

La “complessa spartizione” della vigilanza sulle polizze vita (*)
di Gianluca Romagnoli

SOMMARIO: 1. - Competenze di Ivass e Consob. 2. - Coordinamento di azioni delle due autorità. 3. - Poteri di intervento. 4. - Procedimenti e sanzioni. 5. - Rimedi giurisdizionali.

1.- Competenze di Ivass e Consob. La complessità e la delicatezza dei compiti affidati alle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, dovrebbe imporre al legislatore che intende modificarne competenze o funzioni un'estrema attenzione se non cautela. Infatti anche ciò che appare un minimo ritocco migliorativo, se non adeguatamente ponderato, può produrre incertezza e discutibili disparità di trattamento tra situazioni e bisogni sostanzialmente analoghi.

La necessità d'un'allerta per chi si accinge ad approntare innovazioni al “tessuto normativo” dovrebbe essere immediata e doverosa a fronte dell'obiettiva capacità delle amministrazioni di settore di condizionare ed orientare i vigilati indipendentemente dal ricorso a prerogative formali; infatti, l'attribuzione alle stesse di un esteso potere normativo integrativo, applicativo e sanzionatorio delle disposizioni primarie, opera come fattore di accrescimento del peso delle diverse autorità¹.

Un difetto di ponderazione sicuramente caratterizza la disciplina risultante dall'innesto –non felice- sulle preesistenti norme di quelle “nuove” della legge sul risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262). Quella, che ad alcuni² è parsa una condivisibile uniformazione del regime di tutte le occasioni di investimento in senso ampio, “parificando verso” l'alto il livello di tutela dei contraenti non professionali con “l'omologazione” della disciplina di taluni prodotti assicurativi (art. 1, 1° comma, lett. w - *bis*, Tuf) , è stata attuata disinteressandosi delle conseguenze della “scofigurazione” delle competenze delle amministrazioni di settore e, quindi, non solo con una serie problematica di richiami selettivi a regole concepite per i prodotti e gli strumenti finanziari³.

(*) Il presente scritto, con l'aggiunta d'alcune note, riprende gli argomenti di una relazione svolta a Milano il giorno 9 ottobre 2013.

¹ G. Romagnoli, *Consob. Profili e attività*, Torino, 2012, p. 93.

² F. Capriglione, *La legge sul risparmio tra tutela degli investitori e ridefinizione degli assetti istituzionali di vertice*, in A.a. V.v., *La nuova legge sul risparmio*, a cura di Capriglione, Padova, 2006, p. 23; G. Rossi, *La legge sulla tutela del risparmio ed il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 8 ss.

³ Per una sintesi dei quali, si veda, per tutti, C. Carlevale, *I prodotti finanziari assicurativi*, in *Assicurazioni*, 2007, I, p. 654 e p. 663 ss.

A fianco dei rilevanti interrogativi di portata sistematica che hanno impegnato la dottrina specialistica⁴ si pongono, dunque, delle questioni trascurate ma non meno rilevanti sol si considera che le autorità, prima del giudice, sono chiamate a verificare il rispetto delle regole ed assicurarne la loro effettività. Risulta, dunque, tutt'altro che indifferente il fatto che la medesima tutela debba essere garantita da amministrazioni tra loro autonome, la cui azione è retta da regolamenti propri⁵ e che, magari, seguono prassi operative che si caratterizzano per una diversa sensibilità per i medesimi bisogni. È, invero, dato acquisito e non contestabile che <<ha più potere chi legittimamente applica le norme di chi legittimamente le produce>>⁶ per la forza di condizionamento che consegue anche alla semplice spettanza di un potere pubblico di conformazione.

Evidenza, quest'ultima che, peraltro, consente di ridimensionare la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione di quella scelta domestica di imporre la predisposizione di un prospetto informativo anche per l'offerta di prodotti finanziari assicurativi, da trasmettere alla Consob contestualmente all'avvio del loro "collocamento" (art. 31, 1° comma, reg. emittenti). La ragionevole contrarietà al divieto dei controlli preventivi e sistematici del diritto europeo (art. 6, 5° par., dir. 2002/83/CE)⁷, risulta ridimensionata da una scelta di fondo di una spartizione "discontinua" od "intermittente" di competenze secondo cui spetta ad Ivass la funzione di vigilanza di stabilità prudenziale sulle imprese assicurative e sugli intermediari nonché quella sulla correttezza dell'offerta dei contratti vita "semplici" mentre è riservata a Consob quella sulla trasparenza e correttezza della commercializzazione delle polizze a carattere finanziario⁸.

⁴ G. Volpe Putzolu, *Le polizze linked tra norme comunitarie, t.u.f. e codice civile*, in *Assicurazioni*, 2012, I, p. 398 ss.; P. Corrias, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Assicurazioni*, 2011, I, p. 387 ss.

⁵ Cfr G. Romagnoli, *L'azione delle autorità di vigilanza come forma d'eterotutela dell'assicurato e dell'investitore*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1091 ss.

⁶ G. Berti, *Normatività, leggi dello stato e diritti della persona*, in *Jus*, 1985, p. 338.

⁷ La giurisprudenza europea (Cort. giust. CE, 11 novembre 2000, C- 296/98 ed, incidentalmente, Cort. giust. CE, 7 settembre 2004, C- 364/02, in www.europa.eu), infatti, afferma che contrasta con i principi della libertà d'esercizio d'impresa l'imposizione di ogni forma di comunicazione sistematica- sia preventiva che successiva- di condizioni di polizza o sintesi d'esse cui si connetta l'esercizio d'un potere sostanzialmente autorizzatorio od interdittivo. Per la Corte di giustizia, in particolare, non rileva che l'adempimento possa essere strumentale all'esercizio di quella generale vigilanza sulla correttezza dei comportamenti degli operatori di settore, poiché reputa assiomaticamente che una simile previsione impedisca o limiti la libera concorrenza nel mercato assicurativo europeo. Quindi, risulta impedita qualunque forma generale di condizionamento delle iniziative commerciali delle imprese, consentendosi solamente interventi diretti a rimuovere quelle attività che nel concreto non appaiano corrette o conformi alla disciplina sostanziale dello Stato membro.

⁸ Da ultimo, si veda l'art. 13, 1° comma, d.l. 6. luglio 2012, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

2.- Coordinamento di azioni delle due autorità. La presenza di una pluralità di centri di regolazione solleva il tema delle modalità di coordinamento delle loro attività, aspetto oggetto di specifica considerazione da parte delle principali discipline economiche⁹. La varia considerazione delle rispettive sfere d'azione e dei diversi risultati raggiunti da più autorità si pone, invero, quale fonte d'arricchimento delle singole istruttorie propedeutiche all'esercizio dei distinti poteri conformativi e d'orientamento. Non è un caso, peraltro, che tale aspetto è oggetto della legislazione amministrativa che, in principio, pur non ponendo regole rigide, si affida alla sensibilità delle amministrazioni dotate di competenze complementari o concorrenti, in quanto orientate nelle loro scelte dai fondamentali principi di buon andamento, efficienza, leale collaborazione e non aggravamento delle posizioni dei vigilati. È significativo che la legge sulla trasparenza contempla tra gli istituti generali gli accordi quali strumenti di regolazione dello svolgimento di attività d'interesse comune (art. 15, 1° comma, l. 7 agosto 1990, n. 241). È poi, ancora, significativo che una disposizione esortativa della legge sul risparmio (art. 21, 1° comma, 262/2005)¹⁰, veda in quelli strumenti i "mezzi" per la definizione di forme di collaborazione e coordinamento più intense di quella informativa che ne rappresenta il livello minimale.

La legge sul risparmio, così come gli altri testi settoriali (spec. art. 7, 5° comma, Tub; art. 4, 1° comma, Tuf; art. 10, 4° comma, cod. ass.), di massima, però, disciplina specificamente il primo e più elementare livello collaborativo qual è quello informativo, mentre uno solo, il Tuf, contempla anche una forma di collaborazione avanzata, che si sviluppa attraverso una particolare <<delegazione istruttoria>> e la definizione di protocolli aventi oggetti predeterminati.

Nel tracciare la disciplina della vigilanza ispettiva, il Tuf prevede che Consob e Banca d'Italia –dotate di ampi poteri d'indagine nei confronti degli intermediari finanziari- si comunichino reciprocamente le ispezioni da ciascuna disposte con facoltà per l'altra di chiedere alla precedente lo svolgimento di accertamenti attinenti ai profili di propria competenza (art. 10, 2° comma, Tuf)¹¹.

E', poi, però sempre e solo il Tuf che contempla la concorrente vigilanza di Consob e Banca d'Italia sugli intermediari –secondo il principio

⁹ Su cui, per tutti, si veda S. Amoroso, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, p. 101 ss.

¹⁰ Per un esame critico della disposizione si veda, F. Merusi, *Il Coordinamento tra autorità*, in A.a. V.v., *Le nuove regole del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano e F. Roversi Monaco, Padova, 2009, p. 403 ss.

¹¹ Per una efficace sintesi, si veda F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare* ⁶, Torino, 2012, p. 52 ss.

per finalità- a compiere un passo ulteriore. Nella consapevolezza della complementarietà dei ruoli delle due amministrazioni ed, in specie, tra vigilanza sul contenimento del rischio, stabilità patrimoniale, da un lato, e sana e prudente gestione (art. 5, 2° comma, Tuf) e correttezza e trasparenza dei comportamenti (art. 5, 3° comma, Tuf), dall'altro, impone a Banca d'Italia e Consob, <<per ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti abilitati>>, la conclusione d'un protocollo d'intesa con cui individuano i compiti di ciascuna, le modalità del loro svolgimento, le modalità con cui dare seguito allo scambio d'informazioni, anche con riguardo alle irregolarità rilevate ed ai provvedimenti assunti nell'esercizio delle loro funzioni (art. 5, 5-bis° comma, Tuf).

Se ora si ritorna al tema dell'azione concorrente/complementare di Ivass e Consob, rispetto alle vicende del mercato delle polizze assicurative finanziarie, ci si accorge che non sono previste analoghe forme di stretto coordinamento. Il legislatore del 2005, rompendo con il principio della vigilanza per soggetti, introducendo -limitatamente ai prodotti finanziari delle imprese assicurative- quello per finalità, si dimentica di prevedere quegli adattamenti che un'esigenza di buona amministrazione di derivazione europea lo avevano indotto ad adottare il modello oggi previsto per la vigilanza sugli intermediari finanziari del Tuf.

Il risultato ne è un assetto incompiuto che prevede la vigilanza prudenziale sulle imprese di assicurazione del ramo vita saldamente in capo ad Ivass ed una vigilanza di trasparenza e correttezza del collocamento dei prodotti di interesse in capo a Consob, senza la prescrizione dell'adozione di atti regolatori ulteriori tendenti a tracciare come le autorità debbano operare ed in che termini concorrano alla formazione di determinazioni che coinvolgono inscindibilmente aspetti di competenza e dell'una e dell'altra. Senza, ancora, neppure prevedere obbligatoriamente l'assunzione di pareri dell'una quando quella investita della competenza regolatoria si accinge ad adottare determinazioni che interessano la complementare sfera d'influenza dell'altra, seguendo un modello da tempo sperimentato dal Tuf e confermato anche in tema di vigilanza generale di mercato (art. 20, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

L'assenza di prescrizioni normative di coordinamento non viene, peraltro, compensata dalla sensibilità delle autorità di vigilanza di settore che sembrano muoversi con estrema prudenza, quasi temendo che specifiche intese possano costituire un <<autovincolo>> in grado di comprimere la loro azione o la propria discrezionalità¹². La competenza spe-

¹² Ad oggi non si segnalano accordi di collaborazione tra Ivass e Consob relativi al tema d'interesse così come non si rinvengono altre forme di concertazione su tematiche in cui sono investite di competenze complementari. È, significativo, poi, che l'unica iniziativa delle due autorità non sia giunta a buon fine e fosse diretta alla definizione non d'un atto generatore di impegni reciproci ma di una determinativa inter-

cialistica di ciascuna ed una supposta necessità di conservazione della massima libertà di scelta, quindi, sembrano atteggiarsi a fattori deterrenti rispetto alla definizione di strumenti volontari di collaborazione che, invece si dovrebbero ritenere imposti da quel generale principio di solidarietà che prescrive alle amministrazioni di rendere preventivamente di pubblica ragione le modalità, ampiamente intese, della loro azione (art. 12, d. legis., 14 marzo 2013, n. 33).

3.- Poteri di intervento. Alla diversità delle competenze corrisponde una parziale diversità di modalità di intervento di cui si intravedono anche distinte tendenze evolutive. Infatti, sembra prospettarsi, per quanto concerne la vigilanza prudenziale, una linea di uniformazione applicativa. Viceversa, per quanto riguarda correttezza e trasparenza dei comportamenti dei soggetti che offrono i diversi prodotti assicurativi vita, pare affermarsi un movimento di diversificazione/divaricazione.

La riforma dell'autorità assicurativa, con la sua "bancaizzazione", realizzata, a livello di vertice, con l'unione personale in capo al direttore di Banca d'Italia della funzione di presidente di Ivass e l'integrazione dei vertici della seconda autorità nell'ambito del direttorio integrato (art. 13, 10° ss. d. l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 135), sembra aver avviato un processo –positivo- d'osmosi di principi di comportamento e di regole d'azione o, se si vuole, un'esportazione di linee guida e di regole di condotta, dalla più antica alla più recente autorità, al dichiarato fine di dar vita ad una sempre <<più stretta integrazione dell'attività di vigilanza assicurativa con quella del settore bancario>>¹³. In altri termini, il "microcosmo" della vigilanza prudenziale (bancaria/assicurativa) s'orienta alla omogeneizzazione, anche sotto il profilo istruttorio, delle incombenze ed attività delle amministrazioni poste a presidio della "salute" degli operatori abilitati ad esercitare imprese soggette a riserva di attività (art. 8 Tub ed art. 11 cod. ass.).

Altrettanto non accade per quanto riguarda la vigilanza su correttezza e trasparenza dei comportamenti di chi produce o commercializza polizze vita tradizionali e quelle a contenuto prevalentemente finanziario. La risalente esperienza dell'autorità assicurativa in tema di tutela dei consumatori e degli utenti, invero, non pare abbia generato

pretativa non vincolante, Romagnoli, *Consob*, cit., p. 104 ss. La <<consultazione sulla comunicazione congiunta relativa ai prodotti multiramo>>, avviata il 28 dicembre 2017 (in www.consob.it), infatti, non risulta aver prodotto alcunché anche se diretta al raggiungimento di un obiettivo minimo, rappresentato dalla definizione di una nota congiunta d'orientamento dei vigilati rispetto ad alcuni problemi giuridico applicativi.

¹³ In tal senso si veda, da ultimo la *Comunicazione al mercato* del 14 febbraio 2013, in www.ivass.it. Negli stessi termini, sia pur in modo più generale, si vedano le *Considerazioni del Presidente sull'attività svolta dall'Istituto* del 26 giugno 2013 (p. 5), in www.ivass.it.

quell'osmosi con Consob, tradizionalmente restia ad intervenire nelle questioni che contrappongono investitori e soggetti vigilati, tant'è che non si prospetta, allo stato, l'elaborazione di protocolli di coordinamento tra le due amministrazioni.

Distanza d'approcci alla tutela degli interlocutori delle imprese che, forse, può essere collegata alla diversa posizione ed attenzione che le due amministrazioni specialistiche riconoscono ad assicurati ed investitori ed alle relative associazioni di categoria- quando si trova nella zona di competenza dell'una o dell'altra.

Il congiunto operare dell'art. 3, 7 e 9, 2° comma, cod. ass. inducono a riconoscere alle controparti dell'impresa assicurativa o del suo intermediario un potere di interlocuzione con Ivass che non trova un corrispondente nei confronti di Consob, attesa la scarsità di riferimenti normativi.

Le diverse previsioni richiamate rendono ragionevole affermare che assicurati e loro associazioni non sono portatori di un interesse di mero fatto rispetto all'attività dell'amministrazione. Confermano, in altre parole, che la segnalazione o l'invio di un c.d. esposto relativo alla scorrettezza d'un operatore vigilato- indirizzato all'amministrazione- è espressione di un interesse qualificato all'esito d'una verifica, con conseguente diritto alla partecipazione al medesimo e legittimazione giudiziale alla contestazione del suo esito, innanzi al giudice amministrativo¹⁴.

Tanto sembra, ragionevolmente, trarsi dalla disposizione che nel definire le finalità della vigilanza (art. 4 cod. ass.) vi include la tutela di trasparenza, correttezza, tutela di assicurati e protezione dei consumatori; da quella che delinea l'istituto del reclamo ad Ivass per l'accertamento dell'osservanza delle disposizioni del codice delle assicurazioni (art. 7, 3° comma, cod. ass.); ed in fine, ma forse prima di tutte, da quella che -nel dettare i principi che devono caratterizzare la disciplina dei procedimenti di Ivass- prevede che quella, con specifico riferimento alle regole che presiedono all'accertamento delle violazioni ed alla comminatoria delle sanzioni, deve informarsi al principio della <<facoltà di denuncia di parte>>¹⁵. Il consumatore, l'assicurato o le relative associazioni esponenziali, quindi, sono considerati, per la loro stessa posizione, portatori di un'attesa qualificata rispetto alle valutazioni della vi-

¹⁴ G. Romagnoli, *Il reclamo dinanzi alle authorities e l'azione giudiziale*, in *Assicurazioni*, 2009, I, p. 23.

¹⁵ L'art. 7, cod. ass., pur sostanzialmente coevo alla legge sul risparmio non è stato inciso dall'art. 4, comma 3, lett. a), d. legis., 29 dicembre 2006, n. 303, che ha soppresso il riferimento alla <<facoltà di denuncia di parte>> dall'elenco dei principi sui procedimenti delle autorità di vigilanza finanziarie posto nell'art. 24, l. 262/2005. Per una diversa conclusione per quanto concerne le altre autorità e fondata sulla soppressione dell'inciso si veda M. Clarich, *I procedimenti e le forme di collaborazioni tra autorità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, pp. 320- 321.

gilanza anche se quelle riguardano l'inosservanza di precetti che rilevano in via immediata nella relazione –pubblicistica- corrente tra amministrazione incaricata del controllo e soggetto passivo di questo.

Differentemente, l'investitore in polizze finanziarie- e le relative associazioni esponenziali- non ricevono analoga considerazione dal Tuf, né dalle disposizioni dell'ordinamento di Consob. Infatti, la disciplina di settore, che pur include la tutela degli investitori tra i parametri di riferimento per l'esercizio dei poteri della Commissione (art. 5, 1° comma lett. – b; art. 91 Tuf), non avanza sino al punto di considerarli interessati diretti del suo operato. Di qui la conclusione secondo cui la segnalazione è atto che non vincola l'amministrazione, che rimane libera di valutarne il contenuto al pari di qualunque altro fatto giunto alla sua conoscenza, senza cioè essere tenuta ad alcuna comunicazione al risparmiatore che si ritiene lesa dalla condotta asseritamente scorretta dell'impresa vigilata¹⁶.

4.- *Procedimenti e sanzioni.* I procedimenti diretti alla formazione degli atti di Ivass e Consob sono disciplinati dai rispettivi regolamenti (art. 23, l. 262/2005), riconosciuti come strumenti ottimali per definire le più opportune ed adeguate regole di azione delle amministrazioni specialistiche. Regolamenti, tutti, che dovrebbero garantire il temperamento tra un'adeguata ponderazione dell'interesse pubblico ed il diritto di difesa oltre che la libertà di impresa ampiamente intesa.

Relativamente alle vigilanza sulle polizze vita, se non ci si inganna, i procedimenti sanzionatori di Ivass e Consob sembrano caratterizzarsi da una tendenza alla differenziazione che porta ad accentuare la distanza tra l'impatto della regolazione delle due autorità sui sottosettori rimessi alle rispettive competenze. Differenziazione, si sottolinea, che ulteriormente si somma ad una persistente divaricazione del loro raggio d'applicazione. E', invero, doveroso ricordare come una discutibile lettura delle normativa porta le autorità di vigilanza poste a presidio della corretta distribuzione delle polizze finanziarie a differenziare l'area d'intervento dell'una e dell'altra a seconda che i prodotti siano distribuiti da un intermediario assicurativo in senso stretto o da un intermediario finanziario autorizzato all'offerta anche di quelle¹⁷.

¹⁶ Per un esame critico di tale impostazione si rinvia a G. Romagnoli, *Consob*, cit., p. 167 ss.

¹⁷ Rossetti, *Intermediari: le nuove regole del gioco*, in *Assicurazioni*, 2005, p. 203; L. Di Brina, *La disciplina dei prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di L. De Angelis e N. Rondinone, Torino, 2009, p. 375.

Ulteriormente, la recente attività di revisione regolamentare pare orientata nel senso dell'allontanamento delle discipline se si confrontano le bozze poste in pubblica consultazione e ciò che è già stato approvato.

Ivass ha varato un provvedimento che contempla un termine lungo per la conclusione del procedimento, pari a due anni dal suo avvio (art. 12, 4° comma, reg. 2 ottobre 2013, n. 1)¹⁸. Consob, invece, si orienta a comprimere la durata della propria attività, indicando –nella bozza in consultazione- il termine ordinario di “fine lavori” di centottanta giorni dalla contestazione degli addebiti¹⁹.

Oltre alla diversa tempistica, che presuppone un distinto modo di apprezzare l'esigenza di celerità dell'azione amministrativa, il reg. Ivass n. 1/2013 ed il disegno Consob si distinguono per il modo con cui distribuiscono i compiti istruttori tra le varie strutture interne alle amministrazioni.

L'autorità del mercato mobiliare, con l'eccezione della contestazione degli addebiti, in futuro intende concentrare la fase istruttoria in capo al proprio servizio sanzioni (art. 4, doc. cons. Consob) mentre riserva alla Commissione, quale organo collegiale di vertice dell'apparato, la decisione finale. Al primo compete, quindi, l'attività preparatoria, l'esame delle difese dell'indagato, la sua audizione (art. 5, doc. cons. Consob) e l'eventuale proposta motivata di provvedimento di archiviazione o affittivo (art. 6, doc. cons. Consob).

Ivass, invece, si è orientata a mantenere, tendenzialmente, la spartizione di compiti tra divisione competente, per la prima fase successiva alla contestazione degli addebiti quella, ed ufficio sanzioni²⁰. Quest'ultimo –con cui l'indagato non interloquisce- è incaricato di valutare tutte acquisizioni istruttorie, comprese le difese, e predisporre il provvedimento conclusivo che accompagna ad una proposta motivata da trasmettere per la decisione al direttorio integrato (art. 12, reg. Ivass n. 1/2013)²¹.

¹⁸ Termine lungo che non compare, invece, nell'art. 15, reg. Ivass, 2 ottobre 2013, n. 2 concernente <<la procedura per l'applicazione delle sanzioni disciplinari agli intermediari assicurativi e riassicurativi>> che prevede la conclusione del procedimento, di massima, nei trecentosessanta giorni decorrenti dalla data della contestazione degli addebiti.

¹⁹ Art. 4, comma 2, documento di consultazione Consob sul procedimento sanzionatori, 5 agosto 2013, in www.consob.it. Per un'analisi della vigente disciplina, per tutti, si veda W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, p. 119 ss.

²⁰ La divisione della fase istruttoria non è, invece, prevista per il procedimento disciplinare, che invece si svolge, sino alla definizione del progetto di determinazione, innanzi al collegio di garanzia, cui può essere presentato reclamo contro l'atto di contestazione degli addebiti (art. 5, reg. Ivass n. 2/2013).

²¹ A prescindere dalla differenziazione e dei procedimenti e delle prassi operative, sul versante sanzionatorio, sembrerebbe prospettarsi una diversa concezione della misura affittiva non più intesa semplicemente quale reazione alla violazione di obblighi e dunque quale mera reazione alla trasgressione di un dovere o d'un divieto. Con una disposizione- che non trova corrispondenza nella disciplina della Consob –o in

Entrambe le bozze di regolamento, però, pur con le loro diversità, sono accomunate, in negativo, per la compressione del diritto al contraddittorio, valore non trascurabile ma svalutato dalla prevalente giurisprudenza²², insensibile sia alle riflessioni della dottrina²³ che alle indicazioni europee cui tutti i testi economici fanno ampio rinvio (art. 6 Tub; art. 2 Tuf; art. 8 cod. ass.). Come oggi, anche nel prossimo futuro, chi sarà indagato da una delle due autorità continuerà a veder preclusa la possibilità di confrontarsi sul progetto di determinazione finale, trasmessa dagli uffici solo all'organo decidente²⁴, e ciò diversamente da quanto è previsto, in principio, per i procedimenti sanzionatori di Agcm (art. 14, d.p.r., 30 aprile 1998, n. 217)²⁵. Ivass e Consob paiono, dunque, far propria un'impostazione che sembra cofliggere non solo con i principi generali domestici ma anche, con quelli, ben più persuasivi affermati dai giudici dell'Unione²⁶. Questi, infatti, sia pur in assenza di un riferimento normativo espresso ravvisano da tempo risalente nel diritto ad essere ascoltati per ultimi dall'amministrazione <<un principio fon-

quella rimessa alla sua applicazione- l'art. 326, comma 1, cod. ass. dispone che Ivass non provvede all'avvio del procedimento nel caso in cui l'infrazione non abbia arrecato, assolutamente, alcun pregiudizio al tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza od agli interessi di assicurati ed altri aventi diritto alla prestazione. Quindi, sembrerebbe, che la sanzione pecuniaria del diritto assicurativo assuma una valenza non solo meramente repressiva ma anche, in qualche modo, latamente reintegratoria e conseguente irrilevanza delle "violazioni formali".

²² Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3127; Cass., 28 novembre 2012, n. 21114, *ivi*, I, c. 1217.

²³ F. Merusi, *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2010, p. 941-942; F. Satta, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 299 ss.

²⁴ L'impossibilità di un contraddittorio sul progetto di decisione finale si riscontra anche nel reg. Ivass n. 2/2013 che prevede che questa sia trasmessa dal collegio di garanzia unicamente al direttorio integrato.

²⁵ Per una ricognizione dei principi cui dovrebbero informarsi i procedimenti sanzionatorio delle amministrazioni di settore, si vedano, M. Clarich e L. Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 358 ss.

²⁶ Trib. I grado CE, 6 dicembre 1994, C- 450/93 -pronuncia confermata da Corte giust. CE, 24 ottobre 1996, C- 32/95- (in www.europa.eu), ha infatti, annullato un provvedimento della commissione, per violazione del principio fondamentale di difesa in quanto i destinatari sostanziali dei suoi effetti negativi non erano stati sentiti e, dunque, messi in condizione di far conoscere il loro punto di vista in merito agli elementi posti a base della decisione finale.

damentale del diritto comunitario>>²⁷, coerentemente con l'interpretazione evolutiva delle norme poste dalla CEDU²⁸.

5.- *Rimedi giurisdizionali*. Alla differenziazione delle competenze tra autorità corrisponde, oggi, per una discutibile interpretazione della Consulta (sentenza 162/2012)²⁹, una diversificazione dei regimi di contestazione degli atti delle stesse³⁰. L'unità della giurisdizione del giudice speciale (Tar e Cons. Stato), prevista da una disposizione razionalizzatrice dei riti pregressi del codice del processo amministrativo (art. 133, 1° comma, lett. l, d. legis. 2 luglio 2010, 104), è venuta meno per effetto di una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale, cui è seguito un intervento correttivo del legislatore³¹ che ha contenuto la cognizione del giudice speciale nei limiti di quella ordinaria di legittimità nei confronti degli atti di Consob.

Oggi, dunque, i soggetti sottoposti alle diverse vigilanze, pur tenuti all'osservanza di disposizioni sostanziali tendenzialmente analoghe, controllate da soggetti pubblici dotati di poteri omologhi, possono contare su d'una tutela giurisdizionale qualitativamente diversa.

In particolare, chi si ritiene leso da una determinazione amministrativa, anche di carattere sanzionatorio, di Ivass, può confidare sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, 1° comma, lett. l, d. legis., 104/2010), estesa al merito per quanto concerne l'impugnazione dei provvedimenti afflittivi (art. 134, 1° comma, cod. proc. amm.). Attesa la profonda compenetrazione tra diritti ed interessi

²⁷ Ora se il diritto alla difesa per il giudice europeo assumeva una tale intensità anche nel silenzio del legislatore- cfr S. Cassese e M. Savino, in A.a. V.v., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006, p. 222- a maggior ragione, dovrebbe concludersi nello stesso senso a fronte di una sua enunciazione espressa. L'art. 41 comma 1, lett. a) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel precisare nel chiarire in che cosa si sostanzia il diritto ad una buona amministrazione esplicita che quello comprende <<il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi un pregiudizio>> dunque sancendo la inderogabilità di un contraddittorio sul progetto di determinazione finale.

²⁸ Su cui da ultimo F. 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, p. 669 ss.

²⁹ Cort. Cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. it.*, 2013, p. 684 con nota di A. Pollice e A. Daidone, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob e i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*.

³⁰ Per una condivisibile critica si vedano le penetranti osservazioni di, M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.* 2012, II, p. 1166 ss., cui adde, A. Scognamiglio, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, II, p. 254 ss.

³¹ A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive e integrative al processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 16.

legittimi, che possono essere “compressi” da atti di vigilanza, il giudice speciale conosce la domanda nella sua integrità, senza limitazioni derivanti dalla natura della situazione giuridica sostanziale e, per quel che riguarda i provvedimenti sanzionatori, gli si consente d’intervenire sulla determinazione afflittiva –sostituendosi all’amministrazione (art. 7, 6° comma, cod. proc. amm.). Il giudice, dunque, non si limita ad accertare la legittimità del provvedimento poiché può stabilire, in quest’ultima ipotesi, con la propria pronuncia ciò che deve valere nel caso concreto³².

Diversamente, in seguito alla sentenza della Consulta n. 162/2012, l’impugnazione degli atti di Consob segue un regime “articolato”. La contestazione dei provvedimenti amministrativi conformativi della Commissione rimane soggetta alla giurisdizione generale di legittimità; quindi, potranno essere contestati per eccesso di potere, violazione di legge od incompetenza ed, eventualmente, il giudice speciale potrà disporre il risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi se la prima è conseguenza immediata e diretta dello scorretto esercizio del potere (art. 7, 4° comma, cod. proc. amm.).

La contestazione dei provvedimenti sanzionatori, invece, dovrà essere effettuata innanzi alla Corte d’appello della residenza del sanzionato che deciderà in unico grado, salva, peraltro, la possibilità di farvi seguire ricorso per cassazione per motivi di legittimità (art. 187 *septies*, 4° e 6° comma, Tuf). Quindi, attesa la natura meramente demolitoria dello speciale procedimento civile previsto dal Tuf -al più- l’istante otterrà l’annullamento della sanzione ma non potrà proporre la contestuale domanda di risarcimento del danno provocato dalla lesione delle sue diverse situazioni giuridiche soggettive, per doverla esperire innanzi al giudice ordinario, nel corso di un diverso processo civile di cognizione.

Ora, a prescindere dal dubbio sulla correttezza ed “efficienza” della tutela giurisdizionale descritta, non può tacersi l’aggravamento –quanto meno astratto- della posizione del ricorrente che consegue alla “reviviscenza” della competenza della Corte d’appello.

La sottrazione del giudizio al rito amministrativo priva il ricorrente di quel soccorso istruttorio che il codice di procedura speciale prevede per sopperire a quell’obbiettivo inferiorità in cui si trova che agisce nei confronti di una pubblica amministrazione posta in una posizione di superiorità strutturale. Inferiorità ontologica del ricorrente, si sottolinea, che non è certo superata dall’obbligo dell’amministrazione intimata di produrre in giudizio il fascicolo relativo al provvedimento sanzionatorio contestato (art. 23, 2° comma, l., 24 novembre 1981, n. 689).

³² A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*⁹, 2010, Torino, p. 188.

A differenza di quanto accade nel processo civile e nel rito dell'opposizione, ove vige tutto il rigore del principio dispositivo, nel processo amministrativo, si ammette che l'istante, ai fini dell'accoglimento della sua domanda, assolva il proprio onere dimostrativo fornendo <<gli elementi di prova che sono nella sua disponibilità, riguardanti fatti posti a fondamento della domanda o delle eccezioni>> (art. 64, comma 1, cod. proc. amm.). Conseguentemente, <<ove detti elementi probatori siano, invece, nella disponibilità della pubblica amministrazione e, quindi, non adducibili al privato>>, da un lato questi è esonerato dal predetto incumbente processuale senza che gli si possano addossare effetti sfavorevoli; dall'altro, <<il giudice amministrativo può disporre anche d'ufficio l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere>> (art. 64, comma 3, cod. proc. amm.)³³.

³³ N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo* (2013, p. 6-8), in www.giustamm.it.