

**LE GARANZIE INDIVIDUALI NEI CONFRONTI DEL POTERE
SANZIONATORIO DI CONSOB NELLA 'CONFUSIONE' FRA
VIGILANZA E SANZIONE ***

*(Individual guarantees against CONSOB's administrative sanctions
in the 'confusion' between supervisory powers and sanctioning
powers)*

ABSTRACT: *The essay analyzes some implications deriving from the ECHR's case law, which extends the penal principles to "punitive" administrative sanctions. Indeed, this jurisprudence has raised the level of protection of fundamental rights, but also because of the way it is interpreted by national jurisprudence and doctrine, it entails risks.*

On the one hand, the ECHR's concept of full jurisdiction as an instrument of ex post compensation of the deficiencies of the administrative penalty procedures ends up justifying the devaluation of the protection function of the rules of the administrative procedure.

On the other hand, in the system of financial market regulators, the application of the criminal law rules to all administrative sanctions could lead to a loss of effectiveness not only of the sanction as an enforcement tool, but also of the supervisory function of the authorities.

From this framework emerges the need to reflect, in the light of recent constitutional and European jurisprudence, to define a new balance between guarantees of protection and needs of effectiveness within the administrative system of regulatory authorities.

*Contributo approvato dai revisori.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La teoria della continuità tra procedimento e processo per le sanzioni amministrative ‘sostanzialmente penali’. - 3. La ‘dequotazione’ delle garanzie difensive nei procedimenti relativi a sanzioni ‘meramente amministrative’. - 4. Modelli procedurali e ‘confusione’ dei poteri di vigilanza e di sanzione. - 5. Potere sanzionatorio e disciplina procedimentale applicabile. - 6. L’estensione delle garanzie penalistiche all’attività di vigilanza. Spunti di riflessione a partire dalla ord. n. 117/2019 della Corte costituzionale. - 7. Verso una maggiore distinzione tra “sorvegliare” e “punire”?

1. I recenti orientamenti giurisprudenziali che stanno progressivamente estendendo le garanzie proprie della materia penale alle sanzioni amministrative “punitive” irrogate da Consob hanno alcuni indiscutibili meriti.

Il primo è aver svelato la c.d. “truffa delle etichette”, facendo emergere come molte delle sanzioni amministrative nel settore dei mercati finanziari siano sostanzialmente equiparabili a sanzioni penali per funzioni perseguite e grado di afflittività¹.

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

Il secondo, e conseguente, merito è aver progressivamente imposto un innalzamento delle garanzie di tutela dei diritti dei soggetti direttamente coinvolti, pretendendo che alle sanzioni a cui sia riconosciuta “sostanza penale” (secondo i criteri *Engels*) siano applicate le garanzie proprie della pena².

Grazie alla giurisprudenza più recente i diritti fondamentali della persona hanno reagito, come veri e propri ‘anticorpi costituzionali’, all’abuso dello strumento sanzionatorio da parte del legislatore, nazionale ed europeo.

Nondimeno l’evoluzione in atto, anche alla luce di come viene interpretata da parte della giurisprudenza nazionale e della dottrina, merita particolare attenzione perché ha alcune implicazioni sistematiche non prive di

²In molteplici occasioni anche la Corte costituzionale ha ritenuto che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010 con nota di TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, p. 2323 ss), della sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967), nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (sentenza n. 63 del 2019 su cui v. BINDI, PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it.*, 22, 2019). Da ultimo, inoltre la Corte, con la sentenza n. 112 del 2019 ha dichiarato incostituzionale la norma sulla “confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto” per violazione del principio di proporzionalità della sanzione ricavabile dagli artt. 3 in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (in questo caso l’art. 42 Cost.) e con ord. n. 117/2019 ha sollevato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prospettando che l’applicabilità della sanzione penale per violazione dell’obbligo di collaborare con le Autorità (prevista dall’art. 187 *quinquiesdecies* TUF), anche nei confronti del soggetto potenzialmente destinatario di una sanzione sostanzialmente penale, violi il principio del *nemo tenetur se detegere* (divieto di collaborare alla propria incriminazione), che costituisce corollario fondamentale dei principi costituzionali in tema di diritto di difesa nonché dell’art. 49 CFDEU. Con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea v. *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, causa C-542/15 sent., *Menci*; causa C-537/16, sent. *Ricucci e altri*; cause riunite C-596/16 e C-597/16, sent., *Di Puma e Zecca* su cui v. VIGANÒ, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale nei procedimenti pendenti in tema di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9, 2017, 208 ss; STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, 6, pp. 748-756; DESANA, *Ne bis in idem: l’infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 1, 2019, p. 348 ss.

rischi.

Da una parte, l'applicazione dei paradigmi convenzionali alle sanzioni amministrative giustifica la rinuncia a ricavare tutte le prerogative garantistiche che è possibile e doveroso trarre dal diritto sanzionatorio amministrativo in sé considerato. Il problema, come si vedrà, si pone sia per le sanzioni 'sostanzialmente penali' sia per quelle 'meramente amministrative', ma sulla base di presupposti diversi che perciò richiedono di essere considerati separatamente.

D'altra parte, se - come sembrano prefigurare certe interpretazioni dottrinali - il processo in atto dovesse condurre alla tendenziale "penalizzazione" dei provvedimenti sanzionatori *tout court*³, ne potrebbe derivare una perdita di efficacia non solo della sanzione quale strumento di *enforcement*, ma anche delle funzioni di amministrazione attiva. Al riguardo, è molto significativa la prospettiva aperta dall'ordinanza n. 117/2019 della Corte costituzionale concernente l'applicabilità del c.d. diritto al silenzio nei procedimenti di vigilanza propedeutici all'irrogazione di sanzioni "punitive".

Il presente scritto si propone di mettere in evidenza queste implicazioni e svolgere alcune considerazioni sulle possibili prospettive.

2. La prima questione su cui merita soffermarsi riguarda le conseguenze che derivano dall'applicazione della teoria della continuità tra procedimento e processo, elaborata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴ e seguita, in particolare, nella sentenza *Grande Stevens*⁵.

³V. infra § 6.

⁴Già nella sentenza 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, par. 56, su cui v. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti

Come noto, in quel caso la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le fattispecie di abuso di mercato previste dagli artt. 187 *bis* e 187 *ter* del T.U.F, in ragione della rilevanza dei beni giuridici tutelati nonché della funzione punitiva e del considerevole grado di severità delle misure repressive previste, imponessero la catalogazione delle relative sanzioni come sostanzialmente penali, con conseguente sottoposizione alle garanzie convenzionali tra cui – per quanto qui interessa – il principio del «giusto processo» di cui all’art. 6 CEDU.

Ha dunque accertato che il procedimento sanzionatorio condotto da Consob non era stato conforme a quei principi, in particolare sotto i profili dell’assenza di un contraddittorio adeguato (idoneo, cioè, a garantire la parità delle armi tra accusa e difesa), della mancanza di un’udienza pubblica e del difetto di imparzialità dell’organo giudicante⁶.

Fatte queste premesse, la Corte ha però precisato che le carenze riscontrate non valevano, di per sé, a integrare la violazione dei principi del giusto processo perchè *“il rispetto dell’articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una “pena” sia imposta in primo luogo da un’autorità amministrativa [ma] presuppone che la decisione dell’autorità, che non soddisfi essa stessa le condizioni dell’articolo 6, sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione”*⁷.

In questa prospettiva, il procedimento amministrativo che si svolge

dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.

⁵Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, su cui v., tra gli altri, ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 11, 1053 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l’equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, 1196 ss.

⁶Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sez. II, 14 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, par. 123.

⁷*Ibidem*, par. 139.

dinnanzi a Consob altro non sarebbe che una prima “fase” di accertamento degli illeciti di manipolazione del mercato, seguita dalla “fase” di carattere giurisdizionale⁸, tanto che per verificarne la compatibilità con i vincoli convenzionali occorre considerare il *continuum* nel suo complesso.

Eventuali carenze della fase amministrativa, dunque, possono essere compensate *ex post* da un processo in cui siano assicurate le dovute garanzie di equità, imparzialità e pubblicità e che sia svolto da un giudice dotato di pieni poteri di cognizione e decisione⁹, ossia della capacità di riesaminare, qualsiasi punto, di fatto e di diritto, della decisione impugnata¹⁰.

La più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione segue questa impostazione.

Per le sanzioni a cui riconosce sostanza penale¹¹, si afferma che dal diritto

⁸In questi termini v. T.A.R. Lazio, Sez. II, 27 novembre 2014, nn. 11886 e 11887.

⁹In dottrina v., tra gli altri, ALLENA, *L'art. 6 e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, pp. 25 ss; CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPC online*, 3, 2019, pp. 2146-2149; GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 2013, p. 669 ss.

¹⁰Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha ritenuto in via generale il controllo operato dalla Corte d'Appello (*ex artt. 187 septies e 195 T.U.F.*) sufficiente a consentire il rispetto dei principi fissati dalla Convenzione europea, limitandosi a censurare, l'assenza di un'udienza pubblica. Sul canone della «*full jurisdiction*» ricavabile dalla giurisprudenza Cedu v., tra gli altri, GUIDO RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 9 ss; GOISIS, *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p.1ss; LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 26 ss.

¹¹Come noto, in ossequio all'approccio sostanzialistico della Cedu, la Cassazione verifica, caso per caso, la sussistenza dei criteri *Engel* e riconosce sostanza penale soltanto alle sanzioni in materia di *market abuse*, mentre ritiene che le altre sanzioni previste dalla disciplina di settore siano da considerarsi meramente amministrative. In questi termini, v. Cass. civ., II, 21.3.2019, n. 8047 (per le sanzioni previste dall'art. 191 T.U.F.); Cass. civ., sez. II, 19-02-2019, n. 4820 (per le sanzioni

convenzionale è ricavabile il principio per cui “allo Stato è lasciata la libertà di scegliere se assicurare tutte le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa, ovvero sottoponendo il provvedimento sanzionatorio al sindacato giurisdizionale pieno, attuato nell’ambito di un processo che assicura le garanzie di cui all’art. 6 Cedu”¹².

Nel primo caso una successiva fase di controllo giurisdizionale pieno non sarebbe neppure necessaria; mentre nel secondo caso il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all’art. 6 della Convenzione, 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 parti¹³.

In ultima analisi, sembra che la possibilità di impugnare le sanzioni Consob davanti al giudice valga di per sé ad assicurare la legittimità del procedimento sanzionatorio Consob quale che sia la disciplina effettivamente prevista.

Ebbene questa ricostruzione, che deriva dall’interpretazione - si potrà dire restrittiva, ma non scorretta¹⁴ - della giurisprudenza Cedu, ha gravi

irrogate da Banca d’Italia ex art. 144 T.U.B.); Cass. civ., sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081 e n. 24082; sez. II, 6 agosto 2019, n. 21017; sez. II, 5 aprile 2017 n. 8855; sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114; sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433; Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656 su cui v. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017 p. 147 ss.

¹²Cass. civ., sez. II, 9.04.2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22.03. 2019, n. 8237.

¹³Così v. Cass. civ., sez. II, 15. 02. 2018, n. 3734. In senso conforme cfr. Cass. civ., II, 9.04.2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22.03. 2019, n. 8237, Cass. civ., sez. II, 19-02-2019, n. 4820; Cass. civ., sez. II, 3-01-2019, n. 4; Cass. civ., sez. II, 13.01. 2017, n. 770.

¹⁴Sarà pur vero (come sostiene FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 758 ss) che dalle

implicazioni su entrambi i lati.

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

Per altro verso, la tesi della compensabilità *ex post* dei vizi del procedimento finisce per affermare una sostanziale irrilevanza “delle questioni attinenti ai diritti di difesa esercitabili nella fase amministrativa”¹⁵, evocando - più che una continuità - un vero e proprio ‘assorbimento’ della funzione amministrativa in quella giurisdizionale.

Sebbene si ritenga che la principale implicazione che deriva dalla giurisprudenza Cedu è la necessità di riportare coerenza tra forma e sostanza, (ri)conducendo questo tipo di sanzioni sotto l’egida del diritto e del giudice penale¹⁶; allo stato è però doveroso che già in sede amministrativa siano assicurate garanzie adeguate alla gravità del sacrificio che può essere inflitto ai diritti fondamentali coinvolti.

Non foss’altro perché non tutti i vizi del procedimento possono essere effettivamente compensati dal successivo controllo giurisprudenziale, tanto più considerata la natura immediatamente esecutiva della sanzione e la mancanza

argomentazioni dalla giurisprudenza Cedu si può ricavare il *favor* verso un assetto in cui l’amministrazione è ‘forte’ e la giurisdizione è ‘mite’, ovvero in cui le garanzie sono assicurate nella fase amministrativa e il controllo giurisdizionale sostitutivo si pone come del tutto eventuale. Tuttavia, mediante le pronunce che hanno riguardato il nostro ordinamento – in specie la *Grande Stevens* – la Corte ha avallato l’assetto vigente, ritenendolo nel complesso conforme agli *standard* convenzionali di tutela e, dunque, ha legittimato le ricostruzioni che tendono a giustificarlo.

¹⁵Cfr. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all’applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi.it*, 23, 2019.

¹⁶ V. *infra* § 7.

di un effetto sospensivo automatico conseguente al ricorso giurisdizionale¹⁷.

3. Se poi si passa all'orientamento relativo alle sanzioni di natura meramente amministrativa, i problemi che si pongono non riguardano solo l'esercizio del potere sanzionatorio, ma gli istituti del sistema amministrativo che sono complessivamente coinvolti e i rapporti tra vigilanza e sanzione che, come vedremo, tendono a sovrapporsi.

La Corte di Cassazione afferma, infatti, che per le sanzioni Consob prive di 'sostanza penale' non si pone neppure la questione dell'applicabilità delle norme della Cedu (art. 6, 7) né dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.), i quali riguardano espressamente solo il giudizio che si svolge davanti al giudice¹⁸.

Ne deriva che nei relativi procedimenti è ritenuto del tutto adeguato un modello di contraddittorio di tipo verticale, nel quale l'Autorità mantiene una posizione di preminenza e la partecipazione del privato ha soltanto una

¹⁷L'immediata esecutività che caratterizza i provvedimenti sanzionatori può confliggere con il principio di presunzione di innocenza, ove una misura "sostanzialmente penale", con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta in assenza di un equo procedimento. In questo senso v., con riferimento a sanzioni tributarie, Corte eur. dei diritti dell'uomo, 23 luglio 2002, caso 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108; Corte eur. dir. uomo, sez. III, 27 gennaio 2009, caso n. 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, § 50. Sul punto v. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., pp. 39-41.

¹⁸ Cfr. Cass. civ., sez. II, 18.04.2018, n. 9561 "alle sanzioni Consob che non hanno natura sostanzialmente penale, il principio del contraddittorio è rispettato con la contestazione dell'addebito e la valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessario ai fini indicati né la trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative, né la sua audizione innanzi alla Commissione, in quanto ad esse non sono applicabili i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) riguardano espressamente solo il giudizio che si svolge innanzi ad un giudice e non anche il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi" Negli stessi termini v. Cass. civ., sez. II, 21.6.2019, n. 16780; Cass. civ., sez. V, 30.10.2018, n. 27564; Cass. civ., sez. II, 22.04.2016, n. 8210, e Cass. civ., sez. II, 4.9.2014, n. 18683.

funzione collaborativa¹⁹.

Tanto che - si arriva ad affermare - *“la garanzia difensiva nel settore delle sanzioni amministrative è rappresentata eminentemente dalla possibilità di ricorso al Giudice con cognizione piena circa il merito della condotta illecita e la quantificazione della sanzione, poichè in tale ambito potrà dispiegarsi appieno il contraddittorio di tipo orizzontale di fronte a soggetto terzo ed indipendente”*²⁰.

Pertanto, osserva la Cassazione, *“non appare censurabile la scelta della Consob di connotare la garanzia del contraddittorio, nell'ambito del suo procedimento amministrativo interno, secondo parametri meno pregnanti rispetto a quello proprio del procedimento penale”*²¹.

Ed anzi - si aggiunge - se in sede amministrativa si garantisse un contraddittorio di quel tipo *“ne rimarrebbe svilita la fase processuale, che si ridurrebbe a mera esame della legittimità del procedimento, anzichè alla piena cognizione anche nel merito della questione”*.

In definitiva, la tutela del diritto di difesa del soggetto, rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti, è interamente 'rinvitata' alla sede giurisdizionale.

4. La ricostruzione che emerge dalla giurisprudenza della Cassazione non

¹⁹V. Cass. civ., 24.9.2019, n. 23814: *“non va obliato che le garanzie disposte nel procedimento penale scontano la specifica struttura del contraddittorio di tipo orizzontale, poichè teso a garantire la parità delle parti avanti il Giudice terzo imparziale, mentre nell'ambito del procedimento amministrativo, caratterizzato da una struttura di tipo verticale con l'Amministrazione in posizione sovraordinata, il contraddittorio appare finalizzato all'apporto collaborativo del privato quale partecipazione al corretto svolgersi dell'azione amministrativa”*. In termini cfr. Cass. civ., sez. II, 21.6.2019, n. 16780; Cass. civ., sez. II, 9.04. 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 21.3.2019, n. 8047.

²⁰Cass. civ., sez. II, 9.4.2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 21.3.2019, n. 8046.

²¹Così Cass. civ., sez. II, 9.04.2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 24.9.2019, n. 23814.

è condivisibile ed è meritevole di ripensamento sia per le premesse teoriche su cui si basa sia per le implicazioni sistematiche che possono derivarne.

Sotto il primo profilo, l'impostazione offre una lettura molto riduttiva delle garanzie procedurali fissate dal diritto amministrativo sanzionatorio generale (art. 14, 17-18 l. 689 del 1981) e di settore (v. artt. 24 l. n. 262 del 2005, 187 *septies* e 195 T.U.F.).

Ciò sembra dovuto ad una non sempre corretta applicazione del rapporto tra la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990) e la disciplina speciale relativa ai procedimenti sanzionatori²²; questione senz'altro resa particolarmente complessa dall'esistenza di una pluralità di fonti, anche di diverso livello, niente affatto coordinate²³.

Il risultato è che per certi profili – e questo in esame ne è un esempio²⁴ -

²²Sul rapporto tra la l. 241 del 1990, la l. n. 689/1981 e la disciplina di settore v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, pp. 358 ss (spec. §§ 2, 3); MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in ALLENA, CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, 2013, pp. 125 ss.

²³Sul punto v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., §§ 2, 3.

²⁴Un'altra questione è quella relativa all'ammissibilità della motivazione *per relationem*. Al riguardo, la Cassazione (v. ad esempio sez. II, 3.01.2019, n. 4 che richiama un orientamento consolidato) afferma che "*al procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative in materia bancaria e creditizia è applicabile la l. n. 241 del 1990, art. 3 e, conseguentemente, il decreto che applica la sanzione può essere motivato per relationem, mediante il rinvio all'atto recante la proposta di irrogazione della sanzione, purchè 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. 11-1-2006 n. 389; v. anche Cass. 20-2-2004 n. 3396). Il Direttorio, pertanto, ove condivide le argomentazioni illustrate nella proposta dalla Commissione, non è tenuto a ripetere e ribadire le stesse argomentazioni (Cass. 312-2013 n. 27038)*". Tale interpretazione, tuttavia, non tiene adeguatamente conto del fatto che l'art. 24, co. 2, l. n. 262/2005, prevede 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, non foss'altro perchè tale istituto è incompatibile con l'esigenza di distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie richiesto dal medesimo articolo per i procedimenti sanzionatori. Inoltre, sempre l'art. 24 prevede che nei

si applicano le norme della l. n. 241 del 1990, pur in assenza di lacune e talvolta anche in presenza di una diversa (e più rigorosa) disciplina dettata dalle norme speciali.

Come abbiamo ricordato, infatti, nel sostenere la legittimità dei procedimenti sanzionatori di Consob, la Corte afferma che può ritenersi adeguato un modello di contraddittorio di tipo verticale in cui la partecipazione del privato ha funzione meramente collaborativa.

In questo modo, si richiama uno dei modelli di procedimento delineati dalla l. n. 241 del 1990, ma non quello ricavabile dalla l. n. 689 del 1981 ed applicabile alla funzione sanzionatoria. Rispetto a questa, come messo in evidenza da autorevole dottrina, “il contraddittorio dev’essere tale in senso proprio: la sua previsione non è a tutela di interessi dell’amministrazione, come sarebbe se in definitiva le difese dell’incolpato servissero solo per consentire all’amministrazione di acquisire elementi ulteriori di giudizio, ma è innanzi tutto espressione di un interesse proprio del cittadino (connesso allo *status* di incolpato) e dell’esigenza di una sua tutela già nella sede amministrativa”²⁵.

Del resto anche le norme di settore, che fissano i principi applicabili ai procedimenti delle Autorità di regolazione dei mercati finanziari, richiamano sì la legge n. 241 del 1990, ma non mancano di precisare che per i procedimenti contenziosi e sanzionatori valgono altri e più stringenti principi, quali quelli “della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni

procedimenti sanzionatori sia assicurato “il principio di piena conoscenza degli atti” che non può considerarsi adeguatamente garantito con la disciplina generale dell’accesso ai documenti (art. 22-25 l. 241/1990), il quale presuppone un’istanza dell’interessato il cui accoglimento è rimesso alla valutazione dell’amministrazione.

²⁵Cfr. PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, § 17.

decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione"²⁶.

Il modello di contraddittorio prefigurato dalla Cassazione non è dunque quello che la legge prevede per i procedimenti di natura sanzionatoria.

Semmai, la Corte può essere stata influenzata dal tipo di disciplina dettata in sede regolamentare da Consob che ha attuato in modo 'debole' i principi fissati dalle fonti primarie, senz'altro prima della riforma del 2016²⁷, ma anche nella versione vigente permangono delle criticità²⁸.

La disciplina regolamentare, infatti, in linea con una tendenza generalmente diffusa nel modello delle autorità indipendenti, applica ai procedimenti sanzionatori regole e principi propri dell'attività di amministrazione attiva (*i.e.* non sanzionatoria), in questo caso della vigilanza.

²⁶Cfr. l'art. 24 l. n. 262 del 2005, e gli artt. 187 *septies* e 195 del T.U.F..

²⁷V. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno su 40 anni della legge istitutiva della Consob. *Dal controllo della trasparenza dell'informazione al presidio della governance*, Milano, 29 e 30 ottobre 2014, p. 3 (reperibile all'indirizzo <https://www.irpa.eu/il-potere-sanzionatorio-della-consob-dinanzi-alle-corti-europee-e-nazionali>) la quale osserva che nel regolamento sanzionatorio Consob del 2005 si trova una "versione impoverita" dei principi espressi nell'art. 24 l. n. 262/ 2005 e, conseguentemente, "una pallida rappresentazione delle necessarie garanzie". Negli stessi termini v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., pp. 358 ss secondo i quali nei procedimenti di Consob e Banca d'Italia "sia la dimensione verticale che quella orizzontale del contraddittorio risultano attenuate non solo rispetto ai modelli adottati per le altre Autorità indipendenti, ma anche in relazione agli schemi procedurali delle leggi 241 e 689"; TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzie del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 597 ss; LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2005.

²⁸V. TIRIO, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2, 2018, p. 554 ss. Sostengono, invece, che il procedimento sanzionatorio Consob dopo le modifiche del 2016 sia conforme ai principi convenzionali, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e al diritto interno: BAUMAN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2017, p. 315; DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *www.federalismi.it*, 18 dicembre 2019 (spec. § 2). Sul punto v. anche il contributo di di LUCARELLI in questo fascicolo.

Ciò pare il frutto di una scelta consapevole, giustificata sul presupposto della strumentalità della funzione sanzionatoria rispetto alla funzione di vigilanza²⁹ e, dunque, dettata dalla volontà di utilizzare la sanzione come (fondamentale, se non prioritario³⁰) strumento di vigilanza.

La conseguenza è una evidente 'confusione' (e non solo concentrazione) di poteri e di relativi strumenti d'azione.

5. Questa impostazione - che la recente giurisprudenza finisce per avallare - non pare però corretta sul piano generale, perché contravviene al principio di divisione dei poteri e, di, conseguente differenziazione degli istituti amministrativi che ne costituiscono esercizio.

Non si considera, infatti, che gli istituti procedurali (la partecipazione, il contraddittorio etc.) devono trovare diversa declinazione in relazione al tipo di funzione esercitata³¹ e ai diritti individuali coinvolti.

La legge n. 241/1990 prevede una cornice di regole generali, ma non definisce un unico modello di procedimento. Al contrario, delinea una pluralità di modelli di partecipazione e di contraddittorio: ammette una partecipazione in funzione collaborativa (artt. 9-10-22 ss) e una di tipo difensivo, che richiede un

²⁹Sulla strumentalità tra i poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione v. BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000; TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012. In termini critici rispetto alla tesi per cui la strumentalità delle sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti rispetto all'attività di vigilanza possa escludere la loro riconducibilità alla modello della l. n. 689/1981 v. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in ALLENA, CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, 2013, pp. 93-96.

³⁰Soprattutto a seguito delle riforme successive alla crisi finanziaria del 2007-2009.

³¹In questi termini v. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss; TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, cit..

contraddittorio necessario (art. 7) e rinforzato (artt. 10-bis, 24, co. 7)³², così come prefigura la possibilità di regolare in modo diverso il rapporto tra l'organo responsabile della fase istruttoria e l'organo con potere decisionale (art. 6, lett. e).

I modelli delineati dalla legge generale devono perciò ricevere una più specifica caratterizzazione da parte della disciplina speciale, di livello legislativo e regolamentare, in relazione alla funzione specificamente svolta attraverso il singolo procedimento e alle situazioni soggettive coinvolte.

Con l'esercizio del potere sanzionatorio si persegue una finalità punitiva e preventiva-deterrente e si incide sul fondamentale diritto di difesa del destinatario, che viene in rilievo ancor prima della integrità della sfera patrimoniale e dell'onorabilità professionale che dalla sanzione potrebbero essere pregiudicate³³.

Pertanto, sono questi elementi (il tipo di funzione e la natura dei diritti), ad imporre la caratterizzazione delle garanzie procedurali in modo tale che siano assicurate una partecipazione di tipo propriamente difensivo³⁴ nonché una netta distinzione (quanto meno funzionale) tra l'organo responsabile dell'accertamento e l'organo che decide, profilo indispensabile per il dispiegarsi

³²Sulle diverse funzioni della partecipazione v., da ultimo, BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini e A. Pioggia, Firenze, 2016, 296 ss.

³³Sulla base di questi presupposti il Consiglio di Stato, con ord. 2 ottobre 2014, n. 4491-4492, aveva accolto la domanda cautelare relativa all'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni "penali" in conseguenza della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens*. Su queste pronunce v. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Giustamm.it*, 11, 2014.

³⁴La quale richiede la comunicazione/trasmissione degli atti del procedimento e non la sola garanzia di accesso agli atti mediante istanza (come si ricava dall'art. 18 l. n. 689/1981), il diritto di essere sentito prima della decisione negativa e di contro-dedurre non solo sugli accertamenti di fatto, ma anche sulla qualificazione giuridica degli stessi (come si ricava di nuovo dall'art. 18 l. n. 689/1981).

di un contraddittorio effettivamente paritario.

Se questo è vero, dunque, il modello procedimentale richiamato nella più recente giurisprudenza della Cassazione non è (neppure) quello che è doveroso ricavare dalla disciplina generale con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori.

Si potrà sostenere, infatti, che la tutela del diritto di difesa nel procedimento amministrativo non implichi necessariamente l'applicazione delle regole processual-penalistiche, ma ciò non toglie che richieda garanzie ulteriori e specifiche rispetto a quelle che si applicano ai diritti incisi dall'esercizio di un potere di amministrazione attiva (*i.e.* non sanzionatorio).

In altre parole, il fatto che alle sanzioni amministrative non siano automaticamente applicabili le garanzie proprie della materia penale, non significa che possa essere giustificato uno statuto procedimentale che non risulti adeguato alla specifica funzione svolta e alla natura dei diritti individuali coinvolti.

Si tratta di un profilo che merita particolare attenzione perché le conseguenze sono tutt'altro che irrilevanti sul piano sistematico.

L'impostazione richiamata, infatti, svaluta gli istituti del diritto amministrativo generale e di quello sanzionatorio e, in questo modo, impedisce una lettura evolutiva e costituzionalmente orientata di quest'ultimi che - come mostrato da attenta dottrina³⁵, sono stati già depotenziati nella portata garantista dalla interpretazione giurisprudenziale della l. n. 689/1981.

Inoltre, si avalla il permanere di una disciplina procedimentale deficitaria sul piano delle tutele individuali, con l'ulteriore effetto di 'deresponsabilizzare' i

³⁵Cfr. CERBO, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, pp. 55 ss (spec. § 2).

titolari del potere di riformarla: il legislatore, ma ancor prima le Autorità (come Consob) dotate di specifica potestà regolamentare (v. *infra* § 7).

6. La seconda questione su cui è necessario porre l'attenzione deriva da un'altra implicazione della recente evoluzione giurisprudenziale: la tendenza alla "pan-penalizzazione" della sanzione amministrativa.

Una parte della dottrina sostiene, infatti, che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia possibile ricavare la necessità di applicare le garanzie convenzionali e costituzionali della materia penale a tutte le sanzioni amministrative³⁶, con conseguente superamento della tradizionale distinzione tra "sanzioni in senso tecnico" e provvedimenti *lato sensu* sanzionatori (misure con funzione ripristinatoria, risarcitoria)³⁷.

Una simile prospettiva, tuttavia, oltre a non essere necessitata³⁸ né

³⁶V. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 2014, p. 337 ss; ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., p. 1056.

³⁷V. PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., § 3. Più di recente v. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in ALLENA, CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, p. 19; CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, pp. 32-34, 71-73; VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, pp. 39-68. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018, pp. 49-76.

³⁸L'intervento della Corte di Strasburgo ha uno scopo 'antielusivo', serve a garantire che gli ordinamenti assicurino il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, ovvero che le garanzie dell'art. 6, 7 Cedu siano rispettate a prescindere dalle qualificazioni formali assegnate dagli ordinamenti interni, ma non è dato ricavarvi l'obbligo di estendere a tutti i provvedimenti sanzionatori tali garanzie. In questi termini si è pronunciata anche la Corte costituzionale nelle recenti sentenze relative al principio di retroattività *in mitius* ove ha affermato che la giurisprudenza di Strasburgo non ha «mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ... che hanno caratteristiche "punitive" alla luce dell'ordinamento convenzionale» e che non esiste un «vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più

coerente con il ruolo istituzionale dell'amministrazione nello Stato costituzionale di diritto³⁹, merita attenta riflessione anche per le conseguenze che potrebbe comportare.

L'applicazione generalizzata delle garanzie proprie del sistema penale (costituzionale e convenzionale) alle misure sanzionatorie amministrative potrebbe compromettere non solo la tempestività e l'effettività della funzione sanzionatoria, e dunque l'efficacia dell'*enforcement*, ma anche l'efficacia dei poteri di amministrazione attiva.

Di fronte a questa prospettiva, occorrerebbe valutare con attenzione se i benefici di un aumento delle tutele dei destinatari del potere sanzionatorio potrebbero considerarsi proporzionati rispetto alla riduzione di efficacia dell'azione amministrativa, con conseguente perdita di effettività nella cura degli interessi pubblici e, quindi, nella tutela dei diritti e delle libertà degli *altri* soggetti dell'ordinamento (diversi dall'incolpato).

favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative» Cfr. sentenze n. 193 del 2016; n. 63 del 2019 .

³⁹Il retroterra teorico che – secondo la dottrina (v. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., pp. 31-35) – sottende questa impostazione, ossia la sostanziale identità di giurisdizione e amministrazione quali espressione di una funzione ontologicamente analoga di esecuzione/applicazione della (volontà della) legge, non tiene conto della evoluzione in senso costituzionale e, quindi democratico e pluralista, dello Stato di diritto. Infatti, nello Stato di diritto costituzionale, l'amministrazione in primo luogo non è soltanto riducibile agli apparati esecutivi del Governo, ma si compone di una pluralità di apparati dotati di autonomia politica proprio in ragione del collegamento con la sovranità popolare; in secondo luogo, e per quanto più interessa in questa sede, in tutte le sue manifestazioni (*ivi* comprese le Autorità indipendenti, e per questo si è posto il problema della loro legittimazione) non svolge una funzione di mera interpretazione e applicazione della legge, ma partecipa insieme al legislatore all'esercizio della funzione di indirizzo politico, perché mediante l'esercizio della discrezionalità politico-amministrativa ha il potere di creare nuovi precetti del caso concreto (Sul punto, per tutti, v. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, 2005, pp. 153-158; MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, Milano, 1982) Non stupisce che l'impostazione richiamata possa essere propria della Corte europea dei diritti dell'uomo posto che nel sistema della CEDU, mancando autonomi organi di governo, manca un principio di legalità indirizzo in senso proprio, ma non pare che questa possa essere considerata appartenente alle tradizioni costituzionali degli stati aderenti.

Significativa in questo senso è la prospettiva aperta dalla ordinanza n. 117 del 2019 con la quale la Corte costituzionale⁴⁰, proponendo un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ha posto il problema dell'applicabilità del diritto a non collaborare alla propria incriminazione, nell'ambito dei procedimenti di vigilanza prodromici all'irrogazione di sanzioni amministrative "punitive"⁴¹.

Seguendo la ricostruzione della Corte, le garanzie proprie dell'illecito e della sanzione penali 'retroagiscono' nell'ambito della funzione di vigilanza⁴²: il soggetto vigilato chiamato a collaborare, di fronte all'eventualità di aver compiuto operazioni qualificate come illecite, potrà far valere il suo diritto al silenzio e quindi non fornire informazioni che all'Autorità potrebbero servire

⁴⁰La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata Cass. civ., sez. II, 16/02/2018, n. 3831 su cui v. i commenti di RANDAZZO, *L'inversione della "doppia pregiudizialità" alla prova*, in *Gior. dir. amm.*, 3, 2018, p. 368 ss; ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali – europee*, *ivi*, p. 374 ss.

⁴¹In particolare la Corte ha ritenuto che l'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F., nella parte in cui sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB (o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni) anche nei confronti di colui cui la stessa CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, ascrive illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate, sia contrario al diritto fondamentale a non collaborare alla propria incolpazione, garantito dalle fonti primarie di livello costituzionale (art. 24 Cost.) ed europeo (art. 6, paragrafo 2, Cedu e artt. 47-48 CDFUE). Tuttavia, rinvenendo che il richiamato art. 187 *quinquiesdecies* costituisce specifica attuazione di norme europee (in particolare dell'art. 14, paragrafo 3, dir. 2003/6/CE in quanto tuttora applicabile *ratione temporis* e dell'art. 30, paragrafo 1, lettera b) del regolamento UE n. 596/2014), e dunque che una eventuale dichiarazione di incostituzionalità dello stesso potrebbe porsi in contrasto con il diritto europeo, ha proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo di chiarire: a) se tali norme possano essere interpretate nel senso che consentono allo Stato di non punire chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente da cui possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"; e in caso di risposta negativa b) se le disposizioni menzionate siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

⁴²Cfr. Corte cost. ord. n. 117/2019, § 7 del *Considerato in diritto*: "Occorre pertanto stabilire se "il diritto al silenzio" evocato dalla Corte di cassazione si applichi, oltre che nei procedimenti penali, anche nelle audizioni personali disposte da CONSOB nell'ambito della propria attività di vigilanza, che può precludere all'instaurazione di procedimenti sanzionatori di natura "punitiva" nei confronti di chi sia individuato come autore di un illecito".

all'accertamento di determinati fatti e di eventuali violazioni, *non esclusivamente diretti* a determinare l'avvio di un procedimento sanzionatorio.

In questo modo, riducendo la coercibilità dell'obbligo di collaborare nei confronti dei soggetti vigilati, anche non ancora indagati (o solo perché potenzialmente indagati), si rischia di depotenziare uno degli strumenti su cui si basa l'attività conoscitiva dell'Autorità.

Ciò appare doveroso allo stato della legislazione vigente, poiché le sanzioni Consob per all'abuso di informazioni privilegiate hanno natura sostanzialmente penale e rispetto ad esse vige il doppio binario sanzionatorio⁴³. Anzi, in tale settore è ragionevole aspettarsi la proposizione di ulteriori questioni di legittimità costituzionale⁴⁴.

Tuttavia, se un tale principio fosse applicato in modo generalizzato a tutte le misure *lato sensu* sanzionatorie, anche considerata la stretta connessione (per non dire sovrapposizione) tra le attività di controllo e le fasi di accertamento dell'illecito (soprattutto la c.d. fase pre-istruttoria), si potrebbe realizzare un processo inverso a quello che si è sviluppato fino a questo momento e che è all'origine dell'impianto normativo vigente.

Finora la *vis attractiva* della vigilanza ha progressivamente assorbito la funzione sanzionatoria, determinando uno statuto procedimentale e (almeno in

⁴³L'abuso di informazioni privilegiate è, infatti, previsto al tempo stesso come illecito amministrativo (art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998) e come illecito penale (art. 184 del d.lgs. n. 58 del 1998); e i relativi procedimenti possono essere attivati e proseguiti parallelamente, nei limiti in cui ciò sia compatibile con il diritto al *ne bis in idem* (Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 20 maggio 2018, in causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri*, par. 42-63).

⁴⁴Quale ad esempio quella relativa al contrasto tra carattere immediatamente esecutivo della sanzione amministrativa "punitiva" e il principio di presunzione di non colpevolezza. Infatti, come rilevato (v. *supra* § 2, nota n. 16) l'immediata esecutività dei provvedimenti sanzionatori può confliggere con il principio di presunzione di innocenza ove una misura "penale", con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta al cittadino in assenza di un equo procedimento-processo.

parte) sostanziale della seconda ricalcato sui caratteri e le finalità della prima.

Quel che potrebbe succedere adesso è che siano le prerogative della potestà sanzionatoria ad essere applicate alla funzione di vigilanza, con evidenti ricadute sulla flessibilità ed efficacia della stessa, e con conseguente il rischio che risultino meno tutelati gli altri interessi individuali e plurisoggettivi presidiati dall'intervento delle Autorità (parità delle armi nelle negoziazioni, diritto al risparmio, fiducia degli investitori etc..).

7. In ultima analisi dalla giurisprudenza più recente emerge una sostanziale svalutazione degli istituti del diritto amministrativo, sia sanzionatorio che generale.

Con la teoria della continuità tra procedimento e processo si rendono irrilevanti le violazioni del diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione, così dequotando le garanzie procedurali proprie del sistema sanzionatorio.

Sul presupposto della natura *non penale* della sanzione si ammettono modelli procedurali inadeguati alla funzione effettivamente esercitata, così interpretando restrittivamente la disciplina generale del procedimento e rinunciando a trarre tutte le prerogative garantiste che è possibile e doveroso trarre dal sistema amministrativo in sé considerato.

Infine, avallando la 'confusione' tra poteri sostanzialmente diversi, si giustifica un assetto che rende inevitabile l'estensione delle garanzie penalistiche finanche all'attività prodromica a quella sanzionatoria, con ulteriore aumento delle garanzie per il potenziale incolpato, ma con il rischio di una minor efficacia dell'azione delle Autorità e, dunque, di una minor tutela degli altri interessi individuali e plurisoggettivi affidati alla loro cura.

In questo quadro, vien da chiedersi quali siano le prospettive che

potrebbero ridurre queste tendenze.

Senz'altro sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale – 'prendendo sul serio' le indicazioni provenienti da quello europeo - riformasse le fattispecie di illecito in modo da ridurre il più possibile le ipotesi di doppio binario sanzionatorio e da riportare coerenza tra forma e sostanza⁴⁵. Ciò limiterebbe l'approccio sostanzialistico per l'individuazione della natura della sanzione che pone evidenti problemi in termini di certezza e di prevedibilità⁴⁶.

In ogni caso, come confermano alcuni arresti della giurisprudenza amministrativa⁴⁷, grava sulle Autorità indipendenti (dotate di relativo potere regolamentare) l'obbligo di conformare i propri procedimenti e la propria organizzazione alla natura della funzione svolta, dando una lettura rigorosa dei principi posti dal diritto amministrativo sanzionatorio di livello primario⁴⁸.

⁴⁵La direttiva 2014/57/UE poneva l'obbligo di razionalizzare e rendere proporzionato il sistema sanzionatorio e di coordinare le ipotesi di doppio binario sanzionatorio, anche ricorrendo *unicamente* a sanzioni penali. Tuttavia, il legislatore nazionale non ha realizzato questi obiettivi neppure con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107. Sul punto v. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e la persistente criticità di una tormentata disciplina*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; BINDI, PISANESCHI, *La soluzione italiana al doppio binario sanzionatorio nel market abuse*, in *Gior. dir. amm.*, 1, 2019, p. 75 ss.

⁴⁶Sulla rilevanza di questi principi con riferimento alle sanzioni amministrative e, più in generale, nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione v. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 627 ss.

⁴⁷Il riferimento è alle pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno dichiarato l'illegittimità dei regolamenti sanzionatori di Consob e di IVASS per mancato rispetto dei principi posti dalla disciplina sanzionatoria di livello primario, così rispettivamente legittimando e imponendo alle Autorità di conformare i relativi procedimenti sanzionatori. Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, VI, 26.03.2015, n. 1595 che, pur concludendo per l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse (essendo stato impugnato un atto regolamentare prima dell'emanazione dell'atto applicativo) aveva dichiarato che il regolamento sanzionatorio di Consob non risultava conforme agli *standard* di tutela imposti artt. 187-*septies*, 195 T.U.F e 24 l. 262/2005. Di recente v. Cons. Stato, VI, 28.03. 2019, n. 2043 che, confermando questo orientamento, ha parzialmente annullato il regolamento sanzionatorio dell'IVASS per violazione del principio del contraddittorio previsto dall'art. 9 del d.lgs. 209/2005.

⁴⁸Consob, in particolare, dispone di un'ampia autonomia regolamentare e organizzativa che potrebbe utilizzare per modificare la disciplina dei propri procedimenti sanzionatori (tenendo conto che, in base all'ordinamento vigente, è legittimata ad irrogare anche delle vere e proprie

Più in generale, infine, emerge la necessità di un'attenta riflessione, da svolgersi naturalmente alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, convenzionale ed europea, ma che abbia la finalità di definire un nuovo equilibrio tra le ragioni della garanzia e le ragioni dell'efficacia all'interno del sistema sanzionatorio delle autorità indipendenti; riflessione che richiede anche di mettere in discussione il 'nodo' della 'confusione dei poteri'.

La strumentalità della funzione sanzionatoria rispetto a quella di vigilanza, infatti, non può impedire che ai relativi procedimenti e provvedimenti sia applicato il regime giuridico appropriato ai caratteri dei poteri effettivamente esercitati e dei diritti individuali coinvolti.

Una cosa è “sorvegliare”, altra cosa è “punire”⁴⁹.

Nicoletta Vettori

*Ricercatore di Diritto amministrativo
nell'Università di Siena*

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

⁴⁹Il riferimento è naturalmente a FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.