nonché per assicurare una effettiva distinzione funzionale tra uffici istruttori e organo con potestà decisoria. Infatti se, in via regolamentare, non si potrebbero istituire due diverse autorità sul modello di quanto fatto in Francia dopo la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04 *Dubus S.A.v. C. Francia* (su cui v. BINDI, PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca di Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 93-102); tuttavia - in applicazione all'art. 24, co. 1, l. 262/2005 - si potrebbe eliminare il «consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio sotto un medesimo indirizzo», censurato nella sentenza *Grande Stevens* (par. 137) e anche dal Consiglio di Stato con la ricordata sentenza n. 1595 del 2015 (§ 20).

⁹⁰ Cfr. la giurisprudenza citata al § 3 (Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5347; sez. II, 28 aprile 2022, n.13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; sez. II, 20 gennaio 2022, n.1769; sez. II, 20 gennaio 2022, n.1740, n.1741, n. 1770; sez. II, 2 febbraio 2022, n. 3245) secondo la quale il potere sanzionatorio, inteso come potere di esigere la sanzione, incontra il solo limite della prescrizione quinquennale sancito dall'art. 28 della l. n. 689 del 1981. Pertanto, in mancanza di una previsione normativa espressa, il termine finale del procedimento sanzionatorio, ancorché individuato da regolamenti o delibere generali dell'Autorità, ha valore solo ordinatorio con la conseguenza che la mancata osservanza non incide in alcun modo sulla legittimità dell'atto.

⁹¹ In questi termini cfr. Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4657; Cons Stato, sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289; Cons. stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2874 che rinvenivano la fonte primaria di settore nell'art. 8, co. 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (applicabile *ratione temporis*), che, nel rinviare al Regolamento dell'ANAC per la disciplina di dettaglio, imponeva che questa fosse «predisposta nel rispetto dei principi, non solo della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria e della contestazione degli addebiti (rispetto ai quali anche la legge n. 689 del 1981 impone termini a pena di decadenza), ma anche del termine a difesa e del contraddittorio, nonché della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento. (...) L'impianto normativo di riferimento porta a ritenere che il provvedimento sanzionatorio impugnato sia stato adottato in violazione di quanto prescritto dalla normativa primaria (cfr. art. 8, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006), che afferma espressamente l'obbligo di osservare il principio di tempestività sia nella fase di avvio, che in quella di conclusione del procedimento sanzionatorio». Pertanto, pur in assenza di un'espressa previsione, il carattere della perentorietà del termine di conclusione del procedimento si riteneva imposto dall'impianto normativo di riferimento.

A tal fine, se non è sufficiente l'art. 2, l. n. 241/1990⁹², possono però rilevare le normative primarie di settore⁹³; e in tal caso pare corretto sostenere che non occorra un'espressa previsione di perentorietà del termine, qualora la necessità di individuare tempi certi per l'avvio, la conduzione del procedimento e per la sua conclusione, sia chiaramente desumibile dall'impianto normativo nel suo complesso⁹⁴.

In tal senso sembra deporre anche un passaggio contenuto nella richiamata sentenza n. 151 del 2021, nel quale la Corte costituzionale ha espressamente ricordato che «*talora il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio è stabilito dalla stessa autorità competente in via regolamentare (...)*»⁹⁵ e ha ritenuto

⁹² In questi termini CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit. Per una diversa opinione vedi F.G. SCOCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*, secondo il quale la Corte avrebbe ben potuto dichiarare incostituzionale la lacuna e direttamente colmarla, traendo la disciplina, in via di analogia, da leggi similari (i.e. mediante la estensione alla legge generale sulle sanzioni del termine previsto dal codice della strada) o dalla legge generale sul procedimento; ciò sul presupposto che «il termine dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, se in generale risulta essere ordinatorio, può per il procedimento sanzionatorio, in considerazione delle sue peculiari caratteristiche, intendersi come perentorio».

⁹³ Norme che ove esistenti non violano né derogano al termine per l'esercizio del diritto di credito nascente dalla sanzione, che rimane soggetto al termine di prescrizione quinquennale, ma aggiungono un limite temporale all'esercizio del potere sanzionatorio, innalzando le garanzie del sanzionato in linea con i principi affermati dalla più recente giurisprudenza costituzionale.

⁹⁴ Va segnalato che nella giurisprudenza amministrativa si è affermato, di recente, un orientamento estensivo in base al quale «l'esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza può essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività» (Cons. Stato, sez. II, 12 maggio 2022, n. 3737 Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 584; Cons. Stato, sez. VI 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309; Cons. Stato, sez. II, 11 marzo 2022, n. 1723 sui procedimenti sanzionatori di ARERA). L'assunto si basa sul presupposto che «in materia di sanzioni amministrative, il termine fissato per l'adozione del provvedimento finale ha natura perentoria, a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda, in quanto imposto dal principio di effettività del diritto di difesa dell'inculpato e dal principio di certezza dei rapporti giuridici». Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584; Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4113; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 542. Tuttavia, tale orientamento non pare coerente con l'esigenza di predeterminazione legale - anche sotto il profilo temporale - della fattispecie sanzionatoria che emerge dall'art. 23 Cost. e che è stato ribadito anche da Corte cost. nella sentenza n. 151 del 2021. In particolare, ritenere sufficiente una norma primaria di carattere generico si pone in contrasto con l'esigenza di determinatezza della fattispecie, mentre attribuire il potere all'Autorità di fissare - di volta in volta - i termini di conclusione nelle delibere di avvio dei relativi procedimenti contravviene al principio di necessaria predeterminazione degli stessi, ovvero alla necessità che i tempi del procedimento vengano determinati prima e per determinate categorie di illecito (non per il singolo caso), nonché da un soggetto diverso da quello che conduce il procedimento.

⁹⁵ Corte cost. 12 luglio 2021, n. 151 che dopo aver constatato che «*per per alcuni trattamenti sanzionatori regolati da fonti normative settoriali (...) il legislatore ha previsto sia un termine prescrizionale, sia uno, di natura decadenziale, entro il quale deve essere emesso il provvedimento sanzionatorio*» ha rilevato che «*Talora il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio è stabilito dalla stessa autorità competente in via regolamentare, oppure, di volta in volta, in sede di avvio dell'iter procedimentale. Emblematica, al riguardo, è l'esperienza delle autorità amministrative indipendenti, il cui potere sanzionatorio, pur inserendosi nella più complessa funzione di vigilanza e di controllo, è comunque soggetto alla legge n. 689 del 1981 (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 8 luglio 2015,*

emblematica «*l'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*».

Anche tale *obiter dictum* induce a ritenere conforme con la riserva di legge dell'art. 23 Cost. la previsione di termini di conclusione del procedimento da parte della normativa regolamentare elaborata dalle Autorità di vigilanza⁹⁶, in attuazione di un'espressa autorizzazione legislativa

Resta da chiedersi, piuttosto, se nel settore in esame le fonti primarie siano idonee a soddisfare l'esigenza di determinatezza richiesta dalla riserva di legge dell'art. 23 Cost.⁹⁷. Qualora la risposta fosse negativa, sarebbe però auspicabile che il legislatore si limitasse ad introdurre, nella disciplina delle procedure sanzionatorie, l'obbligo di osservare il principio di tempestività nella fase di avvio e quello di certezza nella fase di conclusione del procedimento.

Un tale riferimento, coerente con la giurisprudenza costituzionale prima richiamata (sent. nn. 5, 151, 260 del 2021), potrebbe eliminare i dubbi circa il carattere perentorio dei termini fissati dalle Autorità; nondimeno lascerebbe aperta la possibilità di differenziare, in sede regolamentare, i diversi termini in relazione alle tipologie di illeciti e al grado di complessità del relativo accertamento.

Diversamente, pretendere la fissazione dei termini dei procedimenti sanzionatori in via generale e astratta, potrebbe porsi in contrasto con l'esigenza di adeguare le caratteristiche dei diversi *iter* procedimentali. Esigenza che nel sistema amministrativo emerge dalla disciplina generale (di cui all'art. 2, l. n. 241/1990), ma che anche la Corte costituzionale ha riconosciuto sia con riferimento ai tempi dell'azione sanzionatoria⁹⁸ sia, più in generale, nel ribadire i profili di differenza tra le sanzioni “sostanzialmente penali” e quelle amministrative⁹⁹.

Per quanto riguarda, invece, le regole del contraddittorio merita di essere rimarcata

n. 3401)» cfr. punto 4.1.2. del *Considerato in diritto*.

⁹⁶ CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit., il quale però avanza obiezioni che sembrano senz'altro valide ove vengano in rilievo sanzioni sostanzialmente penali (e quindi i principi dell'art. 25 Cost. e della CEDU) non anche per le sanzioni (meramente) amministrative.

⁹⁷ Come ricordato (*supra* § 2), gli art. 195 TUF e 145 TUB fanno riferimento soltanto ai termini di contestazione degli addebiti, non prevedendo niente con riferimento ai tempi di svolgimento e conclusione del procedimento; mentre gli artt. 196-bis TUF e 145-quater TUB si limitano ad attribuire alle Autorità il potere di emanare disposizioni di attuazione dei titoli sulle sanzioni amministrative.

⁹⁸ Dopo aver affermato l'inadeguatezza del termine di prescrizione, di durata quinquennale e suscettibile di interruzione, a garantire di per sé la certezza giuridica della posizione dell'incolpato e l'effettività del diritto di difesa dell'incolpato, la Corte costituzionale ha rilevato che «*la omissione legislativa denunciata dal rimettente non può essere sanata da questa Corte, essendo rimessa alla valutazione del legislatore l'individuazione di termini che siano idonei ad assicurare un'adeguata protezione agli evocati principi costituzionali, se del caso prevedendo meccanismi che consentano di modularne l'ampiezza in relazione agli specifici interessi di volta in volta incisi*».

⁹⁹ In questo senso rileva in particolare la sentenza n. 5 del 2021 ove si è affermato che il potere sanzionatorio amministrativo - che il legislatore regionale ben può esercitare, nelle materie di propria competenza - resta comunque soggetto alla riserva di legge, anche regionale, di cui all'art. 23 Cost., che va intesa «*quale riserva relativa, che tollera come tale maggiori margini di integrazione da parte di fonti secondarie*», ferma restando la necessaria «*predeterminazione, da parte della fonte primaria, dei presupposti dell'applicazione (o non applicazione) della sanzione amministrativa*».

l'importanza della sentenza n. 4251 del 2022 con cui la seconda sezione della Cassazione ha riconosciuto la necessità di assicurare «*il nucleo duro delle garanzie endo-procedimentali*», principio che consente di dare adeguata rilevanza alle regole formali dei procedimenti sanzionatori, in linea anche con la più corretta interpretazione della disciplina dell'illegittimità non pronunciabile¹⁰⁰.

Ciò perché - come osservato (*supra* § 6) - in materia sanzionatoria le norme sul procedimento hanno “portata sostanziale” in quanto sono poste a garanzia dei diritti fondamentali dell'incolpato¹⁰¹. Se è vero infatti che «la “forma per la forma” non costituisce un valore neppure in tema di garanzie procedimentali, perché occorre valutare se dietro la forma c'è un interesse sostanziale che merita di essere tutelato»¹⁰², nell'ambito in esame si può senz'altro sostenere che gli interessi sostanziali che meritano di essere tutelati sono proprio i diritti fondamentali dell'incolpato: il diritto alla predeterminazione dei casi, dei tempi e dei modi di esercizio del potere nonché alla possibilità di difendersi tempestivamente contro gli addebiti che gli vengono mossi¹⁰³.

A sostenere la validità di tali ricostruzioni sembra deporre anche il dato per cui la disciplina ibrida della sanzione amministrativa stretta tra ricostruzioni pre-costituzionali del potere amministrativo¹⁰⁴ e uno statuto composto di principi di ispirazione penalistica e civilistica¹⁰⁵ oggi trova parametri interpretativi ben più solidi nella giurisprudenza della Corte costituzionale che sta ri-definendo il diritto sanzionatorio in una prospettiva di attrazione alle categorie penalistiche, ma allo stesso tempo preserva l'autonomia della sanzione amministrativa in senso stretto.

¹⁰⁰ L. FERRARA, *La partecipazione tra illegittimità e illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 103-120. Si veda altresì F.G. COCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*, il quale osserva che «la tesi propugnata dalla Cassazione evidenzia la “pericolosità” e (forse) la incostituzionalità dell'art. 21-*octies*, nella parte in cui svaluta i vizi procedimentali, e non tiene in alcun conto che le disposizioni sul procedimento garantiscono (sono necessarie per garantire), anche per i provvedimenti vincolati (...), l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione: la loro svalutazione contraddice frontalmente il fatto stesso che il procedimento sia sempre più articolatamente disciplinato dal legislatore (anche per l'adozione dei provvedimenti vincolati)».

¹⁰¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521, cit. *supra* par. 4.2. nei punti 30-34 delle *Ragioni della decisione*. In dottrina v. anche CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006, 194 che peraltro rileva come rispetto ai provvedimenti sanzionatori «l'interesse del privato è di tipo difensivo e questo giustifica una maggiore attenzione alle garanzie formali».

¹⁰² Così v. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. com.*, 1, 2021, 100 ss.

¹⁰³ Come rilevato anche dalla Corte costituzionale «(...) decorso un certo lasso di tempo dalla data del fatto generatore del diritto, può essere difficile o impossibile per la parte formulare i mezzi di prova a sostegno delle proprie tesi difensive», cfr. sent. 260 del 2021, punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁴ Sul punto CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit., che richiama l'impostazione di ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino 1924, 160 ss.

¹⁰⁵ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, pt. g., Bologna, Zanichelli, 2007, p. 849-855; PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; ID., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989.

Come si è cercato di dimostrare, il fatto che alle sanzioni amministrative non siano automaticamente applicabili tutte le garanzie proprie della materia penale, non significa che possa essere giustificato uno statuto procedimentale che non risulti adeguato alla specifica funzione svolta e alla natura dei diritti individuali coinvolti.