

## Diritti fondamentali dell'incolpato e tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia

### *Fundamental rights of the accused and judicial protection against Consob and Bank of Italy sanctions*

di Nicoletta Vettori\*

#### ABSTRACT

Il saggio analizza il tema del potere sanzionatorio di Consob e Banca d'Italia e del relativo sindacato giurisdizionale. Recenti ricostruzioni dottrinali sostengono che l'attività sanzionatoria delle Autorità ha carattere autoritativo e discrezionale e che pertanto sarebbe opportuno devolvere le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tuttavia, tali ricostruzioni sembrano parziali perché qualificano il potere sanzionatorio limitandosi ad esaminare la disciplina ordinaria e regolamentare, senza considerare dati costituzionali di particolare rilevanza, valorizzati dalla più recente giurisprudenza europea e costituzionale.

Con la presente indagine si pone perciò l'attenzione sulla consistenza delle posizioni soggettive dei destinatari del potere sanzionatorio per definire, a partire da quelle, i caratteri dell'attività amministrativa. Quel che si intende dimostrare è che la natura di diritto soggettivo fondamentale delle stesse implica necessariamente il carattere non discrezionale e, più in generale, non riservato delle valutazioni di cui si compone l'attività sanzionatoria.

Sul piano del riparto della giurisdizione se ne ricava che l'attribuzione al giudice ordinario del contenzioso sanzionatorio di Consob e di Banca di Italia è coerente con i principi costituzionali. D'altra parte, qualora il legislatore devolvesse la giurisdizione al giudice amministrativo non si potrebbe non tener conto di tale configurazione per la definizione dei suoi poteri di accertamento e di decisione, al fine di assicurare contenuti della tutela coerenti con i caratteri sostanziali delle posizioni soggettive coinvolte.

*The essay analyzes the sanctioning power and the issue of judicial review of administrative sanctions imposed by the Bank of Italy and Consob. Recently, some doctrine opinions argue that the sanctioning activity of the Authorities is discretionary and therefore it would be appropriate to devolve the related disputes to the exclusive jurisdiction of the administrative judge.*

*However, these doctrinal reconstructions appear limited because they qualify the sanctioning power by examining only the ordinary and regulatory discipline, without considering important constitutional provisions.*

*In this article attention is focused on the rights of those who receive the sanction, in order to define – starting from those – the characteristics of the administrative activity. The aim is to demonstrate that the fundamental value of the rights of the accused*

---

\* Professoressa associata di diritto amministrativo, Università degli Studi di Siena.

*necessarily implies the non-discretionary and, more generally, non-reserved nature of the sanctioning power.*

*In terms of division of the jurisdiction, it follows that the attribution to the ordinary judge of the appeals against Consob and Bank of Italy sanctions is consistent with constitutional principles.*

*If the legislator were to devolve jurisdiction to the administrative judge, the configuration of his powers of assessment and decision should be appropriate to the characteristics of the administrative activity and rights involved.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: la priorità delle situazioni soggettive rispetto al problema del riparto e dei limiti interni della giurisdizione. – 2. La giurisdizione ordinaria in materia di sanzioni Consob e Banca d'Italia: l'evoluzione normativa e la posizione della giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale. – 3. Le ricostruzioni della dottrina a favore della giurisdizione amministrativa: i margini di discrezionalità del potere sanzionatorio e la stretta connessione con l'attività di vigilanza. – 4. Una diversa prospettiva: dalle norme sui diritti ai caratteri del potere. – 4.1. Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale. – 5. Diritti fondamentali dell'incolpato e attività sanzionatoria: la rilevanza della giurisprudenza CEDU e costituzionale sulle sanzioni "punitive". – 6. Diritto alla predeterminazione e determinatezza della fattispecie di illecito e inesistenza di discrezionalità amministrativa nella determinazione della sanzione. – 7. *Segue*. La necessaria lettura delle norme attributive del potere. – 8. L'assenza di profili riservati nelle valutazioni (tecniche e "punitive") con cui si svolge l'attività sanzionatoria. – 9. Le conseguenze in termini di sindacato giurisdizionale. La *ratio* della giurisdizione "piena" e "sostitutiva" in materia di sanzioni. – 10. Nota conclusiva: le implicazioni sul riparto della giurisdizione.

## 1. Premessa: la priorità delle situazioni soggettive rispetto al problema del riparto e dei limiti interni della giurisdizione

La questione della tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia è da tempo controversa. Da una parte, vi sono stati vari conflitti di giurisdizione che hanno visto affermarsi orientamenti difformi, sia nell'ambito della giurisdizione amministrativa che in quella ordinaria, e su cui si è pronunciata anche la Corte costituzionale<sup>1</sup>. D'altra parte, la dottrina sta mettendo in evidenza i limiti del sindacato esercitato dal giudice ordinario<sup>2</sup>.

Il nodo di fondo è comune a ogni conflitto di giurisdizione: l'esistenza di diverse qualificazioni delle posizioni giuridiche e della natura dell'attività svolta dalle Autorità di vigilanza. Ci sono però due elementi che complicano il quadro.

Il primo, di contesto, è legato al fatto che la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia è rimasta isolata a fronte della progressiva devoluzione al giudice amministrativo del contenzioso sulle sanzioni irrogate dalle altre Autorità indipendenti nei settori economici. Ciò, secondo alcuni Autori, pone problemi di coerenza interna al 'sistema' delle *Authorities*.

Il secondo, di carattere sostanziale, è la stretta inerenza dell'attività sanzionatoria alla funzione di vigilanza che, secondo certe ricostruzioni, implica l'attribuzione alla seconda di qualificazioni proprie della prima, con ricadute anche in punto di giurisdizione.

<sup>1</sup> V. *infra* § 2.

<sup>2</sup> V. *infra* § 3.

In termini generali, il dibattito sul tema è tutto incentrato sulla definizione dei caratteri del potere sanzionatorio, mentre sembra assumere una rilevanza marginale la natura delle posizioni soggettive coinvolte<sup>3</sup>.

L'interesse della dottrina che più di recente si è occupata del tema è, infatti, quello di dimostrare che in questo settore sarebbe opportuno prevedere una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per questo – si osserva – è «meno urgente» stabilire se a fronte delle sanzioni l'individuo sia titolare di interessi legittimi o di diritti soggettivi<sup>4</sup>.

Tale approccio non è pienamente condivisibile non foss'altro perché la distinzione non rileva soltanto ai fini del riparto della giurisdizione, ma anche per la definizione dei poteri decisorii del giudice competente. Come noto, infatti, «la tutela di una situazione soggettiva dipende dal tipo di protezione che la norma sostanziale assicura; pertanto, lo spostamento di una controversia (...) alla giurisdizione esclusiva di per sé non muta le utilità che la norma sostanziale garantisce al titolare della situazione fatta valere, che resta invariata»<sup>5</sup>.

Pertanto, fare chiarezza sulla natura delle situazioni soggettive è necessario anche nella prospettiva in cui il legislatore – seguendo recenti sollecitazioni<sup>6</sup> – decidesse di devolvere la materia alla giurisdizione amministrativa.

A tal fine, dopo aver dato conto dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale (§ 2) e delle più recenti posizioni della dottrina (§ 3), pare utile provare a rovesciare il punto di vista e porre l'attenzione sulla consistenza delle posizioni giuridiche dei destinatari della funzione sanzionatoria (§§ 4, 5), a partire dalle quali definire i caratteri dell'attività amministrativa (§§ 6, 7, 8). Ciò permetterà di considerare anche le implicazioni che derivano sul sindacato giurisdizionale (§ 9) e sul riparto della giurisdizione (§ 10).

---

<sup>3</sup> Sulla questione in generale, v., di recente, L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2019, pp. 737-746; A. PIOGGIA, *Per una 'ridrammatizzazione' della questione dell'interesse legittimo*, *ivi.*, 3, 2016, p. 113 ss.; F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 847 ss.; G. GRECO, *Dal dilemma interesse legittimo-diritto soggettivo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, p. 479 ss.

<sup>4</sup> Cfr. W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 33 ss. «la collocazione sistematica della giurisdizione esclusiva, come giurisdizione dinanzi alla quale far valere posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo, proprio nelle fattispecie in cui non sia agevole la distinzione tra essi, rende meno urgente la predetta qualificazione». In questi termini v. anche il documento redatto dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, pubblicato in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 3: «Per il contenzioso relativo alla maggior parte degli atti delle Autorità indipendenti la scelta del legislatore è stata, quindi, in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ciò ha fatto perdere di rilievo la questione della qualificazione come diritti soggettivi o come interessi legittimi delle posizioni dei soggetti con cui entrano in rapporto le Autorità indipendenti».

<sup>5</sup> V. R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 792 ss. (spec. p. 799).

<sup>6</sup> In questi termini, di recente, E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in questa *Rivista*, 2, 2020, pp. 280-311; W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, *ivi.*, 2, 2021, pp. 293-302; S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 3, 2019, p. 391 ss.

## 2. La giurisdizione ordinaria in materia di sanzioni Consob e Banca d'Italia: l'evoluzione normativa e la posizione della giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale

Il sindacato sulle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia è – da tempo<sup>7</sup> – affidato al giudice ordinario e, precisamente, alla competenza funzionale della Corte d'appello<sup>8</sup>, sul presupposto che si tratti di attività vincolata che incide su diritti soggettivi.

La tesi risale ad un autorevole orientamento dottrinale elaborato in relazione alla normativa generale sulle sanzioni amministrative (legge 24 novembre 1981, n. 689) secondo cui l'attività sanzionatoria è esente da margini di discrezionalità amministrativa, in entrambe le componenti strutturali dell'*an* e del *quantum* della pretesa<sup>9</sup>.

In questa prospettiva la Corte di Cassazione ha sempre sostenuto che «l'attività di applicazione delle sanzioni deve avvenire sulla base di criteri (art. 11 legge n. 689/1981) e secondo regole (artt. 13, 14, 18, 19 legge n. 689/1981) che escludono la possibilità di valutazioni discrezionali». D'altra parte, la determinazione del *quantum* è considerata espressione di un'attività assimilabile alla discrezionalità giudiziale<sup>10</sup> (anche detta punitiva<sup>11</sup>) perciò garantita dai principi di legalità, personalità e colpevolezza.

Tale assetto fu messo in discussione in sede giurisprudenziale con l'entrata in vigore dell'art. 7 legge 21 luglio 2000, n. 205 che, riscrivendo l'art. 33 comma 1, d.lgs. 30 marzo 1998, n. 80<sup>12</sup>, aveva attribuito alla giurisdizione amministrativa esclusiva «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, *ivi* com-

---

<sup>7</sup> Per le sanzioni della Banca d'Italia la scelta di radicare la giurisdizione in capo al giudice ordinario (in specie alla Corte di appello di Roma con competenza esclusiva e funzionale) risale all'art. 90, comma 3, del r.d.l. n. 375/1936 che è stata confermata con l'adozione del Testo Unico Bancario (art. 145 del d.lgs. 10 novembre 1993, n. 385). Per le sanzioni irrogate dalla Consob la giurisdizione del giudice ordinario è stata prevista all'art. 44, comma 3, del d.lgs. n. 145/1996 e poi all'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza. Sul tema cfr. M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, I, p. 65 ss.

<sup>8</sup> Ai sensi dell'art. 145 d.lgs. 10 settembre 1993, n. 385 (di seguito TUB), e degli artt. 187-septies e 195 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (di seguito TUF).

<sup>9</sup> E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 139; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 250 ss.; ID., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 373.

<sup>10</sup> E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, cit., p. 139; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), cit., spec. § 11. In questi termini v. altresì S. FREGO LUPPI, *Provvedimenti Consob e giurisdizione: il caso delle sanzioni interdittive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 6, p. 683 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, 130 ss.; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 395.

<sup>11</sup> In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, secondo cui «per la determinazione delle pene pecuniarie l'amministrazione deve effettuare delle valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati. I criteri stabiliti, infatti, pur differenti da quelli di cui all'art. 133 c.p.c. sono coerenti con il modello di sanzione punitiva di tipo essenzialmente penalistico adottato dal legislatore [...]». In dottrina, cfr. A. VIGNERI, *Commento alla l. 24 novembre 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale). Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 5, 1982, p. 1110 ss. (e in particolare p. 1120).

<sup>12</sup> Dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale, 11-17 luglio 2000, n. 292.

presi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare».

Parte della giurisprudenza affermò, infatti, che la disposizione aveva determinato un'abrogazione tacita dell'ipotesi di competenza funzionale della Corte d'appello prevista dal TUB, così da concentrare davanti al giudice amministrativo tutto il contenzioso relativo all'attività di vigilanza sul credito, *ivi* compreso il momento sanzionatorio<sup>13</sup>.

La Corte di Cassazione, tuttavia, non avallò questa ricostruzione<sup>14</sup> e anche il legislatore in occasione della riforma del diritto societario e poi della legge sul risparmio<sup>15</sup>, confermò la competenza della Corte d'appello che veniva quindi riconosciuta anche dal giudice amministrativo<sup>16</sup>.

La giurisdizione in materia fu effettivamente modificata con l'approvazione del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che attribuì il contenzioso sui provvedimenti delle principali *Authorities* (incluse Consob e di Banca d'Italia) alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio-Roma, in sede di giurisdizione esclusiva e con cognizione estesa al merito<sup>17</sup>.

Queste norme furono però censurate<sup>18</sup> davanti alla Corte costituzionale<sup>19</sup> che ne dichiarò l'illegittimità determinando il 'ritorno' della giurisdizione ordinaria<sup>20</sup>.

Al riguardo, merita evidenziare che la illegittimità riscontrata, seppur pronunciata per violazione dell'art. 76 Cost. (c.d. vizio di eccesso di delega), non

---

<sup>13</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. I, 13 maggio 2003, n. 2533. Negli stessi termini v. TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235 in *Banca, borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 369 ss. con nota di A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *ivi*, p. 379 ss.

<sup>14</sup> Le S.U. della Cassazione avevano affermato che «anche dopo l'art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (poi art. 7, legge 21 luglio 2000 n. 205), che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie in materia di pubblici servizi, *ivi* compresi quelli della vigilanza sul mercato mobiliare, la competenza a conoscere delle opposizioni avverso le sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari (ex art. 196, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58) spetta all'autorità giudiziaria ordinaria». Cfr. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2001 n. 9383, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2128; Cass. sez. un., 11 febbraio 2003 n. 1992, Cass., sez. un., 22 luglio 2004 n. 13703, in *Società*, 2005, p. 49; sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giur. it.*, 2004, 1062; sez. un., 21 maggio 2004, n. 9731, in *Ced Cass.*; sez. un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 694; sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577, in *Giur. it.*, 2010, p. 2663. Nello stesso senso, con riferimento alle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia, Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13709, in *Foro amm. CdS*, 2004, c. 2004.

<sup>15</sup> V. rispettivamente art. 1, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e art. 24 comma 5, legge 28 dicembre 2005, n. 262.

<sup>16</sup> V. Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2008, n. 934, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 799; Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474.

<sup>17</sup> Cfr. artt. 133, comma 1, lett. I), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>18</sup> Cfr. Corte d'appello Torino, 25 marzo 2011.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162 in *Giur. cost.*, 3, 2012, p. 2204 ss. (relativa alle sanzioni di Consob) su cui v. M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 6, 2012, p. 1166 ss.; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 3, 2013, p. 684 ss. V. Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94 (relativa alle sanzioni di Banca d'Italia) in *Giur. it.*, 11, 2014, p. 2538, con nota di A. GIUSTI, *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena del giudice amministrativo*.

<sup>20</sup> Il legislatore, in occasione del recepimento della direttiva CRD IV (direttiva 2013/36/UE), ha riconfermato agli artt. 145 TUB e 195 TUF la giurisdizione del giudice ordinario.

era fondata su un profilo meramente formale, bensì su dati di ordine sostanziale.

La Corte aveva rilevato, infatti, che la delega conferita dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>21</sup> doveva «essere qualificata come una delega per il riordino e il riassetto normativo» che, per consolidata giurisprudenza costituzionale, comportava «una capacità innovativa dell'ordinamento da interpretarsi in senso restrittivo e comunque rigorosamente funzionale al perseguimento delle finalità espresse dal legislatore delegante».

Il legislatore delegato, invece, aveva violato il criterio direttivo contenuto nella legge delega che imponeva di «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori».

In particolare, non si era «tenuto conto della consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione» che affermava la giurisdizione ordinaria sul presupposto per cui la funzione sanzionatoria è sostanzialmente diversa da quella di vigilanza in quanto esercizio di «un'attività che deve essere esercitata sulla base di criteri (gravità della violazione, recidiva, ecc.) che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Cass., sez. un., n. 13703/2004)<sup>22</sup> e alla quale si collegano diritti soggettivi dei privati»<sup>23</sup>.

### 3. Le ricostruzioni della dottrina a favore della giurisdizione amministrativa: i margini di discrezionalità del potere sanzionatorio e la stretta connessione con l'attività di vigilanza

Di recente, parte della dottrina ha messo in discussione tale ricostruzione e ha avanzato vari argomenti a sostegno della opportunità di devolvere alla giu-

---

<sup>21</sup> L'art. 44, legge 18 giugno 2009, n. 69 delegava il Governo «ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele».

<sup>22</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703: «Il criterio legale che detta scelta deve seguire è soltanto la commisurazione della sanzione all'entità della violazione, conformemente al contenuto tipico di ogni potere punitivo, sia di tipo penale che di carattere amministrativo». Nello stesso senso v. Cass. civ., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383. L'indirizzo era condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa, v. TAR Lazio, sez. I, Roma, 2 maggio 2006, n. 3055; Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474; sez. VI, 19 marzo 2002, n. 4148.

<sup>23</sup> Cfr. Corte cost., n. 162/2012, cit., punto 4.2. del *Considerato in diritto*: «la citata impostazione seguita dalla giurisprudenza della Corte di cassazione la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della Consob sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa), impedisce di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato, il quale, incidendo profondamente sul precedente assetto, ha trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob, discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega. Di conseguenza, deve ritenersi che, limitatamente a simile attribuzione di giurisdizione, siano stati ecceduti i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.».

risdizione amministrativa il contenzioso sanzionatorio delle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari.

Sotto un primo profilo si fa valere un'esigenza di concentrazione e di effettività della tutela giurisdizionale<sup>24</sup>. Sotto un altro profilo si adducono argomenti di carattere sostanziale concernenti la natura dei rapporti giuridici coinvolti.

Se la prima esigenza potrebbe essere condivisibile, il secondo ordine di argomenti presenta alcuni profili di criticità, i quali peraltro assumono particolare rilievo perché rischiano di condizionare la tutela accordata alle situazioni giuridiche coinvolte, tanto più se il legislatore decidesse di modificare l'assetto vigente<sup>25</sup>. È su questi profili dunque che interessa concentrare l'attenzione.

Secondo l'impostazione in esame l'attività sanzionatoria è espressione di un potere discrezionale di natura tecnica e, sotto certi profili, anche politico-amministrativa.

Più in particolare, alcuni Autori mettono in evidenza che «in molti casi, il fatto presupposto della misura sanzionatoria (cioè la violazione di una norma speciale o di un parametro generale come la “sana e prudente gestione”) richiede valutazioni complesse di tipo tecnico, rispetto alle quali anche il giudice ordinario mantiene generalmente un atteggiamento di deferenza»<sup>26</sup>. L'accertamento dei presupposti dell'illecito sarebbe dunque espressione di c.d. discrezionalità tecnica e dunque, in ultima analisi, di un potere amministrativo riservato.

Altri Autori, invece, sostengono che l'attività sanzionatoria è caratterizzata anche da margini di discrezionalità politico-amministrativa.

In particolare, si osserva che l'accertamento e la commisurazione della sanzione implicano di regola<sup>27</sup> la valutazione e la ponderazione di interessi pubblici e di interessi privati<sup>28</sup>. Inoltre, molte delle fattispecie previste dal TUF

---

<sup>24</sup> In particolare, si osserva che la devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo assicurerebbe maggiore effettività della tutela, in quanto garantirebbe la valutazione da parte del medesimo giudice dell'attività di vigilanza e di quella sanzionatoria – che alla prima è strettamente collegata – e assicurerebbe omogeneità del trattamento processuale (doppio grado di giurisdizione di merito) sui provvedimenti sanzionatori emanati da Consob e da Banca d'Italia in coerenza con quanto previsto per le sanzioni delle altre autorità di regolazione dei settori economici. In questi termini v. M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni*, cit., p. 1166 ss.; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, cit., p. 684 ss.; R. DIPACE, *Sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia*, in *Enciclopedia Treccani on line*, 2015, [www.treccani.it](http://www.treccani.it); S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 307.

<sup>25</sup> Non si intende sottovalutare i vantaggi in termini di semplificazione ed effettività che potrebbero derivare dalla concentrazione della tutela giurisdizionale avverso tutti gli atti delle Autorità di vigilanza di fronte al medesimo giudice; interessa però mettere in evidenza che i contenuti della tutela conseguenti al mutamento della giurisdizione competente dovrebbero essere coerenti con i contenuti sostanziali delle posizioni soggettive coinvolte.

<sup>26</sup> In questi termini M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni*, cit., che però sembrano escludere che sussistano margini di discrezionalità politico-amministrativa; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, cit., p. 690; R. DIPACE, *Sanzioni inflitte dalla Banca di Italia*, cit.; E. GUARNIERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, in *Banca, Impresa e Società*, 3, 2019, p. 574.

<sup>27</sup> Cioè già in base ai criteri di cui all'art. 11, legge 24 novembre 1981 n. 689. Cfr. TAR Lazio, sez. I, Roma, 9 maggio 2011, n. 3934: «l'Autorità compie una ponderazione di interessi pubblici e privati, finalizzata alla scelta della sanzione quantitativamente più proporzionata, che costituisce esercizio di discrezionalità amministrativa».

<sup>28</sup> F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tra-*

e dal TUB presuppongono il compimento di un apprezzamento condotto sulla base di concetti giuridici indeterminati, di natura largamente valoriale – quali quelli di sana e prudente gestione, buon andamento del mercato, gravità ed offensività dell'infrazione<sup>29</sup> – che «assumono determinatezza solo a seguito di una valutazione e ponderazione dell'interesse pubblico sussidiato (la stabilità, il buon funzionamento del mercato) con gli altri interessi determinati nella norma»<sup>30</sup>. Se ne ricava che l'attività affidata alle autorità non si risolve in «una mera interpretazione normativa, quanto piuttosto in discrezionalità amministrativa»<sup>31</sup>.

A tali considerazioni si aggiunge il rilievo per cui le più recenti modifiche legislative hanno messo in discussione anche il principio di doverosità (*i.e.* la vincolatezza nell'*an*) del potere sanzionatorio. Sarebbero state introdotte, infatti, alcune fattispecie che subordinano l'*an* della sanzione a valutazioni di carattere propriamente discrezionale<sup>32</sup> e, in determinati casi, è previsto che le Autorità possano scegliere di adottare un provvedimento ordinario (*i.e.* un ordine di porre termine alle violazioni<sup>33</sup>) in luogo della sanzione amministrativa.

In termini più generali, infine, si sostiene che – a prescindere dalla specifica configurazione ricavabile dalle norme attributive del potere – l'attività di irrogazione delle sanzioni da parte delle Autorità indipendenti è espressione di un

---

*dizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1, 2013, p. 79 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 99-153.

<sup>29</sup> V. E. GUARNERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, cit., p. 575 il quale porta ad esempio l'art. 144-ter, comma 1, lett. a), TUB, ove è previsto che la condotta debba aver inciso «in modo rilevante» sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali, e l'art. 190-bis, comma 1, lett. a), TUF, ove si richiede che la condotta abbia inciso «in modo rilevante» sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali, ovvero abbia provocato un «grave pregiudizio» per la tutela degli investitori o per la trasparenza, l'integrità e il corretto funzionamento del mercato.

<sup>30</sup> In questi termini v. E. BINDI, A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Qual è il rationale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giust. amm.*, 2019, p. 10; A. MAGLIARI, *Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata*, in questa *Rivista*, 1, 2022, pp. 94-95.

<sup>31</sup> V. E. BINDI-A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 10 F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., pp. 128-129. V. altresì W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, cit., p. 33 ss.

<sup>32</sup> Margini di discrezionalità politico-amministrativa sono rinvenuti nelle norme che disciplinano la sanzione amministrativa accessoria della pubblicazione della sanzione (v. artt. 145, comma 3 e 3-bis, TUB e 195-bis, commi 2, 3 e 3-bis, TUF) che rimetterebbero alle Autorità il potere di effettuare valutazioni discrezionali circa le modalità di pubblicazione, nonché circa l'opportunità di «disporre la pubblicazione in forma anonima» ovvero di escludere la pubblicazione. In questi termini v. W. TROISE MANGONI, *La pubblicazione della sanzione irrogata dalla Consob: natura discrezionale della decisione e profili problematici relativi al procedimento sanzionatorio*, in *www.diritto-amministrativo.org*, 2014: «a fronte dell'esigenza di informare gli operatori del settore circa la commissione di un illecito e la conseguente reazione sanzionatoria, implicita alla previsione stessa della pubblicazione, il legislatore individua interessi potenzialmente contrapposti alla predetta esigenza, quali la stabilità dei mercati finanziari e l'eventuale sproporzione della sua portata afflittiva e pregiudizievole nella sfera giuridica del soggetto sanzionato».

<sup>33</sup> Il riferimento è agli artt. 144-bis TUB e 194-bis TUF. Al riguardo v. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 114 secondo il quale sarebbe evidente come anche in questo caso l'irrogazione della sanzione sia subordinata ad una valutazione in ordine alla cura concreta dell'interesse pubblico da parte dell'Autorità precedente.



potere autoritativo che costituisce un momento di perseguimento dell'interesse pubblico<sup>34</sup>.

Ciò perché, si osserva – facendo emergere l'argomento di ordine sistematico – l'attività sanzionatoria non solo è funzionale ma è anche «intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che ne costituisce il momento di effettività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti»<sup>35</sup>.

Vi sarebbe, dunque, un'omogeneità sostanziale e teleologica tale da far considerare la funzione di vigilanza inclusiva del momento sanzionatorio il quale avrebbe come finalità fondamentali «quelle stesse che sono proprie della vigilanza [...]»<sup>36</sup>.

In altre parole, in virtù del *continuum* tra regolazione, vigilanza e funzione sanzionatoria anche quest'ultima assumerebbe carattere autoritativo e discrezionale: la sanzione altro non sarebbe che uno strumento con il quale «le autorità di settore mirano al raggiungimento degli interessi pubblici generali e particolari in vista dei quali sono state istituite»<sup>37</sup>.

Alla luce di questo quadro, secondo una parte della dottrina risulta dimostrato che molte delle posizioni soggettive coinvolte hanno la consistenza di interesse legittimo e che le norme vigenti configurano un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario<sup>38</sup>.

Secondo un'altra posizione, più prudente, l'assetto vigente è sufficiente a giustificare la previsione di una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e rende meno rilevante la questione della qualificazione delle

---

<sup>34</sup> V. W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., p. 300-302 ID., *Le sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, cit., secondo il quale l'attività sanzionatoria altro non sarebbe che «il segmento finale di un articolato complesso di funzioni attribuite alle autorità indipendenti, attraverso le quali esse perseguono interessi pubblici». In termini analoghi v. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit.; p. 139; E. GUARNIERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, cit., p. 572.

<sup>35</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. I, 13 maggio 2003, n. 2533, ove si legge che la potestà sanzionatoria è «intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti». Secondo il giudice amministrativo, data la «diretta inerenza» della potestà sanzionatoria all'attività di vigilanza la loro devoluzione al giudice amministrativo avrebbe risposto a criteri di coerenza sostanziale oltre che ad esigenze di semplificazione e concentrazione della tutela processuale. Negli stessi termini v. altresì TAR Lazio, Roma, 25 gennaio 2005, n. 561, in *Foro amm. Tar*, 2005, p. 114; TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235 in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 369 ss. In dottrina v. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS*, cit., pp. 9-10; A. POLICE-A. DAIDONE, *op. cit.*, p. 689.

<sup>36</sup> Così TAR Lazio, Roma, 25 gennaio 2005, n. 561. Negli stessi termini, in dottrina, v. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com*, 2, 2014, p. 337 ss.; ID., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., secondo il quale «punire altro non sarebbe che un modo (anche) di tutelare (in via di prevenzione) questi interessi pubblici».

<sup>37</sup> Le citazioni sono tratte da W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, cit. Negli stessi termini v. altresì A. MAGLIARI, *Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata*, cit., pp. 88-99.

<sup>38</sup> S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 383-409; E. GUARNIERI, *op. cit.*, pp. 579-580.

single posizioni soggettive coinvolte<sup>39</sup>. Tuttavia, a fronte di un giudice ordinario che svolge un controllo limitato e deferente, la devoluzione della materia alla giurisdizione amministrativa avrebbe il vantaggio di consentire un più incisivo controllo sul potere sanzionatorio affidato alle Autorità, grazie al sindacato di eccesso di potere e ad un giudizio impugnatorio che consentirebbe di far valere la violazione di tutti i principi e le regole che informano, in generale, l'esercizio dell'attività amministrativa di carattere autoritativo<sup>40</sup>.

#### 4. Una diversa prospettiva: dalle norme sui diritti ai caratteri del potere

Ad un attento esame nessuna delle ricostruzioni convince fino in fondo.

La tesi che enfatizza la strumentalità dell'attività sanzionatoria rispetto all'attività di vigilanza finisce per attribuire alla prima i caratteri e le finalità proprie della seconda, facendo così prevalere la «logica amministrativa» sulla «logica sanzionatoria»<sup>41</sup>. Inoltre, l'argomento che insiste sul carattere autoritativo della sanzione, quale strumento per il perseguimento di «beni giuridici di interesse pubblico», prova troppo. Il fatto che la potestà punitiva sia conferita in funzione di tutela di un bene giuridico di rilevanza generale (la vita in caso di omicidio, la trasparenza e correttezza delle negoziazioni in caso di *market abuse*) non basta – di per sé – a dimostrare che il soggetto che esercita il potere debba bilanciare interessi.

D'altra parte, l'orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, seppur condivisibile nel merito, non mette adeguatamente in rilievo che la tesi prospettata si fonda su specifiche basi di ordine costituzionale. In questo modo si espone alla critica di replicare strumentalmente<sup>42</sup> formule tradizionali che

---

<sup>39</sup> W. TROISE MANGONI, *ul. op. cit.*

<sup>40</sup> Cfr. E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca di Italia e Consob: un'anomalia italiana*, cit., p. 280 ss. (spec. pp. 293-296); W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca di Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., p. 293 ss. Secondo gli A. i limiti del sindacato sono dovuti alla ricostruzione del rapporto sostanziale operata dal giudice ordinario: il riconoscimento del carattere vincolato dell'attività sanzionatoria porta la Cassazione a ritenere quale oggetto del giudizio non l'atto sanzionatorio, ma il rapporto obbligatorio sorto in seguito alla commissione dell'illecito, con conseguente impossibilità di dedurre i vizi di legittimità propri del provvedimento amministrativo e, in particolare, il vizio di eccesso di potere. In senso critico sul sindacato svolto dal giudice ordinario v. anche M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 1, 2021, p. 100 ss.

<sup>41</sup> Le espressioni sono di M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 330 ss. che mette in guardia dalla «tentazione di ritenere la sanzione pecuniaria come servente rispetto alla diffida e attratta nell'orbita di quest'ultima, trascurando la sua originaria finalità propriamente punitiva» e osserva che «occorre prendere atto che esiste un problema di coesistenza tra la logica amministrativa antitrust e la logica sanzionatoria antitrust. Sarebbe, di conseguenza, erroneo sia appiattire tutta l'attività antitrust sulla logica sanzionatoria punitiva, sia eliminare la rilevanza della sanzione, valorizzando esclusivamente l'attività amministrativa e arrivando a qualificare il potere sanzionatorio dell'Autorità come potere discrezionale».

<sup>42</sup> Vale a dire principalmente mosso da un intento di difesa, o di "riconquista", dei «territori ritenuti ingiustamente sottratti» al giudice ordinario, così v. A. POLICE-A. DIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, cit., p. 690.

non prendono in considerazione i più recenti mutamenti della normativa di settore.

Ma soprattutto entrambe le ricostruzioni risultano parziali perché pretendono di qualificare il rapporto limitandosi ad esaminare le disposizioni del TUF, del TUB e della normativa generale (legge n. 698/1981) che disciplinano il potere sanzionatorio di Consob e di Banca d'Italia, senza considerare la posizione del destinatario della sanzione, la cui tutela è stata fortemente rafforzata dalla più recente giurisprudenza europea e costituzionale.

È infatti condivisibile l'approccio che per definire la consistenza della posizione giuridica coinvolta va a verificare se l'amministrazione esercita o meno un potere dotato di margini riservati<sup>43</sup>: concernenti ambiti di merito (in casi di discrezionalità politico-amministrativa<sup>44</sup>) ovvero di una riserva di valutazione (in caso di potere di valutazione tecnica<sup>45</sup> o comunque non discrezionale<sup>46</sup>).

---

<sup>43</sup> Come noto, secondo questa ricostruzione, riconducibile ad un autorevole orientamento dottrinale, di potere amministrativo in senso stretto si può parlare soltanto in caso di attività discrezionale; ciò perché, in tal caso, la P.A. definisce con la propria decisione un assetto di interessi non interamente discendente dalla norma e, dunque, produce effetti giuridici innovativi. Al contrario, quando l'attività della pubblica amministrazione è vincolata l'assetto di interessi è già stato definito dalla legge, sicché l'atto della amministrazione appare come momento ricognitivo di una volontà direttamente ricavabile dalle norme che regolano il caso concreto; se ne ricava che la posizione soggettiva del privato è tutelata pienamente dalla legge e quindi ha la consistenza del diritto soggettivo. L'autorevole orientamento risale a E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova, 1983; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 50 ss.; ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, p. 58; ID., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005; ed è stato sviluppato da L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Cedam, Padova, 1996; ID., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 109 ss. Senza poter entrare nel merito dell'ampio dibattito, occorre però segnalare che è ancora molto diffusa in dottrina la tesi contraria secondo la quale anche a fronte di attività vincolata sarebbero configurabili posizioni di interesse legittimo. La tesi si basa su due argomenti principali. Il primo si richiama al criterio dello scopo della norma (su cui recentemente Cons. Stato, ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9), per cui in presenza di un'attività vincolata si avrebbero diritti soggettivi o interessi legittimi a seconda che la norma sia rivolta a tutelare in via primaria e diretta l'interesse privato oppure l'interesse pubblico. La seconda ricostruzione ricorre alla nozione di «costitutività degli effetti», per sostenere che l'atto vincolato è equiparabile al provvedimento discrezionale sotto il profilo del suo carattere necessario ai fini della produzione degli effetti, con la conseguenza che anche rispetto ad esso la posizione del privato sarebbe di interesse legittimo. In questi termini v., per tutti, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Arti grafiche Città di Castello, Perugia, 1979, p. 83; ID., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 432.

<sup>44</sup> Su cui v., per tutti, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 477-495; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; ID., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISSIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 107 ss.

<sup>45</sup> Su cui v. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 191 ss.

<sup>46</sup> V. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995, spec. p. 303 ss. che estende il principio all'attività amministrativa valutativa *tout court*, a prescindere dalla natura tecnica delle questioni coinvolte e dei criteri di giudizio da applicare. Con riferimento al potere sanzionatorio v. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., pp. 403-405: «il criterio fondato sulla discrezionalità amministrativa, per lo meno nelle sue elaborazioni più attente, in realtà finisce con l'attribuire rilievo ad un carattere che non è esclusivo della discrezionalità amministrativa, ma è identificabile anche nel caso delle altre ipotesi di valutazioni riservate all'amministrazione. Tale carattere, infatti, è costituito dalla devoluzione all'amministrazione di un potere di realizzare un assetto di interessi innovativo rispetto a quanto delineato dalla norma attributiva del potere. (...) Quando, nell'esercizio della funzione amministrativa, siano ammesse valutazioni riservate, all'amministrazione non spetta solo il compito di

Tuttavia, va considerato che avere riguardo alle norme attributive del potere non è risolutivo, perché in uno Stato costituzionale di diritto, basato sul principio personalista, occorre considerare anche le disposizioni che prevedono le posizioni soggettive su cui questo incide<sup>47</sup>.

#### 4.1. Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale

In questa prospettiva, la giurisprudenza che ha elaborato la c.d. teoria dei “diritti fondamentali”<sup>48</sup> ha reso evidente che assumono primaria rilevanza le

---

riprodurre e di concretare effetti già tutti astrattamente predeterminati dalla norma, ma spetta anche il compito di stabilire le modalità e le condizioni perché tali aspetti si concretino. (...). In tali casi non sembra possa darsi diritto soggettivo. La posizione di diritto soggettivo può fondatamente riscontrarsi in presenza di una piena definizione della situazione del cittadino ad opera della norma».

<sup>47</sup> Come osservato da C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 142 «il diritto del privato non è l'oggetto su cui cade l'effetto dell'esercizio di un potere pubblico la cui ampiezza è definita a prescindere dalle norme che concernono quel medesimo diritto, ma è un'entità che limita e perciò esclude una parte di quella discrezionalità che pure avrebbe potuto sussistere, se misurata esclusivamente in base alla norma di conferimento del potere all'amministrazione». Sulla ricostruzione dell'ambito e dei caratteri del potere amministrativo a partire dalle norme di riconoscimento dei diritti v. anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano 2007; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Cedam, Padova, 2004. In prospettiva ancora più ampia, per la tesi che sia «l'individuo la base legittimante del potere pubblico» e quindi «il punto logico di partenza» per ricostruire la polarità autorità-libertà posta alla base del diritto amministrativo si veda L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl., Supplemento*, 3, 2016, p. 11 ss.

<sup>48</sup> Si tratta dell'indirizzo giurisprudenziale, inaugurato alla fine degli anni '70 del secolo scorso da alcune sentenze della Cassazione relative al diritto alla salute nella sua proiezione di diritto all'ambiente salubre (Cass. civ., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 764 con nota di A. POSTIGLIONE, *Localizzazione di centrali nucleari e tutela della salute e dell'ambiente*, *ivi*, p. 768 ss.; Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 356 con nota di F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo ad una svolta?*, *ivi*, p. 366 ss) che ha elaborato la c.d. teoria dei diritti fondamentali (c.d. anche “assoluti” o “incomprimibili”) secondo la quale i diritti di rilevanza costituzionale sono dotati di una protezione giuridica rafforzata nei confronti dell'incisione che possa derivare da parte del potere amministrativo, tale per cui devono essere tutelati nella forma del diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria, cui la Costituzione affida la tutela giurisdizionale dei diritti (art. 103 Cost.). L'idea di fondo è che l'incisione del nucleo essenziale del diritto fondamentale da parte dell'amministrazione non possa essere considerato uso di potere in senso proprio (dunque riservato nel merito) pertanto gli atti eventualmente adottati sono pienamente conoscibili dal giudice ordinario (senza i limiti di cui agli artt. 4 e 5 legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E). Nella sua formulazione originaria, la tesi si muoveva nel quadro concettuale allora dominante che faceva applicazione della c.d. teoria della degradazione delle situazioni giuridiche soggettive (da qui la denominazione di “teoria dei diritti indegradabili”) e del c.d. criterio della carenza di potere. Tuttavia, nella evoluzione più recente fa applicazione del criterio della natura vincolata o discrezionale dell'attività. Su tale orientamento, in dottrina, si veda, tra gli altri, A. CORASANITI, *I diritti fondamentali e la ripartizione della giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1981, II, p. 2148 ss.; A. SCHREIBER, *Il riparto di giurisdizione fra degradazione del diritto e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1986, p. 1607; A. DI MAJO, *Giurisdizione esclusiva e diritti soggettivi non inclusi (nota a Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002)*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 651 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, cit., p. 141 ss.; A. TRAVI, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, I, 2009, p. 48 ss.; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, *ivi*, p. 34 ss.; L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti incomprimibili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 483 ss.; A. CARATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 27 ss.; S. ROBERTO, *Diritti fondamentali e tutela amministrativa: tra esigenze di effettività ed esigenze finanziarie*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, f. 1, p. 241 ss., f. 2, p. 50 ss.; e, da ultimo, N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di*

norme di riconoscimento dei diritti della persona contenute in Costituzione e nelle Carte europee<sup>49</sup>.

L'orientamento, seguito dalla giurisprudenza soprattutto ordinaria<sup>50</sup>, infatti, prima ancora che per implicazioni in punto di riparto della giurisdizione<sup>51</sup> si caratterizza per un preciso approccio di ordine sostanziale (non smentito dal Giudice delle leggi<sup>52</sup>): quando l'amministrazione incide su diritti fondamentali

---

un "falso" costituzionale, in *Federalismi.it*, 12, 2020, p. 177 ss.; e i contributi raccolti nel fascicolo 1, 2021 di *Questione Giustizia*, in particolare, E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, p. 202 ss.

<sup>49</sup> La ricostruzione prospettata in tema di diritto alla salute è stata progressivamente estesa ad altri diritti costituzionali. Si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092; Cass. civ., sez. un., 18 novembre 1997, n. 11432 (libertà di coscienza e religione); Cass. civ., sez. un., 27 luglio 2000, n. 9893 (diritto all'ambiente salubre in una fattispecie di realizzazione di un elettrodotto); Cass. sez. lav., 10 marzo 2000, n. 2782, in *Rass. dir. farm.*, 2000, p. 753 (somministrazione di farmaci salva-vita non compresi nel prontuario farmaceutico); Cass., sez. un., 30 maggio 2005, n. 11334 (rimborso di spese per cure mediche sostenute all'estero senza previa autorizzazione amministrativa); Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659 e 13660; 15 giugno 2006, n. 13961 (su diritto al risarcimento del danno); Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461 (sulla domanda di pazienti emodializzati ad usufruire di un parcheggio antistante il centro in cui effettuavano la terapia); Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5402; Cass., sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2867 e 5 dicembre 2011, n. 25925 (sulla domanda di rimborso per cure urgenti effettuate presso una struttura privata in assenza di preventiva autorizzazione da parte del SSN); Cass. civ., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 19393 (in materia di diritto alla protezione umanitaria); Cass. civ., sez. un., 15 febbraio 2011, n. 3670, e 30 marzo 2011, n. 7186 (in materia di diritto a non essere discriminato per motivi di razza); Trib. Roma, 12 dicembre 2020 (sul diritto ex art 3 Cedu dello straniero a non essere trasferito in uno Stato membro che non assicuri idonee condizioni di accoglienza); Cass. sez. un., 15 febbraio 2022, n. 4873 (sul diritto alla salute dei migranti accolti nei Centri di Accoglienza Straordinaria). Per una puntuale analisi dell'evoluzione giurisprudenziale v. G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2012, p. 931 ss. Per una rassegna delle più recenti pronunce v. A. GIUSTI, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, pp. 199-201.

<sup>50</sup> Anche il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, pur prendendo formalmente le distanze da tale teoria, finisce per farne applicazione quando ricorre alla tecnica dell'applicazione diretta delle norme costituzionali per la delimitazione del potere amministrativo. Emblematiche in questo senso sono state le sentenze sul caso Englaro: TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Foro amm. Tar*, 2009, 4, 976 ss.; Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2015, I, 74-95, su cui sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Giuffrè, Milano, 2017; ma si veda, altresì, Cons. Stato sez. III, 3 novembre 2017, n. 5085 che annulla un provvedimento di trasferimento di uno straniero in uno Stato membro che non assicura idonee condizioni di accoglienza, in applicazione del diritto a non essere esposto al pericolo di trattamenti disumani e degradanti ex art 3 Cedu. In dottrina v. A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 49 ss. e i contributi contenuti nella sezione *Giuristi e diritto* del fascicolo n. 2 del 2016 di *Diritto pubblico*.

<sup>51</sup> Secondo la teoria in esame quando la P.A. incide su un diritto fondamentale la giurisdizione rimane radicata in capo al giudice ordinario, giudice naturale dei diritti, salvo non sia prevista un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La Corte costituzionale (sent. 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, p. 435 ss., con nota critica di G. VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*, *ivi*, p. 441), ha affermato, infatti, che nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può conoscere anche della lesione di diritti fondamentali. In senso critico rispetto alle implicazioni della teoria in esame sul riparto della giurisdizione v. F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.; *Id.*, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 ss.; V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 565 ss. (spec. p. 591 ss.); G. MICARI, *I giudici di palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 526 ss.; da ultimo v. N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, *cit.*, p. 177 ss.

<sup>52</sup> La Corte costituzionale (con la sentenza n. 140/2007) ha affermato che non vi è alcun limi-

si applica la norma costituzionale per definire il contenuto della pretesa individuale e – a partire da questa – si delimita l’ambito e la misura del potere riconoscibile all’amministrazione<sup>53</sup>.

Ciò implica il ricorso alle tecniche dell’interpretazione conforme e dell’applicazione diretta della Costituzione; con due implicazioni rilevanti.

La prima è che l’applicazione della norma costituzionale, in quanto fonte di rango superiore, condiziona l’interpretazione delle fonti primarie che conferiscono e disciplinano il potere amministrativo e, in caso di conflitto, la qualificazione giuridica che da queste si faccia discendere è destinata a prevalere<sup>54</sup>.

La seconda riguarda il concetto di «nucleo essenziale», alla cui individuazione ha contribuito anche la Corte costituzionale<sup>55</sup>. Si è dunque chiarito che «nella misura in cui sia coinvolto il nucleo essenziale, direttamente tutelato dalla Costituzione, l’azione dell’amministrazione (come ancor prima quello del legislatore ordinario) difetta *ab origine* di discrezionalità e l’attività esercitata si prospetta come vincolata. Ciò poiché all’amministrazione (come al legislatore) non può essere riconosciuto il potere di comprimerlo ed anzi questa è tenuta a fare quanto necessario, di volta in volta, per garantirne la tutela». Cosicché la pretesa soggettiva riconducibile al nucleo essenziale si configura sempre come una posizione di diritto soggettivo pieno, in quanto direttamente e pienamente tutelata (già) a livello costituzionale<sup>56</sup>.

---

te costituzionale che precluda l’attribuzione al giudice amministrativo di controversie che coinvolgono diritti fondamentali, ma non ha mai smentito il tipo di ricostruzione del diritto sostanziale che questa teoria sottende. Anzi nell’ammettere (con la sent. 27 gennaio 2010, n. 35) che la giurisdizione esclusiva può avere ad oggetto anche solo diritti soggettivi sembra indirettamente confermarlo. Sulla sentenza n. 35/2010 v. F. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 1, 2010, p. 439 ss.

<sup>53</sup> Com’è stato osservato, da C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. Giust.*, 1, 2009, p. 49, si tratta del «medesimo schema che la giurisprudenza ha applicato alla responsabilità precontrattuale (il potere di revocare la determinazione di indire una gara contrattuale non esclude la responsabilità precontrattuale ai sensi dell’art. 1337 c.c.) e che nessuno pare contestare (altrimenti si cancellerebbe, per l’amministrazione, l’art. 2043 c.c.)», la differenza è che nel caso dei c.d. «diritti fondamentali» la giurisprudenza parte dalle norme costituzionali imprecise, definendo in via interpretativa il contenuto costituzionalmente necessitato e tale da escludere – per quella parte – una riserva di potere.

<sup>54</sup> L’applicazione della norma costituzionale, quale fonte gerarchicamente “prevalente” sulla norma di conferimento del potere, può condurre a configurare in termini di diritto soggettivo pieno la situazione soggettiva dedotta in giudizio pur a fronte di poteri amministrativi in astratto discrezionali. Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubb.*, 2, 2012, p. 681 ss.

<sup>55</sup> Nell’ambito di un’ampia giurisprudenza costituzionale, particolare rilievo hanno avuto le pronunce sul diritto all’integrazione scolastica degli studenti disabili che – anche in tempi di crisi economica e di vincoli di bilancio – ha confermato che il nucleo essenziale del diritto non ammette compressioni per effetto del bilanciamento con altre istanze di matrice economica o organizzativa: Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80; Corte cost., 4 luglio 2008, n. 251; 22 giugno 2000, n. 226, n. 19 ottobre 2016, n. 275. Nello stesso senso v. Corte cost., 5 aprile 2013, n. 62; 15 gennaio 2010, n. 10, relative alle disposizioni disciplinanti la c.d. carta acquisiti; Corte cost., 23 maggio 2008, n. 166, e 21 marzo 2007, n. 94, sugli interventi per la riduzione del disagio abitativo; Corte cost., 21 marzo 2017, n. 167 in tema di prestazioni sanitarie e tagli alla spesa sanitaria.

<sup>56</sup> Cfr. Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461, cit., ove si afferma che «in relazione al bene-salute, come degli altri diritti di rilevanza costituzionale che hanno una stretta inerente ai valori primari della persona, è individuabile “un nucleo essenziale”, che configura un diritto soggettivo “assoluto e primario”, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura». Sul punto in dottrina v. anche G. D’AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, cit., pp. 943-947.

Quanto considerato non implica che l'amministrazione non possa incidere, limitare ovvero che debba sempre soddisfare tali situazioni soggettive; significa piuttosto che le norme di conferimento del potere devono essere interpretate in stretta aderenza al quadro costituzionale ed europeo.

Non si tratta, dunque, di riconoscere «diritti “senza potere”»<sup>57</sup>, ma di assicurare che pretese relative a beni primari della persona<sup>58</sup> siano – se del caso – limitate e bilanciate da un potere pienamente soggetto agli obblighi ricavabili dalle fonti di rango superiore.

Naturalmente, poiché le posizioni giuridiche non sono protette tutte nelle medesime forme e con la stessa intensità, l'esito dell'operazione interpretativa sarà diversa a seconda delle disposizioni che di volta in volta vengono in rilievo.

Tuttavia, per quanto qui direttamente interessa, l'evoluzione giurisprudenziale sulle sanzioni amministrative “punitive”<sup>59</sup> conferma che tale ricostruzione è pienamente applicabile nel settore in esame.

## 5. Diritti fondamentali dell'incolpato e attività sanzionatoria: la rilevanza della giurisprudenza CEDU e costituzionale sulle sanzioni “punitive”

Come noto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla sentenza *Engel and others v. the Netherland*, riconosce la necessità di applicare le garanzie convenzionali della materia penale anche alle misure sanzionatorie amministrative che risultino equiparabili a delle vere e proprie pene per funzioni perseguite e grado di afflittività<sup>60</sup>. La conseguenza è

---

<sup>57</sup> L'espressione è di N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., p. 181.

<sup>58</sup> L'individuazione non può che essere rimessa alla giurisprudenza delle Corti superiori. Tuttavia, se si considerano i casi in cui la teoria è applicata (cfr. *supra* note nn. 48, 49 e 50), emerge che si tratta di posizioni soggettive di natura non patrimoniale che hanno una stretta inerente ai valori primari della persona e a cui le disposizioni della Costituzione e/o delle Carte europee riservano una protezione particolarmente intensa.

<sup>59</sup> Sul tema, nell'ambito della dottrina amministrativa, v., tra gli altri, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni, tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 165-215; S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., pp. 39-68; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 49-76; e, più di recente, D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative ‘punitive’ tra diritto costituzionale ed europeo*, in questa *Rivista*, 1, 2022, p. 47 ss.

<sup>60</sup> Nella 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; 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 confer-

che, ove si ravvisi la natura sostanzialmente penale secondo i criteri Engel (come avvenuto per talune delle sanzioni in materia bancaria e creditizia<sup>61</sup>) devono essere applicate le garanzie previste dagli art. 6 e 7 della CEDU.

D'altra parte, più di recente e non senza alcune incertezze, la Corte costituzionale ha esteso al diritto amministrativo sanzionatorio alcune fondamentali garanzie della materia penale<sup>62</sup>; e facendo propria l'impostazione della Corte di Strasburgo, ha affermato che «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», quale principio desumibile dall'art. 25 della Costituzione<sup>63</sup>.

L'aspetto particolarmente significativo degli ultimi sviluppi è la tendenza all'integrazione dei parametri costituzionali con quelli delle Carte europee. Le garanzie costituzionali e convenzionali concorrono, dunque, alla definizione dei limiti dei poteri pubblici, in linea con l'idea per cui «la missione essenziale dei diritti fondamentali è quella di fissare altrettanti limiti invalicabili all'azione dei poteri dello Stato (legislativo, amministrativo, giudiziario), in nome della tu-

---

mati da molte 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*.

<sup>61</sup> Per un quadro d'insieme sulla giurisprudenza relativa alle sanzioni irrogate da Consob e da Banca d'Italia v. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca di Italia. Procedimenti e doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>62</sup> In molteplici occasioni la Corte costituzionale ha ritenuto che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione si debbano estendere alle sanzioni amministrative sostanzialmente "punitive" secondo i criteri *Engel*. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze 5 dicembre 2018, n. 223; 7 aprile 2017, n. 68; 16 dicembre 2016, n. 276; 18 aprile 2014, n. 104; 4 giugno 2010, n. 196), della sufficiente precisione del precetto sanzionatorio (sentenze 13 giugno 2018, n. 121 e 3 luglio 1967, n. 78), nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (sentenza 21 marzo 2019, n. 63). Inoltre, con la sentenza 10 maggio 2019, n. 112 la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58/1998 (sia nel testo originario che nella versione introdotta ex art. 4, comma 14, del d.lgs. n. 107/2018), nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto, per violazione del principio di proporzionalità della sanzione ricavabile dagli art. 3 in combinato disposto con l'art. 42 Cost. Infine, dopo aver sollevato (con ord. 10 maggio 2019, n. 117) un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (che si è pronunciata con sentenza della Grande Sezione, 2 febbraio 2022, C-481/19 DB c. *Consob*) con la sentenza 13 aprile 2021, n. 84 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo – per violazione degli artt. 24, 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, par. 3, lett. g), PIDCP, nonché agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE – l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, (nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della legge n. 62 del 2005), nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

<sup>63</sup> Fondamentale in questa prospettiva è stata la pronuncia 4 giugno 2010, n. 196 (con nota di A. 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.) con cui la Corte costituzionale ha ricondotto il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative sotto l'egida dell'art. 25 Costituzione. In particolare, ha affermato che il principio formatosi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, secondo il quale «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» è desumibile già dal testo dell'art. 25, comma 2, Costituzione. Il principio è stato confermato nelle sentenze 18 aprile 2014, n. 104, 16 dicembre 2016, n. 276, 7 aprile 2017, n. 68, 5 dicembre 2018, n. 223.



tela di un nucleo centrale di interessi della persona stessa, riconosciuti come non disponibili da parte della collettività»<sup>64</sup>.

Ebbene, questa giurisprudenza contribuisce a rendere evidente che il potere punitivo – quale che ne sia il soggetto titolare – deve essere esercitato nel rispetto del ‘bagaglio’ di diritti fondamentali che la Costituzione e le Carte europee riconoscono all’individuo: il diritto a essere punito solo per fatti pre-determinati in modo sufficientemente certo<sup>65</sup> così da assicurare la prevedibilità della reazione sanzionatoria<sup>66</sup>, il diritto di difendersi mediante un contraddittorio pieno e paritario<sup>67</sup>, davanti ad un soggetto funzionalmente distinto da chi ha istruito l’accusa; il diritto di non essere ‘processato’<sup>68</sup> e punito due volte per il medesimo fatto<sup>69</sup>; il diritto di non contribuire alla propria incriminazione<sup>70</sup> e di

---

<sup>64</sup> F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 481 ss.

<sup>65</sup> Riconosciuto dagli art. 25 Cost. e 7 CEDU. V. Corte cost. sentenze n. 121/2018 e n. 78/1967. F. VIGANÒ, *Il Nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017; M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività, determinatezza e prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 4, 2017; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria amministrativa: gli obblighi discendenti dall’art. 7 CEDU*, in *Foro amm.*, 4, 2013, p. 1228 ss.

<sup>66</sup> Il principio di determinatezza delle norme sanzionatorie che secondo Corte cost. sentenza n. 327 del 2008 è volto a permettere «al destinatario della norma penale di apprezzare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» è stato esteso anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali da Corte cost., sent. n. 121/2018. In dottrina v. A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 627 ss.

<sup>67</sup> Riconosciuto per le sanzioni sostanzialmente penali dagli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE (v. sul punto Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ove si afferma che l’art. 6 Cedu è applicabile già nel procedimento amministrativo. Sul tema v., tra i molti, M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 11, p. 1053 ss.; *Id.*, *L’art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e amministrazione*, 2, 2018, p. 25 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l’equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1196 ss.; A. CLINI, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e “giusto” sindacato giurisdizionale*, in *Persona e amministrazione*, 2, 2018, p. 75 ss.; A. CARBONE, *L’art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all’interno degli Stati europei*, in *DPC online*, 3, 2019, pp. 2146-2149. Per le sanzioni amministrative in senso stretto (anche se prive di sostanza penale secondo i criteri *Engels*) tale diritto è riconosciuto dagli art. 24 Cost. in aderenza al quale deve essere interpretata la disciplina sanzionatoria generale (art. 18 legge n. 689/1981) e di settore (l’art. 24 legge n. 262/2005, e gli artt. 187-*septies* e 195 del TUF). Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella “confusione” fra vigilanza e sanzione*, in *Riv. trim. dir. dell’economia*, 2, 2020, p. 185 ss. Sul punto si segnala anche l’importante pronuncia Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521 che, modificando parzialmente l’orientamento finora consolidato, afferma la necessità che già in sede procedimentale sia garantito «il nucleo irriducibile di garanzie del contraddittorio, consistente nella contestazione dell’addebito e nella valutazione delle controdeduzioni dell’interessato, la cui violazione impone di per sé l’annullamento del provvedimento sanzionatorio illegittimamente emesso».

<sup>68</sup> Come osserva L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno sui 40 anni della legge istitutiva della Consob. *Dal controllo della trasparenza dell’informazione al presidio della governance*, Milano, 29 e 30 ottobre 2014, p. 3 (reperibile all’indirizzo <https://www.irpa.eu/il-potere-sanzionatorio-della-consob-dinanzi-alle-corti-europee-e-nazionali>), cit., p. 6: «È il diritto di non essere sottoposto due volte a giudizio, prima ancora del diritto di non essere punito due volte, che deriva direttamente dal principio del *ne bis in idem*».

<sup>69</sup> Le Corti europee sono allineate su un’interpretazione sostanziale del principio, tale per cui con riferimento ai medesimi fatti possono essere irrogate due diverse sanzioni ad esito di diversi procedimenti purché siano rispettate certe condizioni: le sanzioni perseguono diverse finalità ed abbiano ad oggetto profili diversi della medesima condotta, vi sia una stretta connessione tem-

essere incriminato solo per fatti compiuti 'personalmente'<sup>71</sup> e considerati illeciti al momento della loro commissione<sup>72</sup>; in ultimo il diritto ad una pena proporzionata<sup>73</sup>.

A fronte della funzione sanzionatoria, dunque, non vengono in rilievo soltanto l'integrità della sfera patrimoniale, l'onorabilità professionale o la libertà di esercizio dell'attività economica del sanzionando, ma ancor prima alcune pretese a che il potere sia esercitato nel rispetto di determinati vincoli e garanzie.

In questo modo – come vedremo – questa giurisprudenza ha fatto emergere come i principi costituzionali che la miglior dottrina ritiene applicabili alle sanzioni amministrative in senso tecnico (*i.e.* non aventi finalità ripristinatorie o risarcitorie, ma propriamente punitive<sup>74</sup>) rilevano in termini di diritti fondamentali della persona<sup>75</sup>.

---

porale e un coordinamento probatorio tra i due procedimenti, la sanzione comminata nel primo procedimento sia tenuta in considerazione ai fini dell'applicazione della seconda in modo tale che sia rispettata la proporzionalità della pena complessivamente irrogata. Cfr. Cedu, Grande sezione, sent. A e b. c. *Norvegia*, 15 novembre 2016; CGUE, Grande sezione, 20 marzo 2018, in causa C-524/15-C537/16-C596/16. Sul tema, tra gli altri, E. DESANA, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 1, 2019, p. 348 ss.; F. 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, p. 208 ss.; ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?* in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2014, p. 219 ss.; S. STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Giur. dir. amm.*, 2018, 6, pp. 748-756.

<sup>70</sup> Che la giurisprudenza più recente (Corte cost., ord. n. 117/2019, Corte di Giustizia, (Grande Sezione), 2 febbraio 2021 C-481/19 *DB c. Consob*, Corte cost. sent. 84 del 2021) ha affermato debba essere tutelato non solo nell'ambito del procedimento sanzionatorio, ma anche nei procedimenti di vigilanza prodromici all'accertamento di illeciti puniti con sanzioni sostanzialmente penali. In dottrina, tra gli altri, v. G. CANESCHI, *'Nemo tenetur se detegere' anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cassazione penale*, 2, 2020, p. 579 ss.; D. CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *Federalismi.it*, 22, 2021.

<sup>71</sup> Il principio della responsabilità personale è previsto dagli artt. 2 e 3 della legge n. 689/1981 per le sanzioni in senso stretto e la giurisprudenza ne ha esteso l'applicazione anche a provvedimenti autoritativi ritenuti di elevato carattere afflittivo secondo i criteri Engels (in particolare la confisca urbanistica): cfr. Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri contro Italia*, Corte cost. sentenze n. 239/2009, n. 85/2008.

<sup>72</sup> Cfr. in questo senso le citate sentenze n. 196/2010, n. 104/2014, n. 276/2016, n. 68/2017, n. 121 e n. 223/2018 della Corte costituzionale. Sulla retroattività delle modifiche sanzionatorie in *mitius v.* sentenza n. 63/2019, su cui v. E. BINDI-A. PISENSCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22, 2019.

<sup>73</sup> Cfr. Corte cost. 112/2019 su cui v. M. BALDARI, *Un nuovo statuto costituzionale e convenzionale delle sanzioni amministrative?*, in *www.giustamm.it*, 3, 2020.

<sup>74</sup> Sulla distinzione tra sanzioni amministrative in senso tecnico e sanzioni amministrative in senso ampio v. V. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., § 3; M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992. Più di recente v. R. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in M. ALLENA-S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 3, 2013, p. 19; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., pp. 32-34, 71-73; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., pp. 39-68. G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, cit., pp. 49-76.

<sup>75</sup> V. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, cit. p. 492 «in una prospettiva di tutela integrata» quel che rileva è se una «disposizione sia o meno compatibile con il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* nella sua dimensio-

Ciò consente di individuare ulteriori e decisivi argomenti per confutare la correttezza di alcune delle ricostruzioni esaminate.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, l'applicazione delle norme sui diritti del sanzionando nel processo di qualificazione dell'attività sanzionatoria porta a riconoscerne il carattere non discrezionale e, più in generale, non riservato; conseguentemente rende necessitato un certo tipo di sindacato giurisdizionale.

## 6. Diritto alla predeterminazione e determinatezza della fattispecie di illecito e inesistenza di discrezionalità amministrativa nella determinazione della sanzione

Come osservato, una parte della dottrina (§ 3) sostiene che il carattere discrezionale e autoritativo del potere di determinazione della sanzione sarebbe dimostrato da un dato di ordine sistematico – la strumentalità della funzione sanzionatoria rispetto a quella di vigilanza – alla luce del quale vengono (ri)letti i criteri normativi previsti dal diritto sanzionatorio generale (legge n. 689/1981) e speciale (le singole disposizioni del TUB e del TUF).

Tuttavia, l'interpretazione del quadro normativo di riferimento alla luce della ricostruzione proposta porta conferme di segno contrario.

Autorevole dottrina ha dimostrato che l'assenza di margini di discrezionalità amministrativa, in entrambe le componenti strutturali dell'*an* e del *quantum* della pretesa sanzionatoria, è esigenza che deriva dai principi costituzionali di imparzialità e di legalità (artt. 23 e 97 Cost.<sup>76</sup>) che oggi la Corte costituzionale riconduce all'art. 25 della Costituzione<sup>77</sup>.

Ebbene, se si guarda alla garanzia posta dalle citate norme costituzionali dal punto di vista delle situazioni soggettive del destinatario dell'attività, emerge che la vincolatezza nell'*an* tutela il diritto a «trattamenti eguali a parità di (pre)condizioni ("chiunque trasgredisce deve essere punito")»<sup>78</sup>, escludendo risposte sanzionatorie differenziate fondate su valutazioni di opportunità.

D'altra parte, la determinatezza e predeterminazione dell'illecito e la natura fattuale dei criteri di commisurazione della sanzione tutelano, invece, la pretesa ad essere puniti solo per fatti definiti in modo sufficientemente certo<sup>79</sup> e in via preventiva rispetto al momento della irrogazione della sanzione.

Per tale ragione è la legge a dover svolgere il giudizio di prevalenza degli

---

ne di diritto fondamentale della persona, riconosciuto assieme a livello costituzionale e sovranazionale».

<sup>76</sup> V. E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, cit., p. 139 che, richiamando l'art. 23 Cost., affermava che l'esistenza della riserva di legge (seppur relativa) impone che sia la legge a determinare i presupposti applicativi della sanzione, pertanto «non può, in proposito, restare spazio per valutazioni discrezionali».

<sup>77</sup> Cfr. Corte cost. n. 78/1967, n. 196/2010, n. 104/2014, nn. 121 e 223 del 2018.

<sup>78</sup> C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), cit., pp. 374-375.

<sup>79</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2017, n. 5420: «Nel caso di sanzioni punitive (...) la contestazione dell'intimato si risolve nel dedurre il proprio diritto soggettivo a non subire l'imposizione di prestazioni patrimoniali fuori dei casi espressamente previsti dalla legge»; Cass. civ., sez. un., ord. 31 maggio 2016, n. 11388 «La situazione giuridica di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge, ha consistenza di diritto soggettivo». In termini v. TAR Lazio, II, Roma, 5 marzo 2018, n. 2058; TAR Lazio, II, Roma, 4 gennaio 2109, n. 127; Cass. civ., sez. un., 29 novembre 2007, n. 24816.

interessi, mentre l'attività di applicazione svolta dall'autorità amministrativa si esaurisce nell'accertamento del profilo oggettivo e soggettivo della violazione<sup>80</sup>; e in questo senso è qualificabile come vincolata.

Va precisato, infatti, che con il termine "attività vincolata" non si intende "determinata in ogni suo aspetto dalla legge", perché al contrario deve avere margini valutativi, altrimenti sarebbe violato il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria<sup>81</sup>. La determinazione della sanzione è frutto di un'attività vincolata nel senso di *interamente soggetta ai vincoli provenienti dalle norme* che regolano la fattispecie e di cui l'amministrazione deve (soltanto) accertare la sussistenza in concreto<sup>82</sup>.

Non pare corretto dunque sostenere, con specifico riferimento al potere sanzionatorio<sup>83</sup>, che la tipicità del potere sia compatibile con la discrezionalità<sup>84</sup>.

Al contrario i diritti alla *imparzialità della risposta sanzionatoria* e alla *prede-terminazione e determinatezza* della fattispecie di illecito escludono che l'individuo possa essere punito in base a valutazioni di opportunità operate dal titolare del potere, proprio nel momento in cui determina la sanzione.

Pertanto, l'interesse pubblico protetto dalla norma che configura l'illecito non può costituire l'oggetto di una ponderazione con gli altri interessi pubblici coinvolti né con gli interessi dell'incolpato, ma esaurisce la sua rilevanza sul piano del giudizio di offensività della condotta<sup>85</sup>, venendo in rilievo soltanto «come uno degli indici fattuali di commisurazione»<sup>86</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, cit., p. 250 ss.; Id., *Sanzioni amministrative*, cit., § 13.

<sup>81</sup> Né la soggezione al principio di proporzionalità dell'attività sanzionatoria può essere considerato di per sé un indice della sua natura discrezionale (così S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 261-269), posto che tutta l'attività amministrativa, a prescindere dalla sua natura (pubblica o privata) e dal suo carattere (discrezionale, vincolato, tecnico) è soggetta al rispetto dei principi generali, di fonte nazionale ed europea.

<sup>82</sup> In termini simili v. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, cit., p. 79 che sostiene il carattere non discrezionale dell'attività sanzionatoria e la natura non provvedimentale della sanzione che riconduce alla tipologia della «decisione amministrativa», comprensiva degli «atti amministrativi, a carattere non dispositivo, bensì dichiarativo, aventi la funzione di accertare i presupposti e le conseguenze previsti dalla legge come reazione alla violazione di un precetto, accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto».

<sup>83</sup> Che non può essere equiparato agli altri poteri ablatori di cui è titolare l'amministrazione proprio in ragione della finalità propriamente punitivo-afflittiva che lo caratterizza.

<sup>84</sup> S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 107; F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., spec. § 7.

<sup>85</sup> V. P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 55 ss: «in tale contesto, vi è da chiedersi se il rilievo giuridico dell'eventuale interesse pubblico coinvolto nell'esercizio del potere sanzionatorio non si esaurisca sul piano del giudizio di offensività della condotta, senza necessità di dover ipotizzare una discrezionalità amministrativa».

<sup>86</sup> V. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzione amministrativa*, cit., p. 370: «gli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione (i cosiddetti interessi "sussidiati" dalla funzione sanzionatoria) possono incidere sulla commisurazione della sanzione. Essi quindi non possono dirsi estranei all'esercizio della funzione sanzionatoria, tant'è vero che la loro rappresentazione da parte dell'autorità amministrativa può costituire un elemento significativo per la determinazione del *quantum* della sanzione. Ma, in primo luogo, il rilievo riconosciuto a questi interessi va rigorosamente circoscritto alla valutazione della "gravità" della violazione; in secondo luogo, l'incidenza di questi interessi si risolve solo nella determinazione dell'entità della lesione o della messa in pericolo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento 'libero', finalizzato alla migliore realizzazione degli stessi interessi».

In questo senso si può sostenere che sono i diritti fondamentali della persona incolpata (*i.e.* le norme costituzionali che li riconoscono) ad imporre che il potere punitivo, anche quando esercitato dall'amministrazione, sia espressione di un potere di valutazione diverso dalla discrezionalità: non implicante ponderazione di interessi e pienamente soggetto ai vincoli normativi; per questo assimilabile alla discrezionalità giudiziale<sup>87</sup>.

## 7. *Segue. La necessaria lettura delle norme attributive del potere*

Se questa ricostruzione è corretta, come pare, sono le medesime garanzie costituzionali a rendere necessario che le fattispecie sanzionatorie siano configurate dal legislatore, e interpretate da chi è tenuto ad applicarle (amministrazione e giudice), in modo tale da escludere profili di discrezionalità politico-amministrativa.

Del resto, questa lettura è pienamente applicabile alle norme che prevedono i poteri di accertamento dei presupposti dell'illecito e di commisurazione della sanzione di Consob e di Banca d'Italia.

Le fattispecie disciplinate dal TUF e dal TUB contengono concetti giuridici indeterminati, la cui integrazione presuppone l'applicazione di criteri di ordine tecnico ("sana e prudente gestione", "abuso di informazioni privilegiate" etc.).

Si tratta dunque di valutazioni complesse che quand'anche opinabili sono sostanzialmente diverse dagli apprezzamenti politico-discrezionali, perché non attengono a interessi, ma a fatti da valutare con l'applicazione di specifiche regole tecnico-scientifiche<sup>88</sup>.

Com'è stato chiarito dalla dottrina, e confermato dalla più recente giurisprudenza<sup>89</sup>, esse implicano un duplice passaggio: in primo luogo la «con-

---

<sup>87</sup> Non pare condivisibile la tesi (di F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., spec. p. 128 ss) secondo la quale anche la discrezionalità giudiziale sarebbe equiparabile alla discrezionalità amministrativa in quanto attività di scelta finalizzata alla cura di un interesse pubblico diverso dal mero ristabilimento della giustizia obiettiva dell'ordinamento. Il dato decisivo, nel quadro costituzionale vigente, è che il giudice è un soggetto in posizione di indipendenza funzionale (*i.e.* sottoposto soltanto alla legge, ex art. 102 Cost.) non ha quindi autonoma legittimazione per compiere giudizi di valore 'liberi' dalla legge né è ammesso un indirizzo politico che possa condurlo a privilegiare determinati interessi pubblici. Sul punto v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 741-743, 752-755 e ancora più puntualmente v. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 745 ss., spec. 749 ss., ove si ricollega la discrezionalità giudiziale proprio al principio costituzionale della soggezione del giudice (soltanto) alla legge.

<sup>88</sup> Su cui v. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 130 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1065. Di recente v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, spec. pp. 67-87 e 197-204, secondo il quale la natura tecnica delle funzioni di regolazione e di vigilanza dei mercati affidati alle Autorità indipendenti è un obbligo, imposto dalle fonti costituzionali ed europee, che trova la sua *ratio* proprio nel carattere indipendente delle stesse.

<sup>89</sup> La giurisprudenza del giudice amministrativo ammette un sindacato sempre più penetrante sulle valutazioni tecniche presupposte nell'attività sanzionatoria dell'AGCM. Cfr., da ultimo, Cons. Stato, 19 luglio 2019, n. 4990 che ha introdotto il criterio della c.d. «maggiore attendibilità» su cui M. COLANGELO, *Antitrust, regolazione ed incertezza scientifica: riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato nel caso Avastin-Lucentis*, in questa *Rivista*, 1, 2019, p.

cretizzazione della norma» ovvero «l'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati (...), mediante un'attività di (...), di specificazione della norma che tenga conto del caso concreto al quale deve applicarsi». In secondo luogo, la valutazione dei dati di fatto alla luce dei parametri tecnici ricavabili – in questo caso – dalle scienze economiche. In nessuna delle operazioni vengono però in rilievo apprezzamenti di interessi<sup>90</sup>.

Allo stesso modo se si va a considerare i «criteri elastici» individuati dall'art. 11 legge n. 689/1981 e dalle disposizioni del TUF e del TUB – che secondo la dottrina dimostrerebbero la natura discrezionale del potere –, si rileva che essi individuano elementi di qualificazione delle condotte illecite, sotto il profilo oggettivo<sup>91</sup> e soggettivo<sup>92</sup>, solo alcuni dei quali valutabili mediante l'applicazione di parametri tecnici<sup>93</sup>; dunque criteri concernenti profili di fatto<sup>94</sup>.

Conclusioni non dissimili, infine, valgono anche rispetto alle deroghe al principio di obbligatorietà della risposta sanzionatoria (*i.e.* di vincolatezza nell'*an* del relativo potere) introdotte dalle alcune recenti riforme, il cui esempio più evidente è l'istituto del c.d. *cease and desist order* che consente alle Autorità di impartire un provvedimento ordinatorio in luogo della sanzione, in caso di infrazioni connotate da «scarsa offensività o pericolosità»<sup>95</sup>.

---

195 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2021, p. 335 ss. Si veda anche la casistica esaminata dal documento elaborato dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, cit. Sul sindacato sulle valutazioni tecniche, tra i molti, V. F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., p. 112; A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giur. econ.*, 2, 2002, p. 425 ss.; ID., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 715 ss.; S. TORRICELLI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in ELISENDA MALARET GARCIA, *Autonomía administrativa decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thompson Reuters, 2019, pp. 1-30.

<sup>90</sup> In questo senso F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 257 ss. (spec. § 4); F.G. SCOCA-F. DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, Donzelli, Roma, 2007, p. 21.

<sup>91</sup> Cfr. l'art. 194-bis TUF, lett. a) gravità e durata della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile. V. gli analoghi criteri previsti dall'art. 144-quater, lett. a) d), e), del TUB.

<sup>92</sup> Cfr. l'art. 194-bis TUF lett. b) grado di responsabilità; c) capacità finanziaria del responsabile della violazione; f) livello di cooperazione del responsabile della violazione con la Banca d'Italia o la Consob; g) precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto; h-bis) misure adottate dal responsabile della violazione, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi. V. gli analoghi criteri previsti dall'art. 144-quater, lett. a) f) g), del TUB.

<sup>93</sup> Cfr. l'art. 194-bis, comma 2, TUF lett. g-bis) la criticità dell'indice di riferimento per la stabilità finanziaria; h) potenziali conseguenze sistemiche della violazione; e l'art. 144-quater, lett. h), del TUB.

<sup>94</sup> In questi termini si veda F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, cit., p. 847 ss. l'adozione e la misura dei provvedimenti sanzionatori «non sono correlati con l'apprezzamento di interessi pubblici ma di ben altri fattori (gravità della violazione, grado della responsabilità, circostanze aggravanti o diminuenti, ed anche, se si vuole, equità)».

<sup>95</sup> Cfr. gli 144-bis TUB e 194-quater TUF e la modifica dell'art. 187-ter.1 da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 che al comma 9 stabilisce che «Quando le infrazioni sono connotate da scarsa offensività o pericolosità, in luogo delle sanzioni pecuniarie previste dal presente articolo,

Anche in questo caso, la scelta del se irrogare la sanzione non è subordinata ad un apprezzamento propriamente discrezionale, ma alla valutazione del grado di riprovevolezza del comportamento illecito. Ciò presuppone di valutare l'intensità della lesione inferta agli interessi pubblici tutelati e di stabilire quale sia la soluzione (tra l'ordine di desistere e l'irrogazione della sanzione) che meglio ne garantisca la salvaguardia, anche nella prospettiva di una maggiore adeguatezza e proporzionalità dell'intervento di vigilanza, ma non richiede un bilanciamento che tenga conto anche degli interessi del sanzionando.

## 8. L'assenza di profili riservati nelle valutazioni (tecniche e “punitive”) con cui si svolge l'attività sanzionatoria

Con quanto finora considerato si è cercato di dimostrare che i diritti fondamentali su cui incide la funzione sanzionatoria (in particolare i diritti alla *imparzialità della risposta sanzionatoria* e alla *predeterminazione e determinatezza* della fattispecie di illecito) impongono che l'attività che ne costituisce esercizio si espliciti mediante valutazioni tecniche complesse – per quanto riguarda l'accertamento dei presupposti – e in attività valutative di carattere “punitivo” – per quanto attiene alla determinazione e alla commisurazione della sanzione.

Si potrebbe però obiettare che, seppur non discrezionali, si tratti comunque di attività di competenza esclusiva dell'amministrazione, perciò espressione di un potere in senso proprio a fronte del quale sono riconoscibili interessi legittimi e il sindacato del giudice trova il limite della c.d. riserva di valutazione.

Tuttavia, come dimostrato in dottrina, non ogni potere di valutazione, ancorché avente ad oggetto fatti tecnicamente complessi, è riservato in quanto tale; occorre invece considerare se ciò sia ammissibile alla luce del quadro normativo nel suo complesso, comprensivo delle norme di riconoscimento delle posizioni soggettive su cui il potere incide<sup>96</sup>.

Ecco dunque che anche sotto questo profilo, assume uno specifico rilievo l'indirizzo giurisprudenziale prima richiamato (§ 4.1.).

Infatti – come ricordato – la “portata sostanziale” della teoria dei diritti fondamentali conduce a definire l'ambito e la misura del potere riconoscibile all'amministrazione a partire dalla norma costituzionale sul diritto. La conseguenza è che se un determinato diritto è protetto in modo “assoluto” dalla Costituzione (e/o dalle Carte europee), si deve concludere che rispetto ad esso non è possibile configurare poteri amministrativi riservati. Ovvero, più precisamente, che per la parte concernente il contenuto essenziale, nei limiti definiti in via interpretativa, la “riserva di persona” (posta dalla norma di riconoscimento del diritto) esclude che possa esservi una riserva di potere: non sarà configurabile merito né riserve di amministrazione in caso di attività valutative.

Ebbene, come considerato (§ 5), nella materia in esame la recente giurisprudenza sulle sanzioni amministrative “punitive” conferma senz'altro il carat-

---

la Consob, (...) può applicare misure inibitorie e ordinatorie (ordine di eliminare le infrazioni contestate) o una dichiarazione pubblica avente ad oggetto la violazione commessa una volta che è cessata».

<sup>96</sup> V. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 226 ss. ID, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, cit., p. 142.

tere “assoluto” (nel significato appena precisato) dei diritti alla *imparzialità della risposta sanzionatoria* e alla *predeterminazione e determinatezza* della fattispecie di illecito, tanto che le relative norme costituzionali (e convenzionali) sono utilizzate come parametro per la conformazione della potestà sanzionatoria in via prioritaria rispetto alle qualificazioni ricavabili dalla disciplina ordinaria, di fonte nazionale ed europea<sup>97</sup>.

Dunque, se questa ricostruzione è corretta – come pare – si può sostenere che la protezione riconosciuta alle posizioni soggettive in esame è tale da escludere che i poteri di valutazione (tecnica e punitiva), esercitati dalle Autorità nell'accertamento dei presupposti dell'illecito e nella irrogazione della sanzione, possano essere riservati.

## 9. Le conseguenze in termini di sindacato giurisdizionale. La *ratio* della giurisdizione “piena” e “sostitutiva” in materia di sanzioni

Tali conclusioni consentono di replicare anche gli argomenti usati dalla dottrina per sostenere che un potere sanzionatorio configurato come discrezionale e devoluto al controllo del giudice amministrativo garantirebbe maggiore effettività della tutela giurisdizionale<sup>98</sup>.

Infatti, se – per le ragioni che si è cercato di dimostrare – le valutazioni di cui si compone l'attività sanzionatoria non sono riservate, il controllo giurisdizionale assume la massima intensità di volta in volta consentita dalle norme, di vario livello, che disciplinano la fattispecie; in ogni caso, un'intensità maggiore di quella raggiungibile attraverso il sindacato di eccesso di potere relativo ad un'attività discrezionale che incontra il limite del merito.

D'altra parte, la ricostruzione del giudizio di opposizione come giudizio sul rapporto seguita dal giudice ordinario – depurata degli eccessi sostanzialistici più recenti<sup>99</sup> – non si pone in contrasto con le necessarie esigenze di tutela delle posizioni soggettive coinvolte.

Pare corretta, infatti, l'impostazione di fondo secondo la quale il giudizio di opposizione ha ad oggetto l'accertamento dei fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria, ovvero – dal punto di vista dell'attore – del diritto a non essere sanzionato se non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge.

La conseguenza è che il sindacato del giudice non si limita alla verifica della legittimità dell'atto-sanzione, ma si estende agli elementi costitutivi del rapporto, coinvolgendo i profili di fatto (concernenti l'esistenza dell'illecito, quale elemento costitutivo della pretesa creditoria della p.a.) e di diritto (relativi alla qualificazione giuridica di quei fatti)<sup>100</sup>, seppur nel rispetto del principio dispositivo proprio del giudizio civile<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Cfr. le pronunce citate al § 5.

<sup>98</sup> V. gli Autori citati alla nota n. 40.

<sup>99</sup> Su cui v. *infra* nel testo.

<sup>100</sup> Sul punto v. G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg. 2002, p. 1005. Per la diversa tesi che individua l'oggetto del giudizio nel provvedimento amministrativo, quale espressione del potere sanzionatorio, v. W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 293-302.

<sup>101</sup> Al riguardo v. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, tomo I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 610.



Sul punto va peraltro considerato che la Corte di Cassazione<sup>102</sup> ha di recente ridimensionato la portata della teoria – di origine CEDU<sup>103</sup> – della compensazione dei vizi procedurali in sede processuale, così superando l'orientamento che affermava la sostanziale irrilevanza della violazione delle garanzie del contraddittorio<sup>104</sup>.

In questo senso si è sostenuto che «la consolidata configurazione del giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative come giudizio sul rapporto (...) non autorizza la totale obliterazione del controllo di legittimità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo del rispetto del *nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali* (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 sanzionatorio»<sup>105</sup>.

Anche considerata questa importante evoluzione – che peraltro è suscetti-

---

<sup>102</sup> Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521.

<sup>103</sup> Cfr. Corte eur., sez. II, 4 marzo 2014, n. 18640/10, causa *Grande Stevens c. Italia*, in part. § 139; sul punto cfr. anche Cass., sez. II, 15 giugno 2020, n. 11481, secondo cui «gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione».

<sup>104</sup> La lettura sostanzialistica delle garanzie procedurali, la cui rilevanza era definita in relazione all'incidenza che avevano avuto sull'accertamento svolto dall'amministrazione (v. P. Cerbo, *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2021, pp. 203-216, spec. p. 211), aveva trovato un autorevole avallo nella c.d. teoria della continuità tra procedimento e processo di origine CEDU, tanto che la Cassazione era giunta ad affermare la sostanziale irrilevanza dei vizi procedurali, seppur con argomentazioni diverse a seconda che venissero in rilievo sanzioni amministrative sostanzialmente penali ovvero prive di tale carattere. Rispetto alle prime si affermava che dal diritto convenzionale è ricavabile che il procedimento amministrativo, anche se non rispetta esso stesso le garanzie di cui all'art. 6 della CEDU, è 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 parti (v. Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2018, n. 3734; in senso conforme cfr. Cass. civ., 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). Per le sanzioni prive di "sostanza penale", invece, si sosteneva che non si ponesse neppure la questione dell'applicabilità delle norme della CEDU 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 (Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9561; 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 Cass. civ., sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683). Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella "confusione" fra vigilanza e sanzione*, cit., p.185 ss.

<sup>105</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2022, n. 4521 punto 31 delle *Ragioni della decisione* ove si afferma che «la corretta identificazione delle caratteristiche del contraddittorio che, ai sensi dell'art. 195, comma 2, e dell'art. 187 *septies*, comma 2 TUF, 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».

bile di ulteriori sviluppi<sup>106</sup> – non vi è dunque alcuna ragione di ordine normativo o sistematico che possa giustificare una deferenza nel controllo giurisdizionale sull'attività di accertamento, di valutazione e di qualificazione giuridica svolte dalle Autorità di vigilanza<sup>107</sup>.

Al contrario – nella prospettiva proposta – le norme, nazionali<sup>108</sup> ed europee<sup>109</sup>, che stabiliscono la giurisdizione piena in materia di sanzioni<sup>110</sup> assumono uno specifico fondamento costituzionale ed esprimono una *ratio* preci-

---

<sup>106</sup> Una lettura costituzionalmente orientata delle fonti primarie prima richiamate (l. 689/1981 e artt. 24 legge n. 262 del 2005, 187 *septies* e 195 TUF) porta a sostenere che il nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali non possa includere soltanto la contestazione del fatto illecito e la valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, ma debba comprendere altre garanzie quali l'audizione orale, ove richiesta, la piena conoscenza degli atti istruttori e la distinzione, quanto meno funzionale, tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. Con riferimento a quest'ultimo profilo pare criticabile l'orientamento della Cassazione (v. ad esempio sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4 che richiama un orientamento consolidato) in base al quale «al procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative in materia bancaria e creditizia è applicabile la legge n. 241/1990, 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 gennaio 2006 n. 389; v. anche Cass. 20 febbraio 2004 n. 3396). Il Direttorio, pertanto, non è tenuto a ripetere e ribadire le stesse argomentazioni (Cass. 3 dicembre 2013 n. 27038)». Tale interpretazione, infatti, non dà adeguato rilievo al testo dell'art. 24, comma 2, legge n. 262/2005 che pone l'obbligo di motivazione da parte dell'organo che applica la sanzione senza richiamare la possibilità di motivazione *per relationem*, con l'intenzione quindi di escluderne l'applicazione proprio in ragione del fatto che tale istituto è incompatibile con l'esigenza di distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

<sup>107</sup> Sotto questo profilo sono pienamente condivisibili le critiche mosse alle interpretazioni restrittive e alla "deferenza" talvolta mostrata dal giudice ordinario da M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, cit., p. 100; ID., *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2, 2020, supplemento, p. 44-45; E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca di Italia e Consob: un'anomalia italiana*, cit., pp. 293-296; W. TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca di Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, cit., p. 293 ss., e da ultimo A. MAGLIARI, *Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata*, cit., p. 88 ss.

<sup>108</sup> Cfr. l'art. 23 legge n. 689/81, oggi art. 6 d.lgs. n. 150/2011. V. gli artt. 187-*sexies* e 195 TUF, l'art. 145 TUB.

<sup>109</sup> Sul canone della «full jurisdiction» ricavabile dall'art. 6 CEDU, per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo v. G. 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. In dottrina, tra gli altri, v. L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere*, *ivi*, p. 237 ss.; G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, *ivi*, pp. 297-320; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1 ss.

<sup>110</sup> Impropiamente definita "sindacato esteso al merito" dall'art. 134 c.p.a. Sul punto v. F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 287 ss: «Quando si afferma, anche nella giurisprudenza comunitaria, che al Giudice compete il sindacato di merito, quanto meno con riguardo alle sanzioni, secondo me ci si intende riferire ad un concetto, che si potrebbe esprimere più correttamente in altri termini: nei confronti delle sanzioni il Giudice può sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità. Non si tratta peraltro di vero e proprio sindacato di merito, ossia di valutazione delle scelte discrezionali, ma di (nuova) determinazione in ordine alla fondatezza della parte della decisione dell'Autorità che riguarda le sanzioni. La locuzione "sindacato di merito" indica soltanto che il Giudice può, sostituendosi all'Autorità, stabilire lui l'ammontare (o meglio l'*an* e il *quantum*) della sanzione; applicando semplicemente le disposizioni di legge e senza alcuna valutazione di opportunità amministrativa».

sa: il sindacato del giudice è pieno<sup>111</sup> e sostitutivo<sup>112</sup> perché il potere punitivo incide su diritti fondamentali della persona rispetto ai quali non possono sussistere profili riservati.

## 10. Nota conclusiva: le implicazioni sul riparto della giurisdizione

In definitiva, sulla base di quanto considerato, pare possibile sostenere che il carattere non discrezionale e, più in generale, non riservato del potere sanzionatorio è imposto dal sistema costituzionale in ragione della natura delle posizioni soggettive su cui incide.

Sul piano della giurisdizione se ne ricava che l'attribuzione al giudice ordinario del contenzioso sanzionatorio di Consob e di Banca d'Italia è pienamente coerente con i principi costituzionali; fermo restando i limiti del sindacato effettivamente svolto, che anche la ricostruzione proposta potrebbe contribuire a superare.

D'altra parte, qualora il legislatore devolvesse la giurisdizione al giudice amministrativo, non si potrebbe non tener conto di tale assetto per la definizione dei suoi poteri di accertamento e di decisione, al fine di assicurare contenuti della tutela coerenti con i caratteri sostanziali delle posizioni soggettive coinvolte.

Com'è stato osservato, infatti, «se in una particolare materia esiste un diritto soggettivo (...) prima della introduzione della giurisdizione esclusiva (cioè in base alla disciplina sostanziale della materia), quel diritto non può cessare di essere tale solo perché la sua cognizione venga affidata al giudice amministrativo»<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Ovvero esteso a tutti i profili di fatto e di diritto del rapporto controverso, da accertare disponendo di tutti i necessari mezzi istruttori.

<sup>112</sup> Nel senso che si avvale di poteri decisori che possono implicare, oltre all'annullamento della sanzione, qualora risultino non provati i fatti costitutivi dell'illecito, anche la modifica della sanzione qualora risultino violati i criteri per la sua determinazione, ferma restando l'aderenza alle doglianze presentate del sanzionato nel ricorso introduttivo del giudizio. Su quest'ultimo profilo, si veda P. CERBO, *Giudice ordinario e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2012, p. 741 ss., ID., *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, cit., pp. 213-214. secondo il quale devono «assumere rilievo condizionante del controllo operato dal giudice lo svolgimento della pregressa fase amministrativa e della tipologia di doglianze presentate dal sanzionando nel ricorso introduttivo del giudizio», pena il venir meno della «ratio conferita alla sanzione amministrativa (dalla legge n. 689/ 1981), vale a dire la responsabilizzazione dell'amministrazione per la finalità punitiva».

<sup>113</sup> M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, cit., p. 330 ss.