

**IL CONSIGLIO DI STATO ANNULLA IL REGOLAMENTO SULLE PROCEDURE
SANZIONATORIE DELL'IVASS. QUALE È IL RAZIONALE DELLA GIURISDIZIONE
ORDINARIA SULLE SANZIONI CONSOB E BANCA D'ITALIA?***

di Elena Bindi-Andrea Pisaneschi**

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. La sentenza del Consiglio di Stato del 2015: un precedente che sembrava dimenticato.- 3. Le sentenze 2042 e 2043 del 2019 del Consiglio di Stato.- 4. La opposta giurisprudenza della Cassazione sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia.- 5. Qual è il rationale di questa suddivisione di giurisdizione? - 6. Le sanzioni delle autorità di regolazione tra accertamento e discrezionalità.

1. *Premessa*

La questione dei procedimenti amministrativi utilizzati dalle autorità di regolazione dei mercati ritorna all'attenzione del Consiglio di Stato con due pronunce, sostanzialmente coeve temporalmente e sostanzialmente, con le quali viene affrontata la questione delle procedure sanzionatorie dell'IVASS¹.

Sono decisioni di particolare rilievo perché dichiarano illegittimo il regolamento sanzionatorio IVASS, ed egualmente illegittimo l'atto amministrativo con il quale l'autorità ha cambiato la qualificazione giuridica dei fatti durante il procedimento.

L'impianto concettuale muove dalla qualificazione di queste sanzioni come sostanzialmente penali, alla luce della nota giurisprudenza della Corte EDU², ma le motivazioni si ricollegano alle sentenze del medesimo Consiglio di Stato del 2015, relative alle procedure sanzionatorie della Consob³.

I profili di interesse sono molteplici.

In primo luogo, emerge una interpretazione del Consiglio di Stato sulla qualificazione come sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative c.d. "afflittive" perfettamente in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte EDU⁴, ma profondamente differente

* Il contributo è frutto di una riflessione comune dei due Autori, ma i paragrafi 1, 5 e 6 sono da attribuirsi specificamente a Andrea Pisaneschi e i paragrafi 2, 3 e 4 a Elena Bindi.

** Elena Bindi, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Siena (elena.bindi@unisi.it); Andrea Pisaneschi, ordinario di Diritto costituzionale, Università di Siena (andrea.pisaneschi@unisi.it).

¹ Si tratta delle sentenze del Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042 e n. 2043.

² Cfr., da ultimo, Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, con osservazioni di M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 giugno 2019.

³ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595. Su tale sentenza v. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 511 ss.; E. BINDI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano*, in *Giustamm.it*, ottobre 2015; E. DESANA, *Illegittimità del procedimento CONSOB: cronaca di una morte annunciata?*, in *Giur. it.*, 2015, 1434 ss.; EAD., *I procedimenti sanzionatori Banca d'Italia: l' "insostenibile leggerezza" dei termini*, ivi, 2016, 2442 ss, spec. 2447 ss.

⁴ La giurisprudenza della Corte EDU sul tema è ampiamente descritta in E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, al quale ci permettiamo di rinviare.

dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Questa questione, come si vedrà, provoca non poche incertezze e disparità di trattamento, stante il vigente ma irragionevole e casuale riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo (competente per le sanzioni IVASS e Antitrust) e il giudice ordinario (competente con rito “atipico” in unico grado per le sanzioni Consob e Banca Italia).

In secondo luogo, ancora meritevole di interesse, la interpretazione, sulla scia della decisione del Consiglio di Stato del 2015, della teoria del margine di apprezzamento dello Stato, considerato non sussistente in tema di procedimenti sanzionatori, data la legge 28 dicembre 2008 n. 262, che ha già previsto per questi procedimenti principi stringenti sul contraddittorio e sulla conoscenza degli atti.

In terzo luogo, ed infine, assai interessanti le considerazioni circa lo *ius variandi* dell'autorità, che sono ancora una volta legate alla particolare qualificazione della sanzione.

Ne scaturisce, come si accennava, un quadro interpretativo del tutto coerente con le decisioni sovranazionali che però, da un altro lato, ripropone una serie di dubbi sulla opportunità del mantenimento della giurisdizione ordinaria – con rito atipico – per le sanzioni Consob e Banca d'Italia. La giurisdizione amministrativa, per varie ragioni che esamineremo conclusivamente, pare confermarsi viepiù come la giurisdizione naturale per questo tipo di contenzioso.

2. La sentenza del Consiglio di Stato del 2015: un precedente che sembrava dimenticato.

È opportuno ricordare brevemente gli antecedenti.

Nel 2015 il Consiglio di Stato adottò una decisione sulle procedure sanzionatorie della Consob, che – pur essendo rimasta scolpita nei commenti della dottrina⁵ – parve di poca efficacia pratica, dato che la giurisdizione sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia, medio tempore, era passata al giudice ordinario⁶.

⁵ Cfr. la dottrina richiamata sopra alla nt. 3.

⁶ Vale la pena di riportare per esteso alcuni passaggi del percorso ragionativo del Consiglio di Stato. Nel regolamento Consob del 2005, ritenne il Consiglio di Stato, non viene garantita la separazione tra fase istruttoria e fase decisoria, poiché tale separazione assume «carattere meramente funzionale, e non è tale, pertanto, da assicurare la c.d. imparzialità oggettiva, ovvero che il soggetto che decide sulla sanzione sia diverso, da un punto di vista strutturale e organizzativo, da quello che svolge l'istruttoria». Infatti, «l'Ufficio competente, l'Ufficio sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso Presidente;[...] ed in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 § 1 della Convenzione». Ne discende quindi che «il contraddittorio che si svolge nell'ambito del procedimento sanzionatorio rimane, quindi, un contraddittorio di tipo verticale, in cui il privato si confronta con un soggetto che non si colloca in posizione di parità, ma ha un ruolo di superiorità, essendo lo stesso soggetto titolare del potere di irrogare la sanzione». Questo modello procedimentale viola, dunque, «il principio del contraddittorio che è legislativamente previsto: non vi è alcun dubbio difatti che «la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla Consob presenti numerose criticità (che neanche il successivo regolamento del 2013 riesce a superare), sul piano del rispetto del c.d. fair trial». E questo perché alla limitata partecipazione iniziale, segue il procedimento sanzionatorio in totale assenza di contraddittorio. Nella fase istruttoria, infatti, dopo la contestazione dell'addebito, agli interessati non viene garantito «un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno» instaurandosi il contraddittorio «unicamente tra costoro e la Divisione competente che ha compiuto gli accertamenti sfociati nella contestazione». Indubbiamente «anche questo Ufficio, nel formulare la proposta per la Commissione, terrà conto delle medesime deduzioni difensive e di quelle ulteriori che gli siano nel frattempo pervenute. Non è previsto, però, che la proposta dell'Ufficio sanzioni amministrative sia comunicata alle controparti e che su di essa si instauri quindi alcuna forma di contraddittorio sia con l'Ufficio sanzioni prima dell'invio della relazione conclusiva, sia davanti alla Commissione». «Manca, quindi, qualunque interlocuzione tra l'ufficio titolare del potere di decisione finale e il soggetto che quella decisione subirà».

In quella sentenza il Consiglio di Stato, poco dopo la famosa decisione *Grande Stevens* della Corte EDU⁷, ritenne che il regolamento sanzionatorio della Consob era illegittimo (anche se esso non fu poi annullato per un problema di natura processuale).

Le ragioni della illegittimità della normativa vennero ricostruite sulla base dei seguenti punti:

a) le sanzioni della Consob possono essere considerate come sostanzialmente penali sulla base dell'applicazione dei c.d. criteri "*Engel*" delineati dalla Corte EDU. Per queste ragioni a tali sanzioni dovrebbe applicarsi l'art. 6 CEDU, in tema di giusto processo;

b) la Corte EDU, tuttavia, – secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato – lascia al margine di apprezzamento degli Stati decidere se collocare queste garanzie nella fase procedimentale o nella fase di opposizione alla sanzione;

c) la legge 28 dicembre 2005 n. 262 (c.d. legge sulla tutela del risparmio) ha previsto alcuni vincoli specifici rispetto alle procedure sanzionatorie delle autorità di regolazione dei mercati (rispetto del contraddittorio, rispetto della separazione tra attività istruttoria e attività decisoria, piena conoscenza degli atti). Tali vincoli sono caratterizzati da uno *standard* di garanzie assai più elevato rispetto alle garanzie di partecipazione nel procedimento amministrativo. Queste garanzie, che non mutano la natura giuridica del procedimento, vincolano però la amministrazione al rispetto di regole sostanzialmente processuali (contraddittorio di tipo orizzontale, parità delle armi, possibilità di difesa su tutti i capi di accusa, udienza pubblica di discussione);

d) il regolamento Consob non rispettava tali regole. Inoltre, *de iure condendo*, e come monito al legislatore, il Consiglio di Stato auspicava una riforma legislativa delle autorità per garantire una sostanziale separazione tra attività istruttoria e attività decisoria come accade nel mondo finanziario più evoluto. Il modello anglosassone, come noto, si basa su due autorità formalmente e sostanzialmente separate, mentre la Francia, che aveva un modello simile a quello italiano, ha dovuto riformare il sistema e separarlo sulla base di alcune decisioni della Corte EDU⁸.

Questa decisione aveva alcuni pregi evidenti.

Da una parte si ricollegava alle decisioni della Corte EDU per quanto concerne la natura penale della sanzione, ma rivendicava parimenti la scelta discrezionale del

⁷ Cfr. Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*. Sulla sentenza *Grande Stevens* cfr., *ex multis*, M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di "market-abuse"*, in *Giur. cost.*, 2014, 2942 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno 2014; A. LANZAFAME, *Il ne bis in idem vale anche per le sanzioni amministrative di natura afflittiva: la Corte di Strasburgo conferma l'approccio sostanzialistico e traccia la strada per il superamento del "doppio binario"*, in *federalismi.it*, 20 giugno 2014, 2/2014. G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss.; G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani. Il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. delle società*, 2014, 693 ss.; B. BARMANN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2017, 306 ss., nonché, volendo, E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3007 ss.

⁸ Ampi riferimenti alla giurisprudenza relativa al caso francese in E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., 93 ss.

legislatore italiano di collocare già le garanzie del contraddittorio, della separazione tra attività istruttoria e decisoria, della pubblicità e della pubblica udienza, nella fase del procedimento. L'effetto, anche da un punto di vista dogmatico, era quello di non trasformare il procedimento in un processo, elevando però allo stesso tempo le garanzie del procedimento (quando si tratti di procedimenti sanzionatori sostanzialmente penali).

Come si accennava, tuttavia, la decisione sembrava rimasta un caso isolato. Il trasferimento della giurisdizione alla Corte di appello di Roma per le sanzioni della Banca d'Italia e alle Corti di appello, competenti per territorio per le sanzioni Consob, aveva fatto cadere nel vuoto quella decisione, sino a queste due sentenze che ne hanno rivitalizzato – e rafforzato – argomentazioni ed effetti.

3. *Le sentenze 2042 e 2043 del 2019 del Consiglio di Stato*

Le due sentenze del Consiglio di Stato, come si è detto, annullano una il regolamento sanzionatorio dell'IVASS e l'altra un atto di rettifica della contestazione della sanzione.

Nella prima (cronologicamente la seconda) si trattava di una sanzione di circa 27.000 euro irrogata a Unipolsai Assicurazioni S.p.a. per alcune violazioni del d.lgs. n. 209 del 2005 e del regolamento ISVAP 4 marzo 2008, n. 16.

Secondo il Consiglio di Stato tale sanzione «*non è una sanzione penale in senso stretto, perché l'ordinamento non la qualifica come tale, ma ne ha il carattere sostanziale in base alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, e in particolare ai c.d. criteri Engel, elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella sentenza 8 giugno 1976 Engel e altri c. Paesi Bassi. Ciò si afferma argomentando dalla natura della norma che prevede l'infrazione, volta ad assicurare il buon andamento di un mercato rilevante come quello assicurativo, e quindi la tutela di interessi generali della società normalmente presidiati dal diritto penale, nonché sia dalla natura e particolare severità delle sanzioni applicabili, che possono ledere il credito dei soggetti interessati e produrre conseguenze patrimoniali importanti, come è evidente dai gli importi di cui si ragiona*»⁹.

Richiamata la sentenza del 2015¹⁰, e dunque i vincoli per l'autorità derivante dal d.lgs. n. 209 del 2015 che impone all'istituto di disciplinare il procedimento di applicazione delle sanzioni nel rispetto del principio del contraddittorio, il Consiglio di Stato esamina il regolamento n. 1 del 2013 dell'IVASS che si basa sui seguenti principi: l'organo interno competente contesta la violazione; il relativo atto viene notificato all'interessato e questi entro un termine può presentare le proprie difese nelle forme delle controdeduzioni, della produzione documentale e della richiesta di essere sentito. L'esito dell'istruttoria, comprensivo delle difese dell'interessato, è riportato in una relazione motivata, che è trasmessa al Servizio sanzioni, competente a predisporre la proposta motivata di sanzione o di archiviazione, proposta sulla quale decide il Direttorio.

Orbene, afferma il Consiglio di Stato «*Nei termini appena illustrati, e analogamente al caso deciso dalla sentenza 1595/2015, si nota che il contraddittorio non è garantito appieno, dato che l'interessato non ha possibilità di interloquire sulla relazione conclusiva sottoposta al Servizio sanzioni, nella quale pure possono essere contenute valutazioni, in particolare la definitiva qualificazione giuridica dei fatti contestati, non necessariamente oggetto di confronto durante la*

⁹ Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043, punto 5.3.

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1995, cit.

fase istruttoria. La previsione regolamentare è quindi illegittima, la norma relativa va annullata, e con essa l'ordinanza emessa sulla sua base»¹¹.

Nella seconda sentenza l'IVASS, sempre in relazione ad Unipolsai Assicurazioni S.p.a, dopo aver emesso una articolata contestazione di addebito, riteneva di dover tornare sulla contestazione ed emetteva un "atto di rettifica". Mentre nell'atto originario le violazioni erano nove, costituenti in tutto tre illeciti amministrativi, con sanzione astrattamente applicabile in una somma pari a 12.000 euro nel minimo e 120.000 euro nel massimo, nell'atto di rettifica vi sono quarantadue violazioni corrispondenti ad altrettanti illeciti, e di conseguenza una sanzione astrattamente applicabile assai superiore rispetto alla prima, sia nel minimo che nel massimo.

Qualificata ancora una volta la sanzione come sostanzialmente penale sulla base dei criteri "Engel", il Consiglio di Stato richiama «*la sentenza della Corte Europea II Sezione, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, secondo la quale l'art. 6 della Convenzione richiede che l'incolpato sia informato tempestivamente non solo della causa dell'accusa, cioè dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche, in modo dettagliato, della qualificazione giuridica data ad essi*»¹². Si tratterebbe dunque, secondo tale criterio interpretativo, non di una rettifica, ma «*di una nuova contestazione illegittima, perché, a prescindere da ogni altro rilievo, è stata adottata evidentemente oltre il termine massimo di 120 giorni disponibili*»¹³.

L'atto inoltre non sarebbe endoprocedimentale, e dunque non autonomamente lesivo, ma di natura provvedimentale «*perché volto, oltre che ad iniziare il procedimento sanzionatorio, anche ad orientarne l'esito in un certo modo in via preventiva, ovvero a dichiarare che l'istituto avrebbe applicato in un dato modo una norma di regolamento pertinente alla fattispecie*»¹⁴. Difatti «*la nuova contestazione era volta, per implicito ma inequivocabilmente, ad escludere l'applicabilità del più lieve trattamento sanzionatorio indicato dalla contestazione originaria*»¹⁵.

4. La opposta giurisprudenza della Cassazione sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia.

Queste due decisioni sono accomunate da una unica matrice di pensiero: le sanzioni amministrative delle autorità di regolazione dei mercati finanziari sono, secondo i criteri consolidati della Corte EDU, sanzioni sostanzialmente penali. La letteratura su questo punto, sui criteri Engel, sulla applicazione di tali criteri a sanzioni che possono arrivare a milioni di euro, che sono pubblicate, che non possono essere assicurate proprio per garantirne l'effetto "punitivo," è ormai così ampia che non occorre effettuare su questo aspetto particolari valutazioni¹⁶.

¹¹ Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043, punto 5.7.

¹² Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, punto 12.7.

¹³ Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, cit., punto 12.8.

¹⁴ Tar Lazio Roma, sez. I, 16 febbraio 2012 n. 1620, citata da Cons. di Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, cit., punto 12.10.

¹⁵ Cons. di Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, punto 12.10.

¹⁶ Si rinvia, *ex multis*, a L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, in www.irpa.eu; S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, con prefazione di V. Cerulli Irelli, Giappichelli, Torino, 2018, spec. 229 ss.; W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 597 ss.

Tuttavia, dice il Consiglio di Stato, non occorre cercare nei principi sovranazionali ciò che esiste già nella legislazione interna. La l. n. 262 del 2005, così come il d.lgs. n. 209 del 2015, traducono nell'ordinamento interno, sostanzialmente, i principi di cui all'art. 6 CEDU, garantendo un livello di contraddittorio procedimentale con *standard* assai superiori rispetto al procedimento amministrativo disciplinato nella l. n. 241 del 1990 (e successive modificazioni).

Rispetto a tali sanzioni, inoltre, il sistema delle garanzie è maggiore, tanto che illecito e qualificazione giuridica dell'illecito debbono essere tra loro legati, con la conseguenza che la modifica della seconda costituisce non una rettifica ma una nuova contestazione.

Queste linee interpretative sono invero del tutto coerenti con la giurisprudenza sovranazionale della Corte EDU, non solo relativa all'Italia, ma anche ad altri paesi, e finanche con le letture che la dottrina dette della l. n. 262 del 2005¹⁷.

Rispetto a questa lettura e interpretazione, tuttavia, non può non evidenziarsi come la giurisprudenza dei giudici ordinari e della Cassazione, rimasti competenti per le sanzioni Consob e Banca d'Italia - che presentano tuttavia caratteristiche sostanziali e procedurali identiche alle sanzioni IVASS- sia non solo differente ma quasi oppositiva.

Secondo la Cassazione, infatti, sanzioni sostanzialmente penali sarebbero solo le sanzioni Consob in materia di *market abuse*, mentre non lo sarebbero le sanzioni Consob riferite ad altre fattispecie (che pure possono arrivare a diverse centinaia di migliaia di euro) e neppure le sanzioni della Banca di Italia¹⁸. Tale tesi, che recentemente è stata anche indirettamente criticata dalla Corte costituzionale¹⁹, è chiaramente contraria alla

¹⁷ Sul punto cfr. M. CLARICH, I procedimenti e le forme di collaborazione tra Autorità di vigilanza, in *La legge per la tutela del risparmio*, a cura di P.ABBADESSA, F. CESARINI, Bologna, 2007, 168; F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio (L. n. 262 del 2005)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1/2006, 125 ss.; E. ROTOLO, *La regolamentazione delle funzioni della Banca d'Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 12/2006, 1363 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 166 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti della sanzione amministrativa tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2019, 3 ed., 73 ss.

¹⁸ La Cassazione ha, dunque ad esempio escluso che le sanzioni di Banca d'Italia fossero considerabili come penali alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, basandosi sulla specificità della vicenda affrontata nella sentenza *Grande Stevens* ed espressamente ricordando che in questo caso la Corte Edu «ha concentrato la sua attenzione sulla natura e sulla severità della sanzione che può essere inflitta ai ricorrenti, rilevando che la Consob può infliggere una sanzione pecuniaria fino a 5.000.000 di euro e questo massimo ordinario può, in alcune circostanze, essere triplicato o elevato fino a dieci volte il prodotto o il profitto ottenuto grazie al comportamento illecito; che l'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate comporta per i rappresentanti delle società coinvolte la perdita temporanea della loro onorabilità e se tali società sono quotate in borsa, ai loro rappresentanti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nelle società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni, e chiedere agli ordini professionali la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio della sua attività professionale; che infine l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo». Per queste ragioni, quindi, la Suprema Corte ha escluso che le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia per violazione dell'art. 144 del TUB, siano equiparabili, «per tipologia, severità ed idoneità ad incidere sulla sfera patrimoniale e personale dei destinatari, a quelle previste nel caso esaminato nella sentenza *Grande Stevens*. Di conseguenza, alla stregua dei criteri enunciati dalla Corte di Strasburgo, non sembra possibile attribuire carattere penale a tali sanzioni; sicché in considerazione della natura meramente amministrativa delle stesse, non si pone un problema di compatibilità del procedimento sanzionatorio previsto in materia con le garanzie riservate ai processi "penali" dall'art. 6 della Convenzione per i diritti dell'uomo: così Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2016 n. 3656, con nota di F. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017, 147 ss.

¹⁹ Cfr. al proposito Corte cost., sent. n. 63 del 2019, con la quale la Corte ha ritenuto di poter applicare alle sanzioni Consob - il caso proposto riguardava gli abusi di mercato - il principio di retroattività favorevole. In tale decisione la Corte aggiunge che la giurisprudenza EDU deve essere interpretata al di là dei casi

giurisprudenza sovranazionale e presta il fianco ad ulteriori condanne dell'Italia a Strasburgo.

In secondo luogo, i regolamenti Consob e Banca d'Italia – anteriori alle modifiche quasi imposte dalla sentenza Grande Stevens e dalla sentenza del Consiglio di Stato – sono sostanzialmente identici, nella loro impostazione, al regolamento IVASS che è stato ora annullato dal Consiglio di Stato. Tuttavia la Corte di Cassazione ne ha sempre ribadito la legittimità, considerando più che sufficiente il livello di contraddittorio²⁰.

Abbiamo pertanto, in un settore sensibile quale quello finanziario, una spaccatura evidente nel livello delle garanzie, tutela dei diritti, e certezza del diritto. La qual cosa, tra l'altro, aumenta il rischio paese per investitori e operatori del settore.

5. Qual è il razionale di questa suddivisione di giurisdizione?

Questa incertezza del diritto nasce da due sentenze della Corte costituzionale del 2012²¹ e del 2014²², con le quali la Corte ritenne che il trasferimento della giurisdizione sulle sanzioni al giudice amministrativo con competenza esclusiva, effettuato dal codice del processo amministrativo, fosse illegittimo per eccesso di delega.

Il codice sul processo amministrativo aveva effettuato una meritoria razionalizzazione, attribuendo le sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati alla giurisdizione esclusiva del TAR del Lazio. Nel recente passato, infatti, la gran parte delle leggi che avevano istituito le autorità indipendenti, avevano optato per la giurisdizione

espressamente considerati. Su questa sentenza cfr. con osservazione di M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019; G. VITALI, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, *ivi*; E. BINDI-A PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in corso di pubblicazione in *Giur. Comm.* 2019.

²⁰ La Cassazione ritiene che i procedimenti sanzionatori, sia di Consob che di Banca di Italia sono legittimi (nella versione anteriore alle modifiche del 2013). La Corte richiama sempre il proprio precedente delle Sezioni Unite n. 2093 del maggio 2009 per sostenere che la mancata comunicazione della relazione USA (nel caso delle sanzioni Consob) e della mancata comunicazione della proposta conclusiva formulata al Direttorio della Banca di Italia (nel caso delle sanzioni Banca d'Italia) non inficia la legittimità del contraddittorio. Secondo la Corte, infatti, ai fini del rispetto del contraddittorio è sufficiente che venga effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato, dato che i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost) "riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge davanti al giudice e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi". Il procedimento, infatti, è considerabile come amministrativo «non partecipando tale procedimento della natura giurisdizionale del processo, che secondo la normativa citata è soltanto quella che si svolge davanti ad un giudice». Cass. civ., sez. II n. 1205 del 2017; cfr. già Cass. civ., sez. II n. 770 del 2017, Cass. civ., sez. II n. 8216 del 2016. Cass. civ., sez. II n. 4725 del 2016.

²¹ Corte cost., sent. n. 162 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 2204 ss., con osservazione di G. SERGES, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*, 2218 ss.; su tale sentenza v. anche i commenti di M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, fasc. 6, 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.*, 2013, 684 ss.; A. CERRATO, *La "reviviscenza" della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob*, *ivi*, 1348 ss.; A. PAJNO, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, n. 1, 5 ss..

²² Corte cost. sent. n. 94 del 2014, in *Giur. cost.* 2014, 1681 ss., con osservazione di G. SERGES, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, 1692 ss.

esclusiva del giudice amministrativo, principalmente in ragione della difficoltà di operare distinzioni rigide tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Erano così state attribuite al giudice amministrativo le decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come gli atti dell'autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Del pari, nel settore delle autorità finanziarie, la medesima scelta era stata operata anche per i giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative in materia assicurativa.

Le due principali eccezioni erano le sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia (art. 145 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e dalla Consob (art. 195 del Testo unico della finanza). In relazione ad esse il giudizio di opposizione era attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario, con procedimento camerale che si svolgeva in unico grado innanzi alla Corte d'appello (Corte di appello di Roma nel caso delle sanzioni di Banca d'Italia).

La scelta per la giurisdizione del giudice ordinario, con giudizio camerale in unico grado davanti alla Corte di appello (con giurisdizione esclusiva della Corte di appello di Roma per le sanzioni della Banca d'Italia), tuttavia, era quasi un "residuo bellico" della legge bancaria del 1936, e pertanto, con l'occasione dell'approvazione del Codice del processo amministrativo nel 2010²³, la giurisdizione fu trasferita al giudice amministrativo (Tar del Lazio con competenza esclusiva). La scelta era razionale, sia in termini di coerenza di sistema ma anche in relazione alle caratteristiche sostanziali dei procedimenti sanzionatori, funzionalmente correlati all'attività di vigilanza, quest'ultima espressione di un potere discrezionale dell'autorità amministrativa.

A seguito dell'approvazione del codice del processo amministrativo, dunque, la storica questione dell'atipicità del rito per l'impugnazione delle sanzioni Consob e Banca d'Italia, sembrava aver trovato una sua definitiva e razionale soluzione legislativa nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Questa soluzione attribuiva tutte le sanzioni delle autorità indipendenti al giudice amministrativo, con il vantaggio di creare anche un modello di giurisdizione sostanzialmente uniforme nei confronti delle sanzioni di queste autorità che, indubbiamente, presentano caratteristiche comuni.

Fu invece sollevata una questione di costituzionalità relativa alla norma del decreto legislativo di approvazione del codice del processo amministrativo, proprio nella parte in cui questo statuiva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le sanzioni pecuniarie emanate dalla Consob, sostenendo sia la esistenza di un eccesso di delega del decreto, sia che la giurisprudenza della Cassazione era ormai orientata nel considerare che l'esercizio del potere sanzionatorio non fosse caratterizzato da discrezionalità amministrativa.

La questione fu accolta dalla Corte, che da un lato ritenne che i principi e i criteri direttivi non fossero sufficientemente determinati nella legge di delegazione²⁴, e dall'altro

²³ Cfr. d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133 "Materie di giurisdizione esclusiva".

²⁴ A dire della Corte, la delega in oggetto «*deve essere qualificata come una delega per il riordino e il riassetto normativo*» (altrimenti definibile come testo unico). Questa prima qualificazione è decisiva per gli esiti della sentenza, poiché la giurisprudenza costituzionale in materia di eccesso di delega in ipotesi di riordino o riassetto di settori normativi è assai stringente, permettendo, come sottolinea la sentenza n. 162/2012, «*introduzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato*». Questa interpretazione restrittiva è logica, perché se il fine della delega è il *mero riassetto* della normativa vigente, eventuali norme innovative debbono trovare principi rigorosi che li giustificano, essendo la *ratio* della delegazione non finalizzata ad introdurre un assetto normativo nuovo ma semplicemente a ricomporre ad

lato che effettivamente la giurisprudenza della Cassazione si era ormai orientata nel considerare l'attività sanzionatoria come una attività vincolata e pertanto priva di discrezionalità amministrativa. Nel dispositivo, inoltre, la Corte dichiarò la reviviscenza della normativa precedentemente abrogata, e cioè l'art. 147 del TUF, facendo espressamente riespandere la "vecchia" giurisdizione camerale della Corte di appello²⁵. Due anni dopo, e per le stesse ragioni, fu dichiarato incostituzionale la giurisdizione amministrativa anche per l'opposizione alle sanzioni della Banca d'Italia²⁶.

A conclusione di questi eventi, quindi, il lungo percorso era tornato, un po' casualmente, al punto di partenza. L'attuale giurisdizione della Corte di appello, con rito camerale (oggi camerale atipico in conseguenza delle correzioni effettuate dal d.lgs. n. 72 del 2015²⁷) non deriva da un processo di rinnovazione legislativa consapevole, ma solo dalla riespansione di una precedente normativa abrogata da un atto ritenuto costituzionalmente viziato non nel merito ma per eccesso di delega.

6. Le sanzioni delle autorità di regolazione tra accertamento e discrezionalità

Queste decisioni del Consiglio di Stato, diametralmente opposte rispetto alle decisioni sugli stessi temi assunte dalla Corte di Cassazione, ripropongono il problema di quale debba essere, in questa materia, il "giudice naturale", questione evidentemente legata alla natura dell'attività sanzionatoria.

È noto che l'orientamento prevalente, specialmente nella giurisprudenza della Cassazione, è quello di escludere il carattere discrezionale dell'attività sanzionatoria, sia in relazione all'*an* che in relazione al *quantum* della sanzione. Secondo la Cassazione le Autorità, in sede di irrogazione della sanzione, esercitano una attività vincolata al mero accertamento del profilo oggettivo e soggettivo della violazione, a seguito di una attività interpretativa di norme e non discrezionale nel senso del bilanciamento di interessi primari e secondari, tanto che la sanzione verrebbe assunta solo sulla base della gravità della violazione e, pertanto, non in forza di una operazione connotata da discrezionalità

unità il sistema normativo vigente. Cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2012, cit., punto

²⁵ Corte cost., sent. n. 162 del 2012, cit., punto 5.

²⁶ Corte cost. sent. n. 94 del 2014, cit., punto 5.

²⁷ Il d.lgs. 12 maggio 2015 n. 72 ha introdotto due riti diversi a seconda del momento temporale di opposizione alla sanzione. Nel caso di giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto si applicherebbe il "vecchio" giudizio camerale con udienze pubbliche (nell'intento di sanare i processi in corsi dal c.d. effetto *Grande Stevens*). Nel caso di giudizi proposti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo in questione si applicherebbe invece un nuovo rito, ancora in Corte di appello, ma con un grado maggiore di formalizzazione. Per un esame delle novità introdotte dal decreto legislativo n. 72 del 2015 cfr. E. BINDI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano*, cit.; ASSONIME, *Il regime delle sanzioni nel decreto di recepimento della CRD-IV*, Circolare n. 20/2016, in *Riv. soc.*, 2016, 1178 ss.; R. DELLA VECCHIA-P. TAMBURELLO, *Il regime sanzionatorio in materia bancaria e finanziaria: novità normative e spunti di riflessione*, in www.dirittobancario.it, luglio 2016; E. DESANA, *I procedimenti sanzionatori Banca d'Italia: l'insostenibile leggerezza dei termini*, cit.; F. SALERNO, *Poteri sanzionatori e responsabilità congiunta dei controllori*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 17, 2018 1 ss., spec. 21 ss.; V. CARIDI, *La nuova disciplina delle sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2017, 15 ss.

amministrativa²⁸.

Nondimeno tale tesi non è da tutti condivisa, e proprio l'attività sanzionatoria delle Autorità di regolazione dei mercati costituisce un valido banco di prova della teoria alternativa²⁹.

In primo luogo, l'attività sanzionatoria delle Autorità (ci riferiamo a Consob, Banca d'Italia e IVASS, avendo l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato caratteristiche differenti) è sostanzialmente applicativa di concetti giuridici indeterminati, di natura largamente valoriale, quali la sana e prudente gestione, il buon andamento del mercato, la gravità, la pericolosità, l'offensività dell'infrazione. Tali concetti permeano e indirizzano la normativa regolatoria e per conseguenza sanzionatoria, ma 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.

Dunque non si tratta di una mera interpretazione normativa, quanto piuttosto di discrezionalità amministrativa, dato che per applicare la disposizione occorre effettuare bilanciamenti tra l'interesse specifico protetto dalla norma e l'interesse generale che ad essa è esterno.

Pensiamo, solo per esemplificare, all'art. 144^{ter}, lett. a), del TUB che prevede che la condotta debba aver inciso in modo rilevante sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendale. Una tale valutazione è necessariamente basata su di una serie di passaggi, non meramente interpretativi delle norme, quanto piuttosto fondati su bilanciamenti di interessi e finanche su aspettative del regolatore (formalizzate o meno). I profili di rischio, ad esempio: come si apprezza e si valuta se la condotta ha reso pericoloso il profilo di rischio tanto da legittimare l'irrogazione della sanzione? È evidente che l'Autorità deve svolgere valutazioni, basate su interessi esterni alla norma, ma tuttavia necessari per raggiungere il fine pubblico che la normativa nel suo complesso attribuisce alla sua cura (nel caso la stabilità).

In secondo luogo, secondo la giurisprudenza costante della Cassazione alle sanzioni amministrative delle autorità indipendenti doveva applicarsi il principio di presunzione di colpevolezza. Questo faceva sì che l'intensità dell'elemento soggettivo non costituiva oggetto di valutazione nella emanazione della sanzione, venendo a mancare un ulteriore parametro di riferimento.³⁰

In terzo luogo, ed in relazione al *quantum* della sanzione, la forbice tra il minimo e il massimo è ampissima. Ancora per esemplificare: l'art. 144, comma 1, del TUB prevede una sanzione che va da un minimo di 30.000 euro ad un massimo del 10% del fatturato.³¹ Dato

²⁸ Cfr. ad es. Cass. civ. sez. un. 11 luglio 2001 n. 9383, dove si afferma che "il criterio legale che la detta scelta deve seguire è soltanto la commisurazione della sanzione all'entità della violazione, conformemente al contenuto tipico di ogni potere punitivo, sia di tipo penale che di carattere amministrativo".

²⁹ Cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, 2017, 91 ss.; F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2013, 79 ss.

³⁰ Questo aspetto sembra modificato dal d. lgs 12 maggio 2015 n. 72, che ha modificato l'art. 144 quater "criteri per la determinazione delle sanzioni" prevedendo al comma 1 lett. b) il criterio del grado di responsabilità.

³¹ Ma gli esempi sono moltissimi. Cfr. art. 144 ter del TUB, intitolato "Altre sanzioni amministrative agli esponenti o al personale" dove è prevista una sanzione pecuniaria da 5.000 euro fino a 5 milioni di euro.

che si tratta di imprese che svolgono attività di intermediazione creditizia (tra l'altro) e quindi con fatturati in alcuni casi di molti miliardi di euro, è agevole comprendere quale sia la forbice tra minimo e massimo all'interno della quale si muove la discrezionalità dell'autorità. È difficile pensare che una tale discrezionalità sia solo interpretativa, e non conseguente a bilanciamenti relativi ad interessi diversi.

Costituisce infine un dato oggettivo che il procedimento sanzionatorio si inserisce all'interno della più generale attività di vigilanza, di cui normalmente costituisce una delle possibili conclusioni. È dalle ispezioni che normalmente scaturiscono i procedimenti sanzionatori, come sub-procedimenti autonomi all'interno della funzione ispettiva. A tale proposito il Consiglio di Stato aveva a suo tempo opportunamente stigmatizzato come l'attività sanzionatoria dovesse considerarsi *«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»*³².

Questo comporta che nell'analisi della sanzione è molto difficile, alla fine, separare la situazione giuridica soggettiva di diritto rispetto al sindacato sulla discrezionalità³³. In molti casi il fatto presupposto (cioè la violazione di una norma speciale o di un parametro generale come la "sana e prudente gestione") richiede valutazioni complesse rispetto alle quali anche il giudice ordinario mantiene generalmente un atteggiamento di "deferenza".

La distinzione tra attività di vigilanza, attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo, e attività sanzionatoria, rimessa al giudice ordinario, può apparire dunque artificiosa e finanche formalistica.

La casistica, del resto, sembra dimostrare che assai di rado i giudizi di opposizione a queste sanzioni davanti alla Corte di appello con rito camerale si concludono con sentenze di accoglimento che sostituiscono la valutazione dell'autorità con quella del giudice. Gli stessi casi nei quali viene disposta una consulenza tecnica d'ufficio o comunque una qualche forma di istruzione probatoria sono praticamente inesistenti. In definitiva, l'intensità e l'effettività del controllo giurisdizionale del giudice ordinario sembra assai minore dell'effettività e dell'intensità del controllo del giudice amministrativo. Ciò tenuto anche conto che quest'ultimo ormai dispone di strumenti (consulenza tecnica d'ufficio, verificazioni) per *«l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche»* (art. 63, comma 4, del Codice del processo amministrativo).

In definitiva, il sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere, attraverso le sue figure sintomatiche, costituisce ancora oggi lo strumento per assicurare, da un lato, quella sfera insindacabile della scelta amministrativa che è connaturata all'esercizio della funzione amministrativa e, dall'altro lato, la miglior garanzia per i cittadini circa il corretto esercizio del potere.

³² Per una descrizione di tutta la vicenda cfr. M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, cit., 1166.

³³ La Corte costituzionale, a proposito delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e a giustificazione della specialità della giurisdizione della Corte d'appello di Roma, aveva sottolineato la particolarità della procedura sanzionatoria in quanto *«direttamente inerente alla vigilanza sul corretto esercizio dell'attività da parte degli enti autorizzati allo svolgimento dell'attività bancaria»*: così testualmente il *Considerato in diritto*, punto 4.3, della sent. n. 49 del 1999.