

La potestà sanzionatoria amministrativa a presidio della disciplina dell'abbinamento di mutui immobiliari o contratti di credito al consumo a polizze vita (art. 28, d. l. 24 gennaio 2012, n. 1). Condotte punibili e modalità d'esercizio dell'azione pubblica.

di GIANLUCA ROMAGNOLI

SOMMARIO: 1. – L'azione delle autorità di vigilanza e la funzione sanzionatoria. - 2. Limiti alla sanzionabilità da parte di Ivass della violazione delle prescrizioni dell'art. 28 d.l. 1/2012 e delle norme d'attuazione. - 3. Un possibile recupero dello spazio sanzionatorio attraverso l'art. 48, comma 1-bis, reg. Ivass n. 6/2006. - 4. Esclusione dei destinatari della disciplina dell'abbinamento di cui all'art. 28 d.l. 1/2012 dall'ambito d'applicazione dell'art. 21, comma 3-bis, cod. cons. - 5. Una parentesi sulla natura discrezionale del potere sanzionatorio di Ivass. - 6. Rilevanza delle regole sul procedimento sanzionatorio e loro compatibilità con le indicazioni dell'art. 6 Cedu. - 7. Revisione dell'impostazione tradizionale del procedimento alla luce dei principi dell'equo processo e sua riconsiderazione come "luogo" di confronto paritario tra interessi contrapposti riferibili, rispettivamente, alla parte pubblica e quella privata. - 8. Continua. Alcuni parametri di conformazione dei procedimenti amministrativi sanzionatori ritraibili dall'art. 6 Cedu. - 9. Tendenziale difformità dai parametri dell'art. 6 Cedu dei regolamenti sanzionatori delle amministrazioni indipendenti; alcuni dubbi di conformità del regolamento Ivass n. 1/2013.

1. L'azione delle autorità di vigilanza e la funzione sanzionatoria. Da tempo risalente importanti settori dell'economia sono sottoposti alla vigilanza di autorità amministrative indipendenti¹, munite di un'ampia potestà regolatoria² nel cui ambito vi si comprende anche quella sanzionatoria.

A quei soggetti investiti di estesi poteri conformativi relativi ad ambiti complessi³, s'affida, dunque, l'intero ciclo dell'attività di regolazione, attesa la stretta relazione di complementarietà corrente tra le diverse funzioni⁴. E proprio la presa d'atto di quel reciproco completamento tra poteri, ragionevolmente, ha portato alla concentrazione di tutte le prerogative conformative in capo alle autorità di vigilanza finanziaria a lungo soggette ad un regime particolare che prevedeva un procedimento san-

¹ M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in AA. VV., *Arbitri e mercati*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Bologna, p. 11 ss.

² Cons. Stato, sez. II, 25 febbraio 2011, n. 827, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ Per una sintesi delle ragioni e dei problemi sollevati dall'istituzione delle amministrazioni di settore si vedano, per tutti, G. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Introduzione*, in AA. VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. Cirillo e R. Chieppa, Padova, 2010, p. 3 ss. Per un'ulteriore rassegna dei aspetti d'interesse si veda anche la *Relazione conclusiva dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti* della Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati, del 16 febbraio 2012, svoltasi nel corso della XVI legislatura, in www.parlamento.it.

⁴ Sottolineano, con specifico riferimento all'autorità di vigilanza assicurativa, questo rapporto di complementarietà, M. SCALISE, P. MARIANO, *L'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private e sociali (Isvap)*, in A.A. V.V., *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 892 – 893.

zionatorio diviso in due fasi. Infatti, sino al 2005 la normativa assicurativa, bancaria e finanziaria affidava la fase istruttoria, terminante con la proposta del provvedimento, all'amministrazione di settore mentre riservava la fase decisoria al ministro competente, cui s'imputava l'atto finale d'archiviazione o d'applicazione della pena. La concentrazione formale di tutto il procedimento punitivo in capo alle amministrazioni specialistiche – realizzata da un'iniziativa legislativa razionalizzatrice⁵ (art. 26, l. 28 dicembre 2005, n. 262)⁶ – permette, dunque, di riconoscere alla potestà che vi si esprime la valenza di elemento <<di chiusura>>⁷ rispetto a tutte le altre che, in vario modo, definiscono o chiariscono le regole di comportamento⁸, per il suo porsi come presidio d'effettività delle seconde⁹, disincentivando dalla violazione dei precetti, appunto, con la pro-

⁵ Cfr. E. BANI, *Le sanzioni amministrative*, in AA. VV., *La nuova legge sul risparmio*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2006, p. 406.

⁶ La stessa relazione introduttiva al disegno di legge che ha costituito la base d'elaborazione della legge sul risparmio, individuava la *ratio* della specifica previsione <<nella ritenuta opportunità di ricondurre all'autorità di vigilanza attribuzioni considerate omogenee rispetto a quelle già da esse esercitate>>, superando, così, anche con specifico riferimento ai provvedimenti di applicazione delle sanzioni amministrative previste da Tuf e Tub, con scelta coerentemente estesa a Isvap e Covip - una separazione tra autorità e ministro competente che appariva <<un aggravio procedurale di modesta utilità>>. Concentrazione tanto più opportuna se si considera che il secondo, pur godendo d'una autonomia decisionale – Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2011, n. 1900, in www.giustizia-amministrativa.it – nella prassi appariva “appiattito” sulle proposte dell'autorità di vigilanza tanto da far concludere che quella spartizione non garantiva agli indagati <<il diritto ad un equo esame delle proprie ragioni>>, innanzi all'organo investito del potere di definire il procedimento, E. BANI, *Le sanzioni*, loc. cit.

⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 172; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, p. 475, cui adde, M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in AA. VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e S. Cimini, 2014 (www.giustamm.it), p. 85 e p. 86.

⁸ Orientamento, condiviso dalla giurisprudenza – Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341, in www.giustizia-amministrativa.it – che dalla complementarietà delle funzioni, nel silenzio del legislatore, ricavava il corollario della spettanza di quella sanzionatoria al soggetto pubblico <<nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione>>.

⁹ L'evidenziazione della duplice funzione della potestà sanzionatoria e della previsione della reazione amministrativa è sottolineata dalla più attenta dottrina che ha analizzato le prerogative punitive attribuite alle diverse autorità di vigilanza. Tra i diversi studi si segnala, W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, p. 21, che evidenzia la doppia ed ineliminabile finalità della prerogativa e, quindi, anche la sua immanente carica discrezionale che ne impedisce la riconduzione nella categoria del c.d. potere vincolato (p. 208). Sulla stessa linea si esprime, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive del diritto europeo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2013, p. 100 ss. e spec. 115 e 138, che dall'esame di alcune disposizioni relative ai poteri di Agcm trae conferma dell'inesistenza di un rapporto necessario tra rilevazione d'una violazione amministrativa ed applicazione della pena, poiché l'avvio dell'iniziativa punitiva presuppone una complessa comparazione d'interessi diversi.

spettazione d'una sanzione¹⁰ che si presenta quale forma di reazione alla loro trasgressione¹¹.

La potestà sanzionatoria delle autorità amministrative finanziarie, peraltro, per la sua stretta complementarietà con le altre funzioni di regolazione poste a tutela degli interessi generali del mercato e delle categorie di utenti deboli (risparmiatori, assicurati, investitori), sembra evidenziare un'accentuata problematicità. Come si può trarre proprio anche dalle vicende della disciplina dell'abbinamento dei mutui alle polizze vita, l'avvertita necessità di garantire una vigorosa azione amministrativa in settori delicati, in cui una moltitudine di soggetti riversano i loro risparmi, porta a guardare con una certa indulgenza all'esercizio della potestà punitiva, consentendola anche in assenza di un conforto legislativo espresso; accettandosi - come una sorta di sacrificio necessario - che si possa prescindere dalla inequivoca individuazione di una norma primaria, a priori conoscibile, che espone una certa condotta ad un intervento pubblico afflittivo¹².

2. Limiti alla sanzionabilità da parte di Ivass della violazione delle prescrizioni dell'art. 28 d.l. 1/2012 e delle norme d'attuazione. Se si scorre il testo dell'art. 28 d.l. 1/2012, si è portati ad individuare in Ivass, il soggetto pubblico che, in forza del principio di competenza per finalità (art. 3, 5, comma 1, e 6, cod. ass.), è investito d'un ampio potere di vigilanza regolamentare ed - anticipo - d'una limitata prerogativa di punitiva.

La disposizione richiamata, per ovviare ad alcuni non encomiabili comportamenti degli operatori del "mercato dei mutui abbinati alle polizze vita"¹³, ha posto alcune regole che "arricchiscono" gli obblighi verso

¹⁰ Sulle cui caratteristiche, per tutti, si vedano, E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Digesto pubbl.*, VII, Torino, 1993, p. 589 e 602; A.M. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, 1992, p. 2 ss. e di recente, R. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in AA. VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative*, cit., p. 22.

¹¹ Nel tracciare i profili caratterizzanti il "sistema" delle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti, si fa strada l'idea di chi - E. CHIELI, *Osservazioni in ordine al potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 330 - muovendo dal tipo di valori generali dalle stesse attuati e tutelati con la loro opera, ritiene debba privilegiarsi la finalità di prevenzione. Si dovrebbe, dunque, almeno a fronte delle violazioni più gravi, valorizzare la loro forza dissuasiva, rispetto a quella retributiva, attesa la loro capacità di produrre effetti indiretti destinati a prolungarsi del tempo. Negli stessi termini, si vedano, G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, A. SALJA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 401, che ritengono che dalla lettura dei documenti normativi dell'Unione si possa inferire che «l'obbiettivo primario dell'*enforcement* non è sanzionare ma evitare che sorgano i presupposti della sanzione».

¹² Vedi par. 3 - 4.

¹³ Per una un esame della problematica, si veda il documento contenente gli esiti della pubblica consultazione relativi al provvedimento Ivass n. 2946/2011 del 6

i clienti e che, in specie, devono essere osservati dalle banche e dagli altri soggetti che intermediano contemporaneamente sia i loro prodotti specifici che quelli assicurativi¹⁴.

A completamento della propria previsione, la disposizione d'interesse, per favorire la concorrenza tra operatori finanziari di settore, affida al regolamento Ivass il compito di delineare la struttura d'un contratto tipo, reputandolo strumento utile per facilitare il confronto tra la polizza proposta dal candidato finanziatore e le altre eventuali alternative¹⁵.

Limitatamente ai nostri fini, si deve sottolineare come il testo della disposizione circoscrive il suo raggio d'applicazione ai quei soggetti che assumono, contemporaneamente, rispetto al loro interlocutore, sia la posizione di erogatore di credito che di intermediario assicurativo. L'art. 28, comma 1, l. 1/2012, infatti, dispone che <<fermo restando quanto previsto dal art. 183 del codice delle assicurazioni private (...) e delle delibere d'Ivass, d'attuazione in materia di interesse degli intermediari assicurativi, le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari, se condizionano l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi>>.

Ulteriormente, il legislatore nel presupposto di quella coincidenza di posizioni, prima, esclude che le prescrizioni del 2012 incidano sulla portata di quelle del codice delle assicurazioni e, poi, precisa che le une e le altre devono essere osservate quando l'erogatore del finanziamento

dicembre 2011 (spec. pp. 2 - 3, in www.ivass.it) ove si evidenzia come questo "fenomeno negoziale" si caratterizzava per l'opacità dell'offerta, accompagnata dal riconosciuto alla banca erogatrice e, contemporaneamente, intermediatrice della stessa polizza di provvigioni sensibilmente più alte rispetto a quelle di mercato, spiegate sostanzialmente, come una conseguenza dell'imposizione da parte dell'impresa di un contratto d'assicurazione da lei scelto. Per un caso di abbinamento oggetto di verifica amministrativa e poi sanzionato da Agcm per violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, si veda il provvedimento n. 23764 del 25 luglio 2012, in www.agcm.it.

¹⁴ Per un esame della disciplina sostanziale, tra i primi commentatori si vedano, I. RIVA, *Polizze connesse ai mutui tra regolazione Ivass e <<legislazione Monti>>*, in *Assicurazioni*, 2012, p. 277 ss.; O. CALEO, *Polizze assicurative connesse ai mutui a garanzia del credito*, in *Contratti*, 2012, p. 767 ss.; ID, *Polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, *ivi*, 2012, p. 906 ss.

¹⁵ La relazione, al reg. Ivass, 3 maggio 2012, n. 40, p.1, precisa che l'atto normativo <<(...) individua i contenuti minimi (...)>> del contratto <<(...) di assicurazione sulla vita con l'obiettivo di agevolare il consumatore nel confronto tra le offerte e nella ricerca della polizza più conveniente. I contenuti minimi rappresentano l'offerta contrattuale di base e sono strumentali al confronto tra i diversi preventivi sottoposti al cliente, che potrà scegliere di stipulare una polizza con condizioni di assicurazione di maggiore favore e più rispondenti alle proprie esigenze>>.

subordina la propria “dazione di scopo” alla sottoscrizione di una polizza vita¹⁶.

Una conferma dell’applicabilità della normativa “supplementare” ai soli soggetti che rivestono il doppio ruolo si ricava anche dal regolamento attuativo adottato da Ivass (art. 28, comma 2, d.l., 1/2012). Tra le clausole che devono caratterizzare il contratto tipo previsto dall’art. 28, d.l. 1/2012 ve ne è una che indubbiamente si riferisce al doppio ruolo attivo del finanziatore. Espressamente si prevede, infatti, che la banca o l’intermediario finanziario possono essere designati beneficiari o vincolatari delle prestazioni della polizza solo se questa non è <<intermediata dalla banca o dall’intermediario finanziario stesso o da soggetti ad essi legati da rapporti di gruppo o da rapporti d’affari propri o di società del gruppo>> (art. 1, comma 1, lett. i, reg. Ivass, 3 maggio 2012, n. 40)¹⁷.

Ora, se si passa all’esame dei profili sanzionatori, subito ci si deve confrontare con la tesi che tende ad affermare comunque l’esistenza d’uno spazio per un potere punitivo. Muovendo dal presupposto dell’applicazione della normativa d’interesse agli intermediari assicurativi, taluno¹⁸, infatti, ha inferito che il trasgressore delle prescrizioni dell’art. 28 e/o del regolamento Ivass, è sottoposto al potere sanzionatorio dell’amministrazione di settore (art. 325, comma 1, cod. ass.), rinvenendo la norma incriminatrice nella previsione dell’art. 324 comma 1, cod. ass. che fissa le sanzioni pecuniarie da applicare a chi si interpone nella circolazione e “collocamento” di polizze.

Per, l’opinione riferita, dunque, la violazione dell’obbligo di “informazione aggravata” (ex art. 28, d.l. 1/2012) esporrebbe l’intermediario all’applicazione della sanzione pecuniaria dell’art. 324, comma 1, cod. ass., prevista per il caso di violazione delle disposizioni dell’art. 183, cod. ass. e delle relative norme d’attuazione. Quella, in altri termini, giunge ad una conclusione che poggia sul postulato dell’integrazione da parte dell’art. 28 d. l. 1/2012, degli obblighi di comportamento degli intermediari iscritti al registro dell’art. 109, cod. ass. e, quindi, che le prescrizioni del decreto legge siano, sostanzialmente, “riconducibili a quelle codicistiche in forza della medesima finalità di protezione del cliente. L’identità di *ratio* - intesa quale tensione a trasparenza, correttezza nell’interesse del contraente non professionale - permetterebbe, dunque, di superare il limite testuale ed, in specie, la mancata espressa

¹⁶ A. FRIGNANI, D. PASCHETTA, *Le polizze vita abbinata ai mutui immobiliari ed al credito al consumo (provvedimento Isvap n. 2944 del 6 febbraio 2011 e l’art. 28 del d.l. 1/2012, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27)*, in *Diritto e fisc. dell’ass.*, 2012 (3), p. 413 ss.

¹⁷ cfr relazione al regolamento Ivass n. 40/2012 (p. 2), in www.ivass.it.

¹⁸ Così, A. FRIGNANI, D. PASCHETTA, *Le polizze vita, cit.*, loc. cit., secondo i quali, dalla posizione intermediaria assicurativa della banca ne deriverebbe la sua soggezione alle prescrizioni Ivass, sin dal avvio della trattativa con il cliente (art. 2, reg. Ivass. 40/2012).

volontà legislativa d'arricchire l'art. 183, cod. ass., cui si riferisce l'art. 324, comma 1, cod. ass.

L'impostazione riferita non è condivisibile e si presta a facile critica poiché collide con il principio di tassatività e specialità delle pene, espressamente riaffermato per le sanzioni amministrative dall'art. 1, comma 1, l. 24 novembre 1981, n. 689¹⁹. Se è vero che anche le misure afflittive d'interesse sono applicabili solo nei casi e nei tempi stabiliti dalla legge²⁰, risulta precluso ogni spazio per un'interpretazione estensiva qual'è quella criticata. Perciò la mancata integrazione da parte dell'art. 28 d.l. 1/2012 delle prescrizioni dell'art. 183 cod. ass. impedisce di prospettare qualunque reazione afflittiva per il caso d'inosservanza proprio per il difetto d'una disposizione incriminatrice, poiché la violazione non è presa in considerazione dall'art. 324 comma 1, cod. ass.

In conclusione la lettura lineare e garantistica dei documenti normativi richiamati porta a negare l'attribuzione ad Ivass d'un'ampia prerogativa punitiva, pur rimanendo, ad un primo esame, il dubbio che un minimo spazio possa sussistere nel caso della violazione del divieto per l'intermediario di assumere la contemporanea posizione di assicurato o vincolatario delle prestazioni derivanti da polizze concluse grazie alla sua opera (art. 48, comma 1-bis, reg. Ivass, 20 ottobre 2006 n. 6).

3. Un possibile recupero dello spazio sanzionatorio attraverso l'art. 48, comma 1-bis, reg. Ivass n. 6/2006. Come si trae dai documenti di consultazione, l'autorità di vigilanza, per porre un argine alle discutibili condotte di talune imprese che simultaneamente offrivano finanziamenti ed intermediavano contratti assicurativi, ha posto un divieto assoluto per le prime d'avvalersi dei benefici delle polizze, quando queste sono collocate dalle stesse (art. 48, comma 1-bis, reg. Ivass, 6/2006). Dunque, risulta preclusa al soggetto vigilato l'assunzione della contemporanea posizione di erogatore del credito, "distributore" del contratto "complementare" e di suo beneficiario.

Nel registrare la scelta draconiana di Ivass si deve, però, subito osservare come proprio l'estremo rigore induce a dubitare della sua legittimità anche se la previsione è posta all'interno del regolamento intermediari, cioè nel corpo di un provvedimento attuativo dell'art. 183, cod.

¹⁹ Per una riaffermazione del principio di legalità e tipicità si veda, Tar Lazio, 16 gennaio 2013, n. 401, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha annullato un provvedimento sanzionatorio di Ivass emesso nei confronti di un attuario per una condotta non prevista da alcuna norma "incriminatrice". In termini analoghi, afferma l'insuperabilità del dato testuale, Cass. 7 agosto 2013, n. 14209, in www.giustizia.it, escludendo che la sanzionabilità dei componenti degli organi di controllo di una banca in forza di una previsione diretta a punire quei soggetti facenti parte dell'organo di gestione della stessa.

²⁰ A.M. SANDULLI, voce *Sanzioni*, cit., p. 7.

ass. e, dunque, riconducibile alle fattispecie dell'art. 324, comma 1, cod. ass.

La collocazione topografica – ragionevolmente - non è elemento sufficiente per dimostrare la correttezza della scelta dell'amministrazione. La prescrizione regolamentare non appare conciliabile, in primo luogo, con le indicazioni della norma codicistica che fissa i principi di comportamento oggetto di concretizzazione amministrativa; in secondo luogo, quella non risulta rispettosa del principio di proporzionalità inteso - tanto dal codice delle assicurazioni (art. 191, comma 2), quanto dalla legge sul risparmio (art. 23, comma 2, l. 262/2005) - «come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine con il minor sacrificio per gli interessi dei destinatari». Da qui, dunque, la prospettiva d'invalidità d'un eventuale provvedimento sanzionatorio e la possibilità per chi lo contesta in sede giurisdizionale di far valere anche l'illegittimità della norma subprimaria che delinea l'obbligo non osservato²¹.

Come è noto, le autorità indipendenti, anche quando godono d'ampia autonomia nel delineare fattispecie rimesse alla loro determinazione - e poi presidiate da sanzioni - non sono completamente libere nelle loro scelte. Queste, infatti, devono essere compiute avendo riguardo alle coordinate offerte dalla legge attributiva del potere normativo subprimario nonché considerando sia le regole generali che i principi posti dalla disciplina oggetto d'integrazione da parte della "fonte delegata". Anche l'amministrazione di settore, in altre parole, deve operare rispettando una serie di coordinate o parametri misuratori di legalità che sono coesenziali alla potestà regolamentare, per definirne l'ambito; elementi il cui rilievo non è comprimibile o svalutabile richiamando quella diffusa opinione secondo cui per le sanzioni amministrative non opererebbe il principio costituzionale della riserva di legge posta per quelle penali (art. 25 Cost.)²². Infatti, non è dato prescindere dal ruolo di orientamento e limite della legge rispetto agli interventi attuativi²³ anche se – evidenziando la natura eminentemente patrimoniale delle

²¹ Come rileva W. TROISE MANGONI, *Potere sanzionatorio*, cit., p. 87 ss., analizzando la potestà sanzionatoria di Consob - che si caratterizza per profili assoluta identità con quella di Ivass - il potere normativo integrativo dell'autorità, in ordine a taluni profili dell'attività regolata, assume specifica rilevanza rispetto alla funzione punitiva poiché l'amministrazione contribuisce alla definizione del precetto in relazione alla cui violazione la normativa primaria commina una specifica sanzione.

²² Sul rapporto tra fonte primaria e regolamento delle autorità di vigilanza ai fini della configurazione della fattispecie sanzionatoria si veda, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, W. TROISE MANGONI, *Potere sanzionatorio*, cit., p. 93 ss.

²³ Cfr S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2002, p. 233 e spec. 245 ss. Per l'affermazione di un rigorosissimo rapporto di succedaneità o di accessorietà sostanziale tra legge e regolamento delle autorità indipendenti si veda, G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004, p. 18 e spec. 24 ss.

sanzioni amministrative - si reputa di trovare in altra disposizione della carta fondamentale (art. 23, Cost.) la copertura del fenomeno “dell’integrazione legge regolamento”. Se, invero, si vuole conservare un qualche significato all’indicazione costituzionale - per cui anche le pene amministrative possono essere imposte solo in base alla legge - si deve concludere necessariamente che norme regolamentari devono rispettare fedelmente le indicazioni poste dalle “fonti deleganti”. Si riesce a conservare una funzione garantistica all’istituto della riserva relativa di legge, infatti, solo se si pretende, ai fini della validità del prodotto, una rigorosa coerenza con le disposizioni abilitanti²⁴.

Se ora si passa alla specifica considerazione delle indicazioni dell’art. 183, cod. ass., - in tesi - base legislativa dell’art. 48 comma 1-bis, reg. Ivass 6/2006, si può rilevare l’immediata “distanza” tra prodotto normativo e la disposizione abilitativa, la quale non prevede limitazioni o preclusioni totali da circostanziare o l’eventualità d’una loro introduzione per via regolamentare.

Come ha rilevato la giurisprudenza²⁵, il legislatore nell’affidare all’autorità il compito d’attuare la disciplina del conflitto d’interessi, non ha contemplato la possibilità d’introduzione di divieti sostanziali assoluti, indicando solo una serie d’obblighi informativi e gravando il loro destinatario d’una valutazione caso per caso della condotta più idonea per assolvere il dovere di soddisfare al meglio l’interesse del cliente²⁶. Peraltro, la distanza della scelta di Ivass dalle “intenzioni del legislatore” risulta confermata non solo dalla circostanza che non si rinviene nell’art. 28 d.l. 1/2012 alcun accenno alla soluzione regolamentare ma

²⁴ Si deve ricordare, però, come in giurisprudenza prevalga un diverso orientamento, che tende a contenere la portata garantistica del limite - Cass., 23 marzo 2004, n. 5743, in www.giustizia.it.- ammettendo che la legge istitutiva di misure afflittive amministrative possa lasciare margini d’integrazione alla potestà regolamentare, per l’inoperatività del principio di stretta legalità di cui all’art. 25, comma 2, Cost. In tal senso si veda, Cass., 20 novembre 2003, n. 17602, in www.giustizia.it, secondo cui <<l’art. 1, l. 24 novembre 1981 n. 689, nel sancire per le sanzioni amministrative una riserva di legge analoga, ma non del tutto corrispondente, a quella di cui all’art. 25 Cost., impedisce che tali sanzioni siano comminate direttamente mediante disposizioni di fonti normative secondarie ma non esclude, viceversa, che i precetti sufficientemente individuati dalla legge siano eterointegrati da norme regolamentari delegate, in virtù del particolare tecnicismo della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare>>. Per una considerazione critica di tale giurisprudenza, si veda anche R.COSTI, *Le sanzioni amministrative nel mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 332 ss.

²⁵ Tar Lazio, 3 agosto 2012, n.7229, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Seguendo, dunque, una linea che caratterizza la moderna legislazione economica che rifugge, a fronte di situazioni conflittuali, dall’imporre divieti secchi, optando per una rimodulazione degli obblighi di correttezza informativa, come accade per la disciplina degli intermediari finanziari del Tuf, su cui, per tutti, si vedano, F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*⁷, Torino, 2014, p. 133 ss.; R. LENER, *Sub art. 21*, in AA. VV., *Il testo unico della finanza*, I, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, II, Torino, 2012, p. 390 ss.

anche dal fatto che quello prevede degli adempimenti supplementari, neutri, rispetto agli equilibri dell'art. 183, comma 1, cod. ass., su cui, peraltro, espressamente dichiara di non incidere.

Ancora, non pare persuasivo il modo con cui l'autorità cerca di giustificare la limitazione assoluta richiamandosi alla disposizione codicistica e, dunque, presentandola come una sua esplicitazione. Per l'amministrazione, la propria scelta sarebbe supportata dal fatto che l'art. 183, cod. ass., quando affronta il tema "dell'imparzialità" dell'intermediario, darebbe la possibilità di concludere contratti in conflitto d'interesse, previo adempimento di "oneri informativi aggiuntivi", solo se la situazione considerata non deriva da una scelta dell'impresa. Viceversa se quella deriva da una scelta che <<rientra nella sfera di dominio>> della vigilata - come nell'ipotesi di cumulo di posizione di intermediaria e beneficiaria/vincolataria della polizza - l'impresa può sempre evitare di incorrervi optando per l'una o per l'altra posizione e, quindi, nella diversa ipotesi di coincidenza, risulterebbe giustificato l'obbligo di "straneazione"²⁷.

La soluzione sostanziata nell'art. 48, comma 1-*bis*, come anticipato, non sembra, rispettosa di quel generale principio di proporzionalità che deve essere osservato da chi esercita poteri amministrativi non vincolati e, quindi, di quell'imprescindibile parametro d'orientamento - e poi di valutazione - della correttezza del prodotto della potestà normativa espressamente menzionato dall'art. 23, l. 262/2005²⁸. E', infatti, pacifico che la normativa attuativa non solo deve risultare compatibile e sintonica con la legge attributiva del potere ma anche essere lo strumento che consente il conseguimento di un risultato con la minima compressione della libertà dei soggetti passivi, anche per la chiara indicazione dell'art. 23, comma 2, l. 262/2005.

La normativa economica subprimaria, dunque, necessariamente, si caratterizza per una sua tendenziale minima intrusività, di cui deve essere data ragione nella motivazione dell'atto anche rapportando la

²⁷ Cfr. documento contenente gli esiti della pubblica consultazione relativi al provvedimento Ivass n. 2946/2011, cit., p. 7.

²⁸ F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*², Torino, 2007, p. 129. Il criterio della minor incidenza negativa per i vigilati, nel contesto d'interesse, poi, assume una rilevanza particolare, se si condivide quell'autorevole opinione - F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 67 - secondo cui l'attività delle autorità indipendenti dei mercati è <<strumento di garanzia delle libertà riconosciute sia dalla carta fondamentale che dai trattati europei>>. Libertà, appunto, che, in principio, deve essere assicurata, se necessario, da interventi conformativi a carattere correttivo, che pur devono attestarsi sui minimi livelli di "intrusività", tal per cui il loro contenuto risulti l'unico strumento in grado di assicurare le condizioni d'un equilibrato funzionamento o sviluppo del mercato di riferimento, indipendentemente dal fatto che si debbano recepire indicazioni europee o ci si prefigga di riempire un vuoto di tutela delle parti deboli, G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Torino, 2012, pp. 97 - 98.

soluzione adottata alle <<scelte di fondo della disciplina di settore>>. In altri termini, il prodotto più recente deve risultare “normalizzato” rispetto agli altri precedenti, con conseguente messa al bando di quelle determinazioni urgenti od a carattere contingente, giustificate sostanzialmente dall’esigenza di dare un segnale di rassicurazione al mercato con la previsione di provvedimenti “esemplari”²⁹.

Nulla di tutto quello pare riscontrarsi, invece, nella disposizione criticata. Questa oltre che stentorea ed eccentrica rispetto al panorama normativo, appare assolutamente ingiustificata in termini di motivazione. L’autorità, infatti, richiamandosi ai risultati della propria indagine conoscitiva, si limita ad esplicitare l’inesistenza d’alcuna soluzione alternativa meno “compressiva” ed il marginale impatto della leva informativa, motivando, contrariamente alle indicazioni del legislatore, il proprio intervento con la necessità d’una risposta esemplare ad una situazione, a suo dire, di un diffuso malcostume di banche ed altri intermediari finanziari iscritti al Rui.

4. Esclusione dei destinatari della disciplina dell’abbinamento di cui all’art. 28 d.l. 1/2012 dall’ambito d’applicazione dell’art. 21, comma 3-bis, cod. cons. Escluso che la sanzionabilità della violazione della disciplina dell’abbinamento si fondi sulle disposizioni del codice delle assicurazioni, ci si può chiedere se quella possa poggiare sul codice del consumo che “stigmatizza” una specifica ipotesi di collegamento negoziale tra contratti di finanziamento e polizze assicurative (art. 21, comma 3-bis, cod. cons.)³⁰ ed affida all’Autorità garante per la concorrenza la relativa funzione punitiva (art. 27 cod. cons.).

Se non ci si inganna, anche la risposta a questo quesito deve essere negativa, poiché la fattispecie delineata dal codice del consumo è assolutamente diversa da quella descritta dai primi due commi dell’art. 28. Quindi si deve escludere che quanto non sanzionato dalla normativa settoriale possa esserlo da Agcm. Diversamente da quanto da altri ipotizzato, non può sostenersi che la fattispecie delineata dall’art. 21, comma 3-bis, cod. ass. è in grado di ricomprendere tutte quelle condotte con cui le banche legano la propria prestazione alla sottoscrizione di un contratto collegato³¹. E’, infatti, ragionevole ritenere sussistere solo uno

²⁹ cfr G. ROMAGNOLI, *Consob. cit.*, p. 97.

³⁰ L’art. 23, comma 2-bis, cod. cons., considera <<scorretta la pratica commerciale di una banca, istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto di credito o intermediario (...)>>.

³¹ Come sostengono, A. FRIGNANI, D. PASCHETTA, *Le polizze vita*, cit, per i quali il fatto che la pratica oggetto d’interesse <<sia inserita nel novero delle pratiche commerciali scorrette comporta necessariamente l’applicazione del regime sanzionatorio previsto dal codice del consumo per queste ultime e la cui applicazione, come è noto, è demandata ad Agcm>>.

spazio residuale per la competenza di Agcm, immaginando che a questa spetti l'intervento di repressione delle pratiche poste in essere da soggetti che non rivestono la qualifica di intermediari assicurativi e come tali non tenuti a prestare al cliente un'attività di consulenza. In altri termini, la si può ammettere nei confronti di operatori non gravati da obblighi d'attenzione particolari per gli interessi della controparte che, cioè, si limitano ad imporre una polizza da loro scelta, senza riconoscere alla seconda la possibilità di ricercare un'alternativa.

Per quanto riguarda l'aspetto sostanziale, l'argomento dirimente ai fini dell'affermazione del diverso raggio d'azione delle due disposizioni non è tanto dato dai distinti tipi di polizza considerati dall'una e dall'altra, quanto dalla circostanza che solo l'art. 28, d.l. 1/2012 presuppone il ruolo di intermediario assicurativo della banca. Il verbo atecnico <<eroga>> impiegato dal codice del consumo, invece, evoca il mero fatto della sottoposizione al cliente non professionale d'una particolare polizza, a prescindere da qualunque specifica regola di presentazione del prodotto, e trova la sua giustificazione in quanto tende a "moralizzare" un ambito altrimenti non disciplinato. Tempera, dunque, quella possibilità, che - nel silenzio della legge - ha una parte di far valere la propria posizione di forza come consentitole dalla regola della necessaria corrispondenza tra proposta ed accettazione (art. 1326 cod. civ); dunque, limita l'autonomia privata del professionista che altrimenti potrebbe configurare operazioni che non lasciano alcun margine d'apprezzamento a chi subisce l'azione stigmatizzata.

Come si vede, la fattispecie delineata dal codice del consumo colpisce l'intenzionale e volontaria coartazione del cliente interessato ad un finanziamento, costretto alla sottoscrizione di una qualunque polizza - anche diversa da quella vita - individuata unilateralmente dall'erogatore del credito. Mira, cioè, a sanzionare chi, forte della sua posizione, priva immotivatamente di ogni margine di scelta la propria controparte non professionale, dirigendosi a reprimere condotte assolutamente bandite dalla disciplina assicurativa³², che è fonte di particolari doveri a carico degli intermediari. Questi, infatti, hanno l'obbligo di conoscere il cliente ed assecondare nel modo più appropriato le sue necessità (art. 47, comma 1, lett. c - d, reg. Ivass 6/2006), accompagnandolo verso la conclusione del contratto a lui più congeniale.

In conclusione, seguendo quella che può reputarsi una linea generale di sistema, solo quando non v'è spazio per l'applicazione diretta al finanziatore della disciplina dell'intermediazione assicurativa è possibile

³² Oggetto di specifica sanzione da parte dell'art. 324, comma 1, cod. ass.

prospettare una scorrettezza del tipo individuato dalla fattispecie delineata dal codice del consumo³³.

E', peraltro, da segnalare come la preclusione dell'applicazione della disciplina sostanziale consumeristica e l'esclusione della competenza sanzionatoria di Agcm è stata definitivamente confermata dal nuovo testo dell'art. 47, comma 1, lett., c) e dell'art. 66, comma 2, cod. cons., come modificati dall'art. 1, d. legis. 21 febbraio 2014 n. 21. Il legislatore, coerentemente con principio di corrispondenza tra potere di regolazione e quello di sanzione nonché con quello del "rapporto di specialità tra plessi normativi"³⁴ - già affermato dal giudice della nomofilachia amministrativa³⁵ - ha precisato che non si applica la disciplina delle pratiche commerciali scorrette³⁶ ai servizi finanziari, nel cui ambito la specifica definizione dell'art. 45, comma 1, lett. n, cod. cons., include <<qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi

³³ Per una diversa "lettura accrescitiva" della portata della fattispecie si vedano, A. FRIGNANI, D. PASCHETTA, *Le polizze vita*, cit., secondo i quali il divieto d'erogazione di polizze si riferisce a quelle emesse <<necessariamente dalle compagnie assicurative che fanno parte del medesimo gruppo cui appartiene la banca, intermediario od istituto di credito che eroga il mutuo>>. Se non erro, questa interpretazione del termine atecnico erogazione non persuade. È dubbio che la pratica possa dirsi integrata quando un soggetto, al di fuori di un rapporto di intermediazione assicurativa, offra una polizza emessa da una società di gruppo, stante l'indeterminatezza della fattispecie che non può essere integrata da una lettura complessiva del documento normativo. Nell'ordinamento non è dato rinvenire una nozione generale di gruppo che renda riconducibile ad un soggetto che ne è parte l'attività o gli interessi riferibili agli altri appartenenti alla medesima "aggregazione". Dunque, la fattispecie non è idonea a comprendere situazioni in cui il finanziatore è legato, ad esempio, da rapporti partecipativi, all'intermediario che distribuisce i contratti d'assicurazione.

³⁴ Per una rassegna critica di opinioni favorevoli alla competenza generalista di Agcm, mi sia consentito rinviare a G. ROMAGNOLI, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette tra poteri dell'Autorità garante per la concorrenza e del mercato e competenze di Isvap*, in AA. VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di V. Meli e P. Marano, Torino, 2011., p. 195 ss., mentre per l'adesione al principio di specialità, con conseguente radicamento in capo a Consob delle funzioni spettanti, altrimenti, al garante della concorrenza si segnala, M. TOLA, *Pratiche commerciali scorrette e prodotti finanziari*, ivi, p. 105 ss. Per tutti, per una critica alla soluzione fatta propria dal giudice amministrativo si segnala, invece, V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, II, p. 576 ss.

³⁵ L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 11 maggio 2012, nn. 12, 13, 15 e 16, in www.giustizia-amministrativa.it - ha, infatti, negato la valenza generalista "transettoriale" della potestà sanzionatoria di Agcm in tema di repressione delle pratiche commerciali scorrette, indicando nel criterio della specialità l'elemento discriminante ai fini della spartizione della competenza in materia tra la prima e le altre amministrazioni di settore. Per un commento adesivo si veda, L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e disciplina di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 953 ss.

³⁶ Con conseguente esclusione dell'azione del Garante della concorrenza.

pensionistici individuali, di investimento o di pagamento>>. L'atto avente forza di legge³⁷, dunque, recepisce quell'orientamento dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato – ma non della prassi di Agcm³⁸ – secondo cui la vigilanza sulla correttezza delle condotte delle imprese svolta dalla prima non può estendersi a quei settori in cui lo stesso compito è affidato ad altre autorità munite di idonei poteri di intervento a presidio del rispetto della disciplina sostanziale specifica³⁹.

³⁷ La recente modifica del codice del consumo, ancora, elimina quei dubbi in merito alla competenza generalista di Agcm sollevati dal art. 23, comma 12- *quindecies*, d.l., 6 luglio 2012, n. 95, che rideterminato l'importo delle sanzioni pecuniarie per le pratiche commerciali scorrette, affermava che <<la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati>>. Opportunamente il legislatore esclude la capacità riallocativa delle competenze d'una disposizione ambigua, reputata anche dalla dottrina favorevole alla funzione generalista di Agcm - V. MELI, *Il Consiglio di Stato*, cit., p. 588, nota 31 - inidonea a sortire l'effetto forse accarezzato dal legislatore storico. Per una critica, alla disposizione, fondata sulla necessità d'una assoluta coerenza della disciplina regolatoria e l'azione di vigilanza di settore si rinvia alle ponderate riflessioni di W. TROISE MANGONI, *Il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette tra l'Agcm e le altre autorità indipendenti poste alla vigilanza di specifici settori*, di prossima pubblicazione negli Atti del convegno, tenutosi presso l'Università degli Studi di Padova il 16 novembre 2012.

³⁸ Come sembra ricavarsi dal provvedimento n. 23764 del 25 luglio 2012, cit., con cui Agcm ha sanzionato sia la condotta della banca che ha preteso la sottoscrizione della polizza per la conclusione del contratto di mutuo, sia l'impresa che aveva confezionato, in termini opachi, il contratto d'assicurazione intermediato dalla prima. Determinazione sanzionatoria, si sottolinea, che si pone ulteriormente in contrasto con la giurisprudenza successiva alle pronunce nn. 11- 16 del 2012 dell'Adunanza plenaria. Infatti il Tar Lazio, 17 gennaio 2013, n. 535, in www.giustizia-amministrativa.it, nel ripercorrere le principali disposizioni del codice delle assicurazioni (artt. 3, 5, 182, 183), ha individuato nella disciplina specifica la normativa che ordina la correttezza delle condotte delle imprese di settore - anche in ossequio all'art. 19 cod. cons.- ed in Ivass l'amministrazione competente alla repressione della pratiche commerciali scorrette.

³⁹ Nell'esaminare le disposizioni contenute nel Codice del consumo, al fine d'individuare l'autorità competente, l'Adunanza plenaria n. 11/2012, cit., ha precisato che il primo <<detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche. A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 del cod. pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratteriz-

5. Una parentesi sulla natura discrezionale del potere sanzionatorio di Ivass. Chiarita l'estensione della competenza sanzionatoria di Ivass, ci si può chiedere se l'Istituto, nell'esercizio della funzione punitiva, goda d'una discrezionalità comparabile per ampiezza a quella che si ritiene spettare ad Agcm in sede di repressione delle pratiche commerciali scorrette.

Dunque, ci si può domandare se alla diversità dei soggetti posti a "guardia" della correttezza degli operatori professionali possa corrispondere una diversità dei margini di scelta, in termini d'apprezzamento dei comportamenti e di opportunità dell'intervento sanzionatorio. In particolare, ci si può interrogare sul significato, rispettivamente, d'un indice normativo e della prassi delle due diverse autorità. Quanto al primo, si può notare che la previsione del potere di concludere un procedimento con impegni, attribuito ad Agcm (art. 27, comma 7, cod. cons.), non trova una corrispondenza nel codice delle assicurazioni. Quanto al secondo, si può evidenziare il diverso modo d'intendere la propria azione sanzionatoria, rispettivamente, da parte di Ivass ed Agcm. L'una percepisce le proprie specifiche iniziative come esecuzione d'un'attività obbligatoria/vincolata conseguente all'accertamento d'una infrazione⁴⁰. L'altra, invece, reputa i propri interventi non quali indefettibili reazioni alla

zato dalla specificità. Né all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole. Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del consumo), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti. Occorre, invece, leggere il termine *conflict* (o *conflit*), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la *voluntas legis* appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione>>.

⁴⁰ Coerentemente con l'impostazione tradizionale – A.M. SANDULLI, voce *Sanzioni*, cit., p. 15 – che reputa dovuto l'esercizio dell'azione sanzionatoria, derivandone l'obbligatorietà dal principio di buon andamento dell'amministrazione previsto dall'art. 97 comma 1, Cost.

rilevazione di un illecito ma quale frutto una scelta di fondo ampiamente discrezionale, compiuta in esito di una valutazione comparata tra costi, benefici e possibili risultati. In tema di pratiche commerciali scorrette, l'Autorità garante spiega, nelle sue relazioni annuali, le proprie iniziative sanzionatorie in termini di congrua risposta alla necessità d'ottimizzazione di risorse e mezzi necessariamente limitati, il cui corretto impiego rende indispensabile una selezione e, dunque, impone di soprassedere dal reagire a quelle notizie d'illecito che, per le loro caratteristiche, possono apparire minimali, ora per la contenuta capacità offensiva, ora per la limitatissima cerchia dei possibili danneggiati⁴¹.

Agcm, dunque, ritiene di godere di quella discrezionalità che, in principio, è insita in ogni ipotesi di attribuzione d'un potere ad un'amministrazione, implicante una più o meno estesa facoltà d'apprezzamento e valutazione della situazione concreta ai fini dell'assunzione della più appropriata determinazione nel caso specifico⁴².

Profondamente diversa, invece, potrebbe essere la conclusione in merito agli spazi di discrezionalità spettanti ad Ivass, sia per il silenzio della normativa relativamente alla possibilità della conclusione del procedimento con impegni⁴³, sia per il tenore letterale, rispettivamente,

⁴¹ Agcm, nell'illustrare le linee del proprio operato in materia - *Relazione sull'attività svolta nel 2012*, p. 172, in www.agcm.it - confrontando quello del 2012 con quello dell'anno precedente, conferma, invero, come quanto svolto deriva da una precisa scelta di politica di fondo, dichiarando d'aver preferito «concentrare le risorse su un numero complessivo di procedimenti inferiore rispetto a quello dell'anno precedente ma di più significativo impatto in termini di gravità delle diverse pratiche commerciali, con riferimento al maggior pregiudizio arrecato al comportamento economico del consumatore, nonché al corretto funzionamento dei mercati, in termini di capacità della pratica di perturbare gli operatori e di determinare un forte discredito sul buon funzionamento del mercato o su forme più evolute di transazioni commerciali (come, ad esempio, nel caso del commercio elettronico)».

⁴² Discrezionalità, si sottolinea, confermata anche dalla normativa europea delle pratiche commerciali scorrette. Questa, infatti, non impegna gli stati membri in una lotta contro ogni singola condotta non conforme ai parametri della direttiva ma solo nei confronti di quelle pratiche idonee a «falsare in misura rilevante il comportamento economico» in ragione o della loro capacità di condizionamento od in funzione delle caratteristiche del consumatore medio o del membro medio del gruppo che può subirla (art. 5, par. 1, lett. b, art. 2, lett. c), art. 5, par. 1, lett. b), Dir/2005/29/CE).

⁴³ Si deve segnalare, peraltro, come altre autorità hanno ricavato dal silenzio del legislatore un indicatore preclusivo della possibilità di concludere i procedimenti sanzionatori da loro avviati con l'accettazione d'impegni e, dunque, con una determinazione alternativa tanto all'applicazione della pena quanto a quella d'archiviazione. In tal senso si veda il *Documento contenente gli esiti della consultazione del 20 dicembre 2013* relativo al nuovo regolamento sanzionatorio di Consob, p. 14, in www.consob.it, ove vengono respinte alcune richieste di sua integrazione evidenziando come, l'istituto degli impegni, al pari di quanto avviene per Agcm, è ammissibile nella misura in cui è oggetto di una positiva valutazione legislativa espressa. Conclusione che, alla Commissione parrebbe tanto più vera se si considera che una delega legislativa non attuata (art. 6, comma 1, lett. f, n. 3, l. 15 dicembre 2011, n. 217) abilitava il governo ad

degli art. 326 e 327 cod. ass. Il primo articolo, infatti, sembrerebbe comprimere i margini di valutazione dell'amministrazione, legando l'avvio dell'azione sanzionatoria all'emersione di elementi che portano a propendere per il compimento d'un'azione vietata⁴⁴. Il secondo documento normativo, se pur concepito per regolare un caso particolare, poi apparentemente limita il potere d'apprezzamento dell'amministrazione rispetto alle condotte del candidato responsabile. Quello, infatti, contempla una pena, nel caso di emersione di c.d. "illeciti seriali", anche a fronte dell'assunzione da parte del privato dell'impegno all'eliminazione delle cause che hanno provocato i fatti oggetto di contestazione degli addebiti. In tale ultima ipotesi, dunque, il legislatore pone come alternativa al cumulo materiale delle sanzioni, in caso di attivazione collaborativa dell'indagato⁴⁵, l'applicazione di una sanzione pecuniaria autonoma (art. 327, comma 4, cod. ass.). Nella sostanza, la scelta del soggetto passivo d'avvalersi della possibilità d'eliminare, nel termine fissato dall'autorità, le disfunzioni organizzative da cui è dipesa una pluralità di violazioni della stessa norma del codice o delle sue disposizioni d'attuazione, si tradurrebbe in un beneficio a contenuto necessario solo rispetto al momento "liquidativo" della pena. L'impresa con la sua cooperazione, infatti, conquisterebbe unicamente il diritto e non essere esposta al rischio dell'applicazione di tante sanzioni quanti sono i fatti storici derivanti dalla medesima causa⁴⁶.

Una pacata considerazione dei documenti normativi segnalati porta, se ben ci si avvede, a ridimensionare fortemente la loro capacità di comprimere la discrezionalità di Ivass. Infatti, in primo luogo, si deve ricordare come la norma d'apertura è costruita attraverso l'impiego di "concetti giuridici indeterminati"⁴⁷ o "clausole generali", il cui significato è determinato dalle scelte dell'autorità, non meno di quanto accade per

apportare modifiche al regime sanzionatorio del Tuf introducendo, con gli opportuni adattamenti, l'istituto previsto dall'art. 14-ter, l. 10 dicembre 1990, n. 287.

⁴⁴ L'art. 326, comma 1, cod. ass., dispone che l'azione sanzionatoria di Ivass viene avviata in caso di accertamento di condotte non conformi a legge e regolamenti d'attuazione, ad eccezione dei casi di «assoluta mancanza di pregiudizio (...) per gli interessi degli assicurati e degli altri aventi diritto alla prestazione».

⁴⁵ Cfr M. CLARICH, L. ZANETTIN, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinnanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 361.

⁴⁶ La lettura coordinata dell'art. 326 e 327, cod. ass. potrebbe, ulteriormente, essere impiegata come argomento confermativo dell'assenza di margini di discrezionalità in merito od all'avvio od all'esito del procedimento sanzionatorio, intendo il secondo come specificativo del primo. Intravedendo nella previsione dell'illecito seriale una fattispecie astratta che individua un caso tipico di ricorrenza dell'interesse dell'amministrazione all'azione punitiva, in quanto la reiterazione darebbe luogo ad un fatto per definizione rilevante.

⁴⁷ Il cui impiego, come evidenzia la dottrina – M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 111 – è elemento indicativo della spettanza di un potere discrezionale in capo all'autorità chiamata a concretizzarne il contenuto, componendo con al sua determinazione un conflitto o comparazione di posizioni non risolto dalla legge.

la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. E' l'amministrazione ad essere investita del potere di misurare la capacità lesiva della condotta e, cioè, della prerogativa di ponderare se il comportamento non rispettoso della disciplina positiva pregiudica, *prima facie*, le ragioni della vigilanza o gli interessi di assicurati o degli altri aventi diritto alle prestazioni⁴⁸.

Non preclusivo, poi, d'una definizione del procedimento con impegni, senza l'applicazione di sanzioni e, dunque, del riconoscimento d'un'ampia discrezionalità, sembra l'art. 327 cod. ass. Questo, invero, delinea una fattispecie peculiare, affatto diversa dalla iniziativa dell'inquisito che – autonomamente - propone le misure utili per eliminare le disfunzioni, poiché “incentrata” sull'adesione del destinatario alle indicazioni contenute nell'atto di contestazione⁴⁹. Il regolamento Ivass (art. 11, reg. Ivass, 8 ottobre 2013, n. 1)⁵⁰ affida, infatti, all'amministrazione tanto il compito d'individuazione della “diagnosi” quanto quello della definizione della “cura” che l'impresa deve auto-somministrarsi. Dunque, poggia su d'una determinazione unilaterale della parte pubblica, suscettibile essa stessa di censura, e dunque fa emergere la sussistenza d'un interesse della stessa P.A. ad eliminare lo stato d'incertezza ad esso connesso, aderendo ad una proposta del privato. Proposta, si deve evidenziare, che potrebbe contenere soluzioni ben più efficaci ed efficienti di quelle delineate dall'amministrazione, che, comunque, in qualunque momento potrebbe procedere, in via di autotutela, alla revoca dell'atto di contestazione degli addebiti, per cui la legge non esclude tale eventualità.

6. Rilevanza delle regole sul procedimento sanzionatorio e loro compatibilità con le indicazioni dell'art. 6 Cedu. Esaminati i possibili spazi sanzionatori posti a presidio della disciplina sostanziale, si deve volgere l'attenzione alle regole che ordinano il procedimento di “produzione” dell'atto applicativo della pena poiché il secondo è il prodotto del primo, dalla cui disciplina ne è condizionato in quanto risultato di una funzione regolatoria⁵¹. E' necessario, dunque, non solo riflettere su cosa l'amministrazione può fare ma anche su come può o deve agire perché il procedimento è la forma della funzione o percorso attraverso cui il pote-

⁴⁸ Per una evidenziazione della natura discrezionale del potere sanzionatorio dell'amministrazione di del settore assicurativo, si veda anche, M. BROCCA, *Il procedimento sanzionatorio dell'Isvap (ora Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni – Ivass)*, in AA. VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative*, cit., p. 333.

⁴⁹ Cfr. M. FRATINI, *Le sanzioni dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e sociali (Isvap)*, in A.A. V.V., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, 2011, p. 691:

⁵⁰ reperibile in www.ivass.it.

⁵¹ Cfr. S. VALENTINI, *La regolazione e le sue istituzioni*, in A.a. V.v., *Diritto e istituzioni della regolazione*, a cura di S. Valentini, Milano, 2005, p. 48.

re amministrativo si trasforma in atto⁵², garanzia, sotto diversi profili, della legittimità della concreta determinazione, che deve essere raggiunta rispettando prescrizioni predefinite⁵³.

Una corretta comprensione della funzione, in altri termini, impone non solo di delineare le fattispecie punitive ma anche di considerare le caratteristiche della disciplina regolamentare datasi da Ivass, in attuazione e nel rispetto dei principi posti dalla norma abilitativa della legge sul risparmio (art. 24, l. 262/2005). Prodotto regolamentare la cui legittimità, poi, deve essere saggiata verificandone la coerenza e compatibilità tanto rispetto alle prescrizioni poste dalla legge attributiva del potere normativo quanto avendo riguardo agli altri principi o precetti di rango “superiore” – nazionali o sovranazionali - che ne definiscono “il livello minimo di qualità”. In altre parole, la validità del provvedimento finale dipende sia dalla conformità dell’azione amministrativa alle regole sul procedimento sia dalla capacità di quelle di superare una verifica articolata e complessa idealmente scomponibile in tre fasi: una prima, in cui si svolge un esame di conformità dell’azione concreta e del suo prodotto alle disposizioni subprimarie; una seconda, in cui si confrontano quelle con le norme sulla normazione domestica; una terza, in cui si esamina la conformità di quanto emerso nella prima e seconda fase rispetto ai principi e regole di carattere superiore ricavabili dalla carta fondamentale, dai trattati europei, dalle fonti di c.d. diritto derivato nonché da accordi internazionali.

Tra i diversi parametri valutativi una particolare attenzione merita l’art. 6 della <<Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali>>, rubricato <<diritto ad un equo processo>>, cui è ispirato l’art. 24, l. 262/2005⁵⁴. Quel documento normativo – la cui rilevanza non è ostacolata dal suo riferimento al processo – porta ad una radicale riconsiderazione dei principi che la giurisprudenza domestica ritiene ordinino il procedimento sanzionatorio argomentando dalle differenze sostanziali dell’uno e dell’altro. Quindi permette di superare quel radicato convincimento secondo cui la diversa funzione di procedimento e processo consente un’attenuazione delle tutele riconoscibili al privato nei cui confronti sia stato avviato il primo.

Per quanto concerne il raggio d’applicazione dell’art. 6 Cedue, si deve ricordare come la Corte europea dei diritti dell’uomo - depositaria

⁵² F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.

⁵³ G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento giuridico*, Milano, 1993, pp. 3 – 4. Per una sintesi delle teorie e delle funzioni del procedimento amministrativo, per tutti, si veda, M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 225 ss.

⁵⁴ R. VILLATA, F. GOISIS, *Procedimenti per l’adozione di provvedimenti individuali*, in AA. VV., *La tutela del risparmio nella riforma dell’ordinamento finanziario*, a cura di L. De Angelis, N. Rondinone, Torino, 2008, p. 543.

dell'esegesi della convenzione⁵⁵ - interpreta in modo peculiare sia il termine tribunale che l'espressione "accusa penale", al fine di evitare che l'effettivo riconoscimento delle garanzie previste dalla disciplina dell'equo processo risulti condizionato da qualificazioni formali o scelte organizzative degli stati firmatari⁵⁶. Dunque, alla luce di quella impostazione interpretativa cade la distinzione tra procedimento e processo che è posta a base della lettura riduttiva delle garanzie procedurali, imponendosene, così, la loro rigorosa osservanza ogni qual volta ci si trovi innanzi ad un primo esercizio del potere punitivo⁵⁷.

Per la corte Edu, innanzitutto, è pacifico che una pubblica amministrazione quando esercita poteri repressivi, comminando sanzioni anche pecuniarie⁵⁸, è assimilabile ad un tribunale. E', poi, certo che la contestazione da parte di una pubblica autorità d'un infrazione, che espone il destinatario al rischio di una misura afflittiva, rientra nel concetto di accusa penale, con tutte le conseguenze sul piano procedurale⁵⁹. La Corte di Strasburgo, in altri termini, attribuisce alle nozioni di <<tribunale>> e di <<accusa penale>> dell'art. 6 Cedu un significato proprio e diverso rispetto a quello riconosciuto nei diversi paesi, al dichiarato fine di assicurare un'applicazione sostanziale della disciplina dell'equo processo, nei singoli stati membri del consiglio d'Europa⁶⁰.

In particolare, il giudice della convenzione, in sintonia con l'indicata prospettiva funzionale, non considera determinante, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 Cedu, la qualificazione in termini di illecito penale od amministrativo compiuta dal diritto interno del singolo Stato aderente. Si reputano, invero, penali non solo le sanzioni così espresamente considerate da ciascun diritto domestico bensì anche quelle previste per la violazione di norme dirette alla generalità dei consociati⁶¹, quando esse risultano caratterizzate da una finalità punitiva⁶².

⁵⁵ Cort. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 - 349, in *Foro it.*, 2008, I, c. 40 ss.

⁵⁶ M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 36 ss.

⁵⁷ M. ALLENA, *Art. 6 Cedu.*, cit., p. 167.

⁵⁸ Cort. Edu, 15 agosto 2008, C. 7460/03, *Nadtochy c. Ucraina*, par. 20 - 21; Cort. Edu, 23 novembre 2006, C. 7305/01, *Jussila c. Finlandia*, par. 38, entrambe in www.echr.coe.int.

⁵⁹ Per una recentissima riaffermazione di tale posizione rispetto ai procedimenti sanzionatori di Consob, si veda, Cort. Edu, 4 marzo 2014, C. 18640/10, *Grande Stevens c. Italia*, par. 94, in www.echr.coe.int.

⁶⁰ Cort. Edu, 8 giugno 1976, C. 5101/71, *Engel c. Olanda*, par. 81 - 82, in www.echr.coe.int.

⁶¹ L'art. 6 Cedu, per la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, risulta anche applicabile ai procedimenti disciplinari, categoria di procedimenti punitivi avviabili nei confronti di cerchie limitate di soggetti, cioè verso chi è legato da un vincolo particolare all'amministrazione od opera in "settori ad accesso riservato" su cui la prima vigila. La limitazione - diretta od indiretta - alla libertà d'azione derivante dall'applicazione della pena amministrativa porta, infatti, a ricondurre tale procedimento nell'ambito di quelli in cui si <<controverte di diritti o doveri di carattere civile>>.

Ancora, si considerano penali tanto le sanzioni obiettivamente gravi quanto quelle che - in astratto - non si palesano tali, esponendo l'indagato al rischio della condanna al pagamento di una somma di danaro "relativamente tenue"⁶³, poiché ciò che rileva, in ultima analisi, è la loro - anche non esclusiva - funzione afflittiva/deterrente⁶⁴.

7. Revisione dell'impostazione tradizionale del procedimento alla luce dei principi dell'equo processo e sua riconsiderazione come "luogo" di confronto paritario tra interessi contrapposti riferibili, rispettivamente, alla parte pubblica e quella privata. Come anticipato, l'art. 6 Cedu offre una serie di indicazioni fondamentali ai fini della riconsiderazione degli equilibri ed interessi che devono trovare riconoscimento e tutela nel procedimento sanzionatorio, implicando una rivalutazione delle fasi e dei momenti di quest'ultimo sino ad ora trascurati per il prevalere d'una convinzione che ne ha minimizzato la dimensione e funzione garantistica. Gli apporti della disposizione convenzionale si prestano, in una prospettiva del diritto interno, a fondare una lettura evolutiva dell'art. 24, l. 262/2005 che, cioè, pone in primo piano diversi fattori che condiziona-

cui la norma convenzionale estende le proprie prescrizioni procedurali, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu*, cit., p. 194 ss. Dunque, le considerazioni svolte nel testo si possono pianamente riproporre anche per il reg. Ivass 8 ottobre 2013, n. 2, <<concernente la procedura d'applicazione delle sanzioni disciplinari nei confronti degli intermediari e le norme di funzionamento del collegio di garanzia>>.

⁶² Cort. Edu, 27 settembre 2011, C. 43509/08, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia, par. 43 in www.echr.coe.int.

⁶³ Cort. Edu, 2 settembre 1998, C. 26138/95, Lauko c. Slovakia, par. 58, in www.echr.coe.int.

⁶⁴ Con specifico riguardo alle scelte italiane, si deve ricordare che la Corte di Strasburgo ha ritenuto penali le sanzioni pecuniarie comminate in applicazione del procedimento previsto dalla l. 689/1981 sulla depenalizzazione per la loro formale caratterizzazione deterrente punitiva e, quindi, ha reputato tale l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di 62.000,00 lire contestata per eccesso di velocità (Cort. Edu, 9 novembre 1999, C. 35260/97, Veruzza c. Italia). Dunque, il costante - più o meno ampio richiamo alla legge sulla depenalizzazione, operata dalle norme sulle sanzioni delle autorità indipendenti - e tra queste quelle di Ivass, induce a qualificarle penali ai sensi della convenzione a prescindere dal fatto che sia contestata un'infrazione sanzionata, magari di poche migliaia di euro, ad un "conglomerato finanziario". La Corte, da tempo, esclude, in principio, la possibilità di negare la natura penale di una sanzione in ragione della sua lieve entità pecuniaria - Cort. Edu, 21 febbraio 1984, C. 8544/79, Ozturk c. Turchia, par. 41, in www.echr.coe.int - o per il limitato tipo di privazione afflittiva che prevede; pertanto ha ritenuto applicabili le garanzie procedurali al procedimento che può portare, ad esempio, al ritiro di punti dalla patente di guida - Cort. Edu, 23 settembre 1988, C. 27812/95, Malge c. Francia, par. 39, in www.echr.coe.int. È, ancora da evidenziare, poi, come il giudice di Strasburgo, recentemente, ha ritenuto di trarre argomento di conferma della natura penale della sanzione, oltre che dai tradizionali elementi sintomatici, anche dalla posizione costante della giurisprudenza dello stato aderente che, in più occasioni, aveva evidenziato la funzione retributiva punitiva della sanzione applicata con il provvedimento posto in contestazione, Cort. Edu, 11 settembre 2011, C. 43509/08, cit. par. 41.

no legittimità del provvedimento punitivo ma che, sino ad oggi, sono stati “trascurati” per il concorrere di due diversi fattori; le potenzialità del documento normativo, se non ci si inganna, sono state comprese non solo per la costante differenziazione tra procedimento e processo ma anche per il prevalere della concezione della natura di obbligazione pubblica *ex lege* della condanna al pagamento della sanzione pecuniaria, con conseguente “riduzione” del giudizio di impugnazione a momento di sola verifica della sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi dell’applicazione della pena⁶⁵.

L’art. 24, comma 1, l. 262/2005, richiamando espressamente i principi della piena conoscenza degli atti istruttori e del contraddittorio pone, cioè, l’accento su alcune garanzie procedurali il cui rilievo ed importanza possono essere reinterprete – estensivamente – attraverso l’art. 6 Cedu che equipara il procedimento al processo. La parziale corrispondenza letterale tra disposizione interna e quella convenzionale, dunque, consente di avviare una revisione critica - indipendentemente dal compimento del processo di adesione alla Cedu da parte dell’Unione europea – o dal modo con cui si ritiene che la disposizione convenzionale possa sortire effetti nell’ordinamento interno. Dunque, tanto se si reputa che quella, in quanto parte di un trattato internazionale, in forza dell’art. 117, comma 2, Cost., si ponga quale norma di diritto c.d. interposto, come tale in grado di orientare l’interpretazione di quello interno⁶⁶, sia se la si ritiene norma d’applicazione diretta⁶⁷ in forza

⁶⁵ M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 264.

⁶⁶ Cort. cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2306 ss.

⁶⁷ In tal senso si vedano, Così, 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. 670 ss.; A. MOZZATI, *La conformità europea dei procedimenti Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 31 ss. e, diffusamente, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu.*, cit., p. 75 ss. Quest’opinione fonda la propria tesi su d’una serie di indici normativi tanto di carattere peculiare che generale. Quanto ai primi, si rileva come innanzitutto, molte direttive economiche vi fanno riferimento quando, come nel caso di quella sulle pratiche commerciali scorrette (venticinquesimo considerando), prevedono che il provvedimento d’armonizzazione <<rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea>>. Quanto ai secondi, si evidenzia come ai principi della disposizione convenzionale sono ispirati o fanno rinvio alcuni articoli della <<Carta fondamentale dei diritti dell’Unione europea>>, cui l’art. 6 par. 1, del Trattato Ue, riconosce lo stesso valore giuridico dei trattati e dunque efficacia diretta negli stati membri. In specie, si nota come l’art. 47, comma 2, della Carta riproduce sostanzialmente il contenuto dell’art. 6 Cedu. A quello poi fanno seguito gli art. 53 e 51 della stessa che confermano la piena sintonia della disciplina dell’Unione con quella della convenzione, intesa come fonte di un livello minimo di garanzie procedurali. In particolare l’art. 53 precisa che in caso di corrispondenza tra diritti riconosciuti dalla Carta e quelli conferiti dalla Cedu i significati e la portata da attribuirsi ai primi sono uguali a quelli derivanti dall’ultima; estensione e consistenza che si puntualizza, comunque, non possono mai essere compromesse o limitate

dell'operare di una serie di indici normativi europei che fanno rinvio alla Cedu⁶⁸. Nel caso d'interesse, infatti, a fronte del silenzio del legislatore primario, non si pone il problema del limite oltre cui l'adeguamento interpretativo operato dall'amministrazione o dal giudice si può spingere perché la lettura del documento normativo interno si presta ad essere integrata dai principi Cedu, sintesi di valori condivisi dagli stati aderenti alla Cedu, comunque, non contrastanti con la nostra Costituzione.

La rilevata forza garantistica e capacità d'imprimere una radicale riconsiderazione di convinzioni consolidate non dovrebbe peraltro stupire se solo si considera che, in nome della tutela effettiva del individuo, l'art. 6 Cedu ha portato al superamento di molte limitazioni basate su distinzioni di tipo formale "stipulativo" tipiche degli ordinamenti degli stati contemporanei⁶⁹, cui non si può sottrarre, per ragioni di opportunità, quella tra procedimento e processo, con quanto ne consegue ai fini della disciplina. Perciò, nello specifico, la disposizione convenzionale consente di superare quel orientamento - radicato soprattutto in giurisprudenza - che nega che il procedimento sanzionatorio possa costituire luogo di un confronto paritetico, per il prevalere dell'interesse dell'amministrazione al contrasto dell'illegalità, con conseguente sacrificio di quello difensivo dell'indagato⁷⁰.

L'equiparazione di posizioni di partenza tra parte pubblica e privata che si ricava dall'art. 6 Cedu, ulteriormente, rende manifesta l'insostenibilità d'una indimostrata superiorità degli interessi della seconda rispetto a quelli della prima ed improponibile la conclusione relativa alla possibilità di differenziare la qualità delle garanzie su cui può contare il sanzionando, rispettivamente, nel procedimento e nel proces-

dall'applicazione di atti dell'Unione. L'art. 51, poi, prevede che quella omogeneità di trattamento o di situazioni giuridiche deve essere osservata e garantita non solo dalle <<istruzioni, organi e organismi dell'Unione>> ma anche dagli Stati membri chiamati ad attuare il diritto europeo e, dunque, in ogni campo interessato dal diritto Ue. Da quel complesso di indici, quindi, si dovrebbe ricavare che nel settore, d'interesse, oggetto di una fitta normazione Ue, l'art. 6 Cedu, orienta e condiziona l'operato delle autorità di vigilanza domestiche - A. MOZZATI, *La conformità europea*, p. 50 -ed, in specie, quella di Ivass.

⁶⁸ Per l'esclusione dell'efficacia diretta delle disposizioni Cedu per l'operare di rinvii da parte della normativa europea, si veda, E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, Cedu e Costituzione italiana*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2012, p. 24 ss.

⁶⁹ Sul punto, per tutti, si veda, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee ed i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, 2013, spec., p. 4, in www.aic.it,

⁷⁰ Tra le tante pronunzie relative ai procedimenti sanzionatori di Consob si veda, per tutte, Cass., 20 gennaio 2014, n. 1065, in www.consob.it; Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3128 ss., mentre per quanto concerne quelli di Agcm, si segnala, Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4392, in www.giustizia-amministrativa.it.

so⁷¹. Ancora, poi, impedisce che quella distinzione consenta di giustificare una “dimidiazione” dei diritti “partecipativi” dell’indagato in quanto non concepiti come necessari strumenti di un pieno contraddittorio ma quali semplici occasioni utili per far acquisire all’amministrazione elementi conoscitivi⁷², nel corso d’un’istruttoria la cui valutazione di completezza è rimessa all’autorità procedente⁷³, poiché nel solo processo le parti potrebbero aspirare e pretendere una effettiva parità di trattamento⁷⁴. Come si vede, una lettura dell’art. 24, comma 1, l. 262/2005 orien-

⁷¹ In tali termini si veda, R. RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, p. 986, secondo cui è da escludere, anche in considerazione della posizione istituzionale delle autorità amministrative indipendenti, che i loro procedimenti debbano essere improntati ai principi processuali poiché la garanzia del ricorso all’autorità giudiziaria ordinaria risulterebbe di per sé sufficiente ad assicurare il rispetto dell’art. 6 Cedu <<indipendentemente dal modo con cui sia destinata a svolgersi la precedente fase del procedimento amministrativo>>.

⁷² R. RORDORF, *Sanzioni amministrative*, cit., p. 987.

⁷³ Se si vuole, coerentemente con una impostazione seguita nella ricostruzione delle prerogative del soggetto passivo di un qualunque procedimento sanzionatorio, come si può trarre dal principio di diritto posto da Cass., sez. lav., 2 ottobre 2009, n. 21114, in www.giustizia.it, secondo cui <<L’art. 18, l. 4 dicembre 1981 n. 689 impone all’autorità amministrativa competente a ricevere il rapporto dell’infrazione l’obbligo di sentire gli interessati che ne abbiano fatto richiesta, nonché di tenere conto dei documenti dagli stessi inviati e degli argomenti esposti negli scritti difensivi, ma non attribuisce al presunto responsabile il diritto a pretendere una vera e propria istruttoria ed una sorta di anticipazione del processo, rientrando nell’ambito delle facoltà discrezionali dell’autorità amministrativa quella di assumere ulteriori informazioni sui fatti (anche tramite l’audizione di testimoni), il cui esame e controllo sono consentiti agli interessati nel corso del giudizio di opposizione all’ordinanza-ingiunzione e restano soggetti alla valutazione da parte del giudice>>.

⁷⁴ L’asserita necessità di una sollecita repressione accentua, nell’ambito d’interesse, quel normale sospetto nei confronti di prescrizioni che possono tradursi in un potenziale fattore di rallentamento dell’azione amministrativa e che – come ricorda F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2010, p. 305 – accompagnarono anche l’approvazione della l. 241/1990. L’aspirazione alla massima concentrazione dei tempi, peraltro, porta la giurisprudenza sensibile a quest’esigenza – spec. Cass., sez. un., 30935/2010 – a confondere il fenomeno della partecipazione al procedimento con quello del contraddittorio, che deve essere garantito nel caso di quelli sanzionatori, caratterizzati dal radicalmente diverso rapporto in cui si pongono l’interesse privato e quello della pubblica amministrazione. Infatti, la l. 241/1990 considera, procedimenti in cui non vi è una contrapposizione necessaria di posizioni di partenza, nei quali il privato, con il suo apporto, mira all’adozione da parte della P.A. d’una determinazione quanto più equilibrata e maggiormente soddisfattiva del proprio interesse, al termine d’un’istruttoria la cui completezza e sufficienza è valutata dalla stessa autorità procedente. Nel caso del procedimento sanzionatorio, invece, la partecipazione, per la conflittualità delle posizioni, assume una connotazione assolutamente difensiva e proprio perciò deve consentirsi all’indagato di prendere posizione e contraddire pienamente ogni affermazione o fatto probatorio che l’amministrazione potrebbe porre a fondamento della propria decisione finale. Dunque – come condivisibilmente evidenziato da F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione*, cit., pp. 307- 308 - è la funzione difensiva dell’interlocuzione dialettica che impone d’assicurarne lo svolgimento secondo uno schema predeterminato e rigido ed a *fortiori* osta a che l’amministrazione possa vedersi riconoscere la prerogativa di valuta-

tata dall'art. 6 Cedu porta alla rivalutazione dei diversi momenti del procedimento ed ad affermarne la loro insopprimibilità e, di conseguenza, a respingere l'idea secondo cui il "confronto amministrativo" deve offrire un minor livello di garanzie difensive poiché la necessità di una quanto più rapida repressione degli illeciti⁷⁵ consentirebbe il differimento d'un completo e paritario contraddittorio nella successiva fase processuale⁷⁶.

La lettura integrata, in altre parole, porta ad affermare la necessità del riconoscimento delle più intense garanzie procedurali sin dall'avvio di un'attività amministrativa e - evidenziando la forza afflittiva del provvedimento applicativo finale - si presta ad ulteriori sviluppi. Quella notazione, infatti, consente d'evidenziare l'insostenibilità, per la sua scorrettezza di fondo, della posizione di una parte della giurisprudenza che - ambigualmente - avvicina l'atto conclusivo d'applicazione della sanzione ad una determinazione "endoprocedimentale", alludendo a due fasi di un unico percorso. Ad un fenomeno "unitario" - ma a composizione "eterogenea" - caratterizzato da una prima "sede ideale" di confronto celere e snello, asimmetrico, ad estensione variabile, cui segue una seconda, eventuale, avviabile con il ricorso del sanzionato, ove gli è riconosciuta la possibilità di confrontarsi con la P.A., innanzi ad un giudice investito di una cognizione piena tanto sull'atto quanto sul rapporto, come tale, in grado di sostituire in tutto od in parte il provvedimento avverso⁷⁷.

Per quanto riguarda i profili di invalidità del provvedimento sanzionatorio, l'attitudine garantistica dell'art. 6 Cedu, come "svelata" dalla giurisprudenza della Corte europea, porta a respingere i corollari che si prendono di trarre dalle ricordate ragioni efficientistiche, dirette a limi-

re l'opportunità - alla luce delle circostanze del caso concreto - di diversificare, di volta in volta, le modalità dell'istruttoria ed i termini del confronto con l'indagato.

⁷⁵ M. ALLENA, *Art. 6 Cedu*, cit., p. 168. Negli stessi termini si veda anche, F. TUCCARI, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, in A.A. V.V., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 165 - 166.

⁷⁶ Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8-bis, l. 15 dicembre 1990, n. 386, relativa alla disciplina sanzionatoria degli assegni bancari, la Consulta - Cort. Cost., 26 febbraio 2010, n. 368, in *Giur. cost.*, 2010, p. 5152 - richiamando la propria precedente giurisprudenza ha affermato che l'art. 24 Cost. non può essere proposto come parametro di correttezza <<ove la disposizione censurata abbia oggetto non già un procedimento di natura giurisdizionale ma (...) esclusivamente una procedura di carattere amministrativo>>, dunque confermando quella differenziazione di tutela conseguente al diverso luogo in cui il privato fa valere le proprie ragioni.

⁷⁷ Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3129 ss.

tare la forza viziante di qualunque forma, anche grave⁷⁸, di inosservanza o violazione del diritto di difesa⁷⁹. L'affermata inderogabilità delle garanzie procedurali consente, in specie, di superare quell'ulteriore svalutazione che ne è stata compiuta dalla giurisprudenza attraverso una loro lettura con la "lente" della legge sulla trasparenza che la ha condotta a ricavare dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990 una generale irrilevanza delle violazioni delle regole che ordinano i procedimenti sanzionatori⁸⁰. Conclusione, questa, che si pone in palese contrasto con le prescrizioni convenzionali che intendono proteggere l'indagato fissando precisi punti fermi che devono essere rispettati dalla P.A. e che, come tali, non sono superabili da una regola di diritto interno che si dirige, in senso opposto, a limitare la annullabilità di provvedimenti autoritativi in ipotesi di emersione di vizi relativi alla violazione della disciplina procedimentale.

⁷⁸ Per una critica alla quale, si vedano, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu.*, cit., p. 142 e F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione*, cit., pp. 309; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio*, cit., p. 178 ss..

⁷⁹ Tanto da giungersi ad affermare - Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786, in www.giustizia.it - l'assoluta irrilevanza, ai fini della verifica di validità del provvedimento finale, della mancata audizione del ricorrente che, ne aveva fatto formale richiesta e che, dunque, manifestava l'intenzione di avvalersi di una forma di interlocuzione prevista espressamente dalla legge, poiché, comunque, quello ha la possibilità di sottoporre il provvedimento alla successiva revisione giudiziale.

⁸⁰ Così, Cass., 30 settembre 2009, n. 20935, cit., per la quale, <<gli eventuali vizi del provvedimento riferibili a vizi del procedimento non sono, a giudizio di questa Corte, nella specie rilevanti>> stanti le indicazioni dell'art. 21 *octies*, comma 2°, l. 241/1990 <<a mente del quale il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, e la cui *ratio* (sulla quale, *funditus* e condivisibilmente, Cons. di Stato 5419/06) risulta indiscutibilmente caratterizzata dall'intento di sanare, con efficacia retroattiva, tutti gli eventuali vizi procedurali non influenti sul diritto di difesa in relazione a provvedimenti vincolati adottata in una materia l'intermediazione finanziaria - in cui il bilanciamento, anche costituzionale, dei valori individuali e collettivi destinati a tutela consente al legislatore ordinario interventi che privilegino la tutela del risparmio e della trasparenza e buon andamento dei mercati e delle operazioni finanziarie>>. La combinazione del principio enunciato con la struttura del processo di opposizione, quindi, portava a rigettare il reclamo per essersi il ricorrente limitato a contestare in astratto il difetto di contraddittorio senza indicare concretamente quale tipo di pregiudizio avrebbe comportato la compressione lamentata. Infatti se da un lato l'amministrazione intimata assume la posizione di <<attore sostanziale>> si deve ricordare come grava sul ricorrente <<convenuto sostanziale>> la dimostrazione di tutti quegli elementi che escludono l'applicazione della sanzione; quindi, stante l'allargamento del tema del contendere, anche di quelle privazioni che gli sono state causate dalla compressione delle prerogative difensive derivanti dalla disposizione regolamentare con la conseguenza che, in difetto d'indicazione di quelle e dei fatti ostativi alla sanzione, non si reputa superata la presunzione di correttezza dell'atto amministrativo.

8. Continua. Alcuni parametri di conformazione dei procedimenti amministrativi sanzionatori ritraibili dall'art. 6 Cedu. L'interpretazione dell'art. 24 l. 262/2005 orientata dall'art. 6 Cedu consente d'includere tra i parametri di legittimità dei provvedimenti amministrativi interni ulteriori e più intensi principi rispetto a quelli ricavabili dalla lettura del testo del documento normativo domestico⁸¹. L'equiparazione sul piano delle garanzie minime tra procedimento e processo, nella prospettiva sostanzial - funzionale della Convenzione, porta ad imporre l'effettiva osservanza di talune regole organizzative ed operative. In particolare, un primo gruppo di indicazioni prescrive che la decisione deve essere presa da un organo terzo, obiettivamente imparziale anche rispetto all'altro della P.A. che ha azionato la pretesa punitiva. Mentre un secondo gruppo di indicazioni richiede che il confronto - che precede la deliberazione finale - tra parte privata e quella pubblica procedente - deve svolgersi in modo completo, paritario ed esaustivo ed in un tempo quanto più prossimo all'emersione dei fatti posti a base dell'iniziativa della P.A. Dunque, per l'operare dell'art. 6 Cedu, salvo eccezioni, l'equo procedimento sanzionatorio, al pari del processo, deve essere tempestivo e strutturato in maniera tale per cui contendenti godano costantemente delle medesime prerogative, agiscano in modo informato e la posizione dell'una e dell'altra e non vengano incise da misure, anche normative, tali da alterare la loro parità di posizione.

Tanto si trae dalla lettura della disposizione convenzionale e da alcune tra le più significative pronunce che hanno preso posizione sulle caratteristiche dei procedimenti amministrativi.

Il primo comma del documento normativo esordisce affermando che <<ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente (...)>>. Il secondo comma, quindi, prevede che <<ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata>>. In fine, il terzo comma, individua alcuni corollari o specificazioni del principio del contraddittorio che caratterizza, nella logica della convenzione, l'intera dinamica procedimentale⁸². In particolare, nel fissare la consistenza del c.d. principio di parità delle armi, si prevede che all'indagato: deve essere garantita un'informazione completa, assolutamente sollecita e comprensibile <<della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico>> (lett. a); si deve garantirgli di <<disporre di tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua

⁸¹ A. MOZZATI, *La conformità europea*, cit., p. 52.

⁸² M. ALLENA, *Art. 6 Cedu*, cit., p. 17.

difesa>> (lett. *b*); deve essergli data la possibilità di <<esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico>> (lett. *d*).

Nel concretizzare i precetti il giudice di Strasburgo ha precisato che l'accusa è tenuta, prima di tutto, a predisporre e notificare un atto di contestazione assolutamente dettagliato e quanto più prossimo all'accertamento, consentendo alla difesa di avere accesso a tutte le prove anche a discarico⁸³. Le prove a carico dell'indagato, peraltro, non sono suscettibili di considerazione ai fini della decisione se non vengono acquisite dall'amministrazione precedente tramite assunzione in pubblica udienza o confermate nel corso di questa, onde consentire al sanzionando un esame diretto e completo degli elementi raccolti a sostegno della sua colpevolezza⁸⁴. Il privato, dunque, non solo deve poter contare sulla garanzia offertagli dall'immediatezza del contraddittorio orale ma anche su quella complementare rappresentata dal controllo svolto dalla generalità dei consociati sull'agire della pubblica amministrazione⁸⁵.

Ancora, per il giudice di Strasburgo, non è sufficiente che la regola procedimentale preveda la possibilità di un accesso ai documenti, se quello è sottoposto ad una preventiva verifica d'ammissibilità da parte dell'amministrazione precedente o di un suo organo. Infatti, il principio di parità delle armi consente all'autorità solamente in casi predeterminati e tassativi, per ragioni di tutela dell'interesse pubblico generale, la limitazione dell'accesso al materiale raccolto, dando luogo ad un'attenuazione di quello che, altrimenti, si sostanzia in un suo vero ed ampio obbligo di attivazione. La P.A., invero, è in principio tenuta a facilitare l'indagato nella sua opera d'acquisizione completa del materiale che lo riguarda, indipendentemente dalla valenza sfavorevole o favorevole di alcune sue parti. Obbligo d'attivazione e collaborazione, peraltro, inteso in modo particolarmente rigoroso tanto da ritenersi che pure l'eventuale omessa ostensione di un documento – anche neutro rispetto

⁸³ Cort. Edu, 11 luglio 2002, C. 4577/11, C. Goc c. Turchia, par. 57; Cort. Edu, 25 luglio 2000, C. 23969, Matocchia c. Italia, par. 65, entrambe in, www.echr.coe.int

⁸⁴ Cort. Edu, 20 gennaio 2011, C. 25041/07, Verners c. Francia, par. 52, in www.echr.coe.int. Nello stesso senso, con riferimento ai procedimenti sanzionatori di Consob, che non riconoscono parità di posizioni tra accusa e difesa e negano la garanzia di un confronto in un'udienza pubblica si veda, Cort. Edu, 4 marzo 2014, C. 18640, cit., par. 122 -123, che ha anche ricordato come la soppressione del confronto orale può essere giustificato solo in casi assolutamente eccezionali. Richiamando la propria costante giurisprudenza il giudice di Strasburgo ha ribadito che tale fase può ammettere deroghe, in ipotesi limite, di cause semplici, che non sollevano questioni di attendibilità delle prove e dunque la decisione finale può essere presa <<in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo>>.

⁸⁵ Cort. Edu, 30 giugno 2011, C 25041/07, Messier c. Francia, par. 52, in www.echr.coe.int.

al fondamento della contestazione - integra quella lesione del contraddittorio che inficia inesorabilmente la validità del provvedimento, risultando indifferente che quella - od altra violazione procedimentale- non abbia avuto alcuna incidenza sulla decisione finale⁸⁶.

Non meno rilevante, da ultimo, è il principio di presunzione di innocenza (art 6, comma 3, Cedu) sia per quanto riguarda all'addossamento alla p.a. procedente dell'onere della prova⁸⁷ sia per quanto concerne la concreta applicazione della pena⁸⁸. Per il giudice di Strasburgo le sanzioni amministrative determinate con un procedimento non rispettoso dei principi del giusto processo, non sono eseguibili prima della scadenza dei termini d'impugnazione giurisdizionale o prima che quella revisione si sia conclusa. Si reputa, infatti, che anche l'esecuzione di una pena inflitta, in attesa che le garanzie convenzionali trovino applicazione, collide con il principio di presunzione di innocenza, superabile, appunto, solo al termine di un "equo procedimento" od, in difetto, attraverso un successivo giusto processo, celebrato da un giudice munito di un potere di revisione piena estesa al merito⁸⁹.

In conclusione, per la giurisprudenza Cedu, il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie deve "ricalcare" quanto più possibile gli schemi giurisdizionali. Infatti, quell'equiparazione funzionale tra l'uno e l'altro porta ad ammettere una deroga eccezionale all'osservanza più rigorosa dei principi convenzionali - compensabile in un successivo processo innanzi ad un giudice munito di *full jurisdiction* - solo quando si faccia questione di illeciti minori, oggetto di lievissime sanzioni, il cui accertamento possa compiersi sulla base di attendibili elementi di prova documentale⁹⁰. In altre parole, v'è spazio per un contemperamento tra salvaguardia della posizione dell'indagato ed efficien-

⁸⁶ Cort. Edu, 15 gennaio 2009, C. 8927/02, Sharomov c. Russia, par. 47, in www.echr.coe.int.

⁸⁷ Oggetto, come sottolinea, R. COSTI, *Le sanzioni*, cit., p. 337, di una sostanziale inversione per quanto concerne le sanzioni irrogate dall'autorità di vigilanza quando contestano agli operatori la scorrettezza di comportamenti che devono essere orientati e rispettosi di principi o clausole generali.

⁸⁸ Con conseguente superamento dell'opinione tradizionale - A.M. SANDULLI, voce *Sanzioni*, cit., p. 13 - che esclude l'estensione della presunzione di innocenza, prevista per la responsabilità penale, all'ambito d'interesse in ragione delle diversa natura e conseguenze dell'applicazione della punizione amministrativa..

⁸⁹ Cort. Edu, 17 gennaio 2008, C. 44298/02, Synnelius and Edseberg Taxi Ab c. Svezia, par. 1 - 2, Cort. Edu, 27 gennaio 2000, C. 9631/04, Calberg c. Svezia, par. 50, entrambe, in www.echr.coe.int.

⁹⁰ Cort. Edu, 29 settembre 2011, C. 3127/09, Fliser c. Slovenia, par. 38, in www.echr.coe.int, ribadisce il principio della rigorosa osservanza di tutte le garanzie procedurali, anche in caso di sanzioni di lievissima entità, quando non vi sia certezza in merito all'attendibilità del materiale probatorio, escludendo che possa attribuirsi certezza alle affermazioni contenute in un verbale redatto dagli agenti accertatori della sanzione perché quanto dichiarato dagli stessi non era supportato da strumenti di rilevazione obbiettiva.

za dello strumento sanzionatorio⁹¹, con rinvio del confronto pieno alla fase contenziosa giurisdizionale, unicamente quando si ha riguardo all'applicazione – fondata su prove obiettivamente attendibili - di previsioni “minimamente afflittive”, la cui tenue forza punitiva è però da verificare di volta in volta.

9. Tendenziale difformità dai parametri dell'art. 6 Cedu dei regolamenti sanzionatori delle amministrazioni indipendenti; alcuni dubbi sulla conformità del regolamento Ivass n. 1/2013. Terminata la sommaria ricognizione dei principi dell'art. 6 Cedu, ci si può volgere alla lettura del regolamento Ivass, 1/2013, <<concernente la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie>> che ordina l'iniziativa punitiva dell'autorità.

Anche questo prodotto normativo, allineato alle indicazioni della giurisprudenza domestica, appare disallineato rispetto alla convenzione Cedu. Quello, come altri omologhi delle amministrazioni indipendenti⁹², non assicura una parità sostanziale tra parte pubblica e privata, riservando loro un trattamento eterogeneo, come sempre, giustificato sulla differenza formale tra procedimento e processo⁹³ e su una postulata prevalenza dell'interesse pubblico punitivo⁹⁴.

La ricognizione del documento normativo di Ivass, se non ci si inganna, solleva peraltro una serie di perplessità che potrebbero generare una conseguenza paradossale. La massima o, quanto meno, tendenziale compressione delle prerogative difensive del privato – che si vorrebbero giustificate dall'esigenza di una pronta reazione a presidio dell'effettività delle regole – rischia di compromettere la forza di chiusura o “complementare” della funzione sanzionatoria, poiché possono portare all'adozione di determinazioni afflittive annullabili, viziate perché non rispettose dell'art. 6 Cedu.

Se si passa all'esame degli aspetti specifici, una prima ombra sembra avvolgere la disciplina relativa al termine per la contestazione degli

⁹¹ Cort. Edu, 23 novembre 2006, C. 73053/01, Jussila c. Fillandia, cit., par. 40.

⁹² Per una panoramica delle distinte autorità si rinvia a M. CLARICH, L. ZANETTIN, *Le garanzie*, cit. p. 363 ss.

⁹³ Secondo alcuni - F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali*, cit., pp. 731 – 732 – l'atteggiamento domestico è in parte spiegabile non solo alla luce d'un'esigenza “efficientistica” ma anche per un ritardo culturale dei nostri operatori giuridici, tendenti a negare rilievo ai principi ed ad una giurisprudenza Cedu da tempo consolidata. Nella sostanza i più sarebbero orientati da una negazione di fondo della rilevanza del processo di produzione del diritto attuato dai sistemi extrastatali e dalle loro “corti di riferimento”, impegnate nella continua individuazione e creazione di principi fondati sulla base di valori di indole etica e poi di nuovi diritti fondamentali, cfr P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contr. e imp. Europa*, 2013, spec. pp. 687 – 689.

⁹⁴ In senso critico si esprime anche M. BROCCA, *Il procedimento sanzionatorio*, cit. p. 332 ss.

addebiti, che pare allontanarsi dall'indicazione dell'art. 6 Cedu che ne impone la quanto più sollecita trasmissione al suo destinatario. La normativa Ivass relativa all'atto d'avvio del procedimento non pare in grado di soddisfare pienamente quell'esigenza difensiva della tempestiva conoscenza "dell'oggetto del contendere"; il regolamento fissa, invero, un momento certo a partire dal quale scatta quel obbligo di comunicazione solo nel caso delle rilevazione di violazioni in sede ispettiva, individuandolo in quello coincidente con la <<data di sottoscrizione del verbale>> conclusivo di questa verifica amministrativa.

Altrettanto non accade nelle altre due ipotesi testualmente considerate quali, rispettivamente, in quella delle <<verifiche presso soggetti diversi dagli intermediari>> e delle <<c.d. verifiche a distanza>>. Nel primo caso s'individua il momento di riferimento in quello della <<data di apposizione agli atti del visto del capo del servizio ispettorato>>; nel secondo, invece, più genericamente, in quello <<in cui è completata la valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi costitutivi della fattispecie suscettibile di dar luogo all'applicazione di una sanzione>>, coincidente con la data indicata nell'atto di contestazione degli addebiti, che indica il tempo della conclusione della ponderazione degli elementi raccolti nella c.d. preistruttoria (art. 4, comma 4, reg. Ivass n. 1/2013).

Nella sostanza la valutazione della tempestività della contestazione continua a dipendere da una considerazione "in concreto" dei tempi di valutazione dell'amministrazione, non costretta ad attivarsi in un periodo determinato *a priori*⁹⁵. Dunque, l'interesse dell'indagato alla quanto più sollecita informazione può trovare soddisfazione solo successivamente ed indirettamente quando, previo esame della situazione di fatto, il giudice dell'impugnazione del provvedimento affittivo, concluda per la sopravvenuta decadenza del potere punitivo per il superamento del termine ultimo fissato per la notifica dell'atto d'avviso d'avvio dell'iniziativa punitiva (art. 326, comma 1, cod. ass.)⁹⁶.

Una seconda ombra incombe poi sulla disciplina dell'istruttoria poiché il regolatore non pare averla intesa, ai sensi dell'art. 6 Cedu, quale fase in cui si consente si realizzi un confronto pieno, paritario e simmetrico tra parte privata e parte pubblica. E ciò a tacere il fatto che, l'autorità – in sintonia con l'impostazione criticata⁹⁷ – sembrerebbe col-

⁹⁵ Cfr. *Documento contenente gli esiti della pubblica consultazione del 8 ottobre 2013 sul regolamento concernente l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di Ivass*, p. 9, in www.ivass.it. In conformi, si veda l'analogo *Documento Consob*, cit., spec. p. 5, che nega che il momento d'accertamento della sanzione e, quindi, l'obbligo di tempestiva contestazione – conformemente alla costante giurisprudenza – possa ritenersi decorrere da un preciso momento quale, ad esempio, quello in cui l'organo che ha concluso le indagini preistruttorie ne trasmette il risultato a quello che ha il potere di disporre l'atto di contestazione degli addebiti.

⁹⁶ Cfr. Tar Lazio, 5 marzo 2014, n. 2544, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁷ Vedi par. 8 – 9.

tivare la pretesa di funzionalizzare, ai propri fini, l'intero apporto dell'indagato, comprimendogli così i margini di manovra. L'art. 8, comma 3, reg. Ivass 1/2013 dispone, infatti, che <<ferma restando la pienezza del diritto alla difesa, l'attività difensiva si deve svolgere nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti nel procedimento amministrativo. In tale ottica, tenuto conto dell'esigenza di assicurare l'economicità dell'azione amministrativa, le deduzioni devono essere svolte, (...), in modo essenziale e pertinente, rispettando l'ordine delle contestazioni (...). La documentazione allegata deve essere pertinente ai fatti contestati e alle argomentazioni difensive>>.

Come si vede il documento normativo individua due principi di riferimento quali, rispettivamente, quello di leale collaborazione e quello d'economicità dell'azione amministrativa, alla luce dei quali pretenderebbe ordinare l'attività difensiva. Il regolamento pone in risalto, invero, due parametri la cui considerazione espressa si spiega muovendo dal assioma secondo cui la partecipazione oggetto d'attenzione ha la stessa sostanza di quella considerata dall'art. 10, comma 10, l. 241/1990; dunque, esaurisce la sua funzione nell'essere canale d'acquisizione d'informazioni utili all'amministrazione che si attiva per reagire all'ordine violato. V'è dunque l'adesione ad un'impostazione che è confermata dallo stesso testo della disposizione subprimaria, chiaramente ispirato alla legge sulla trasparenza amministrativa, che lega il dovere d'esame da parte della P.A. dei documenti e degli scritti presentati dal privato alla loro pertinenza <<all'oggetto del procedimento amministrativo>>.

Non diversa considerazione sembra ricevere la previsione della possibilità per l'indagato di ottenere, a propria richiesta, l'audizione, opportunità comunque non prevista dalla l. 241/1990 che privilegia l'istruttoria documentale⁹⁸. Infatti, anche questa eventualità viene ridotta ad occasione facoltativa d'informazione. Occasione, si sottolinea, il cui significato e portata è ulteriormente sminuito dalla prassi di molte autorità di vigilanza che la riducono a mera opportunità per l'indagato di illustrazione orale od integrazione di scritti precedentemente presentati, lontana, come tale, dall'essere occasione d'incontro dialettico sulle rispettive posizioni.

Lo stesso vincolo d'essenzialità e di pertinenza, anche riferito all'ordine delle contestazioni (art. 8, comma 3, reg. Ivass 1/2013), si spiega in un'ottica di funzionalizzazione della partecipazione privata alla soddisfazione dell'esigenza di celerità propria dell'amministrazione precedente. Interesse che il regolatore reputa potersi soddisfare attraverso la previsione d'un ordine che deve essere rispettato da ciò in cui si sostanzia l'attività difensiva e che, se ben ci si avvede, si traduce in un

⁹⁸ Cfr. M. CLARICH, L. ZANETTIN, *Le garanzie*, cit., p. 361.

alleggerimento dell'onere dimostrativo sia della parte procedente che dell'obbligo dell'organo deliberante. Il mancato rispetto dell'ordine delle contestazioni o la non pertinenza delle osservazioni difensive, invero, si presta a giustificare la non specifica considerazione delle argomentazioni del privato; così, infatti, si amplifica la forza conservativa di quella massima costante in giurisprudenza secondo cui la P.A., nel suo provvedimento sanzionatorio, non è tenuta a contestare puntualmente e prendere posizione su ogni deduzione proposta dall'indagato⁹⁹.

Una terza ombra incombente sul regolamento riguarda la sua coerenza con il c.d. principio di parità delle armi, che si ricava dall'art. 6 Cedu. Si può, infatti, dubitare che quello consenta la previsione d'un termine fisso oltre cui scatta un divieto assoluto per il solo privato di procedere all'integrazione delle proprie argomentazioni. Per la normativa Ivass gli indagati <<possono esercitare il diritto di difesa attraverso la partecipazione al procedimento sanzionatorio, presentando scritti difensivi ed altri documenti in ordine ai fatti addebitati nonché richiedere, ove lo ritengano necessario, di essere sentiti>> nei sessanta giorni dalla contestazione degli addebiti (art. 8, comma 1, reg. Ivass 1/2013). Spirato tale termine la loro posizione risulta cristallizzata, poiché i primi non possono modificare o correggere le loro <<controdeduzioni>> neppure nel caso in cui l'amministrazione procedente disponga il rinvio della data per cui è stata fissata l'audizione dell'indagato (art. 8, comma 4, reg. Ivass 1/2013).

Ancora una volta, per ragioni di efficienza, si introduce una barriera assoluta che non trova un corrispondente in un'altrettanto rigorosa preclusione a carico dell'amministrazione. Infatti, secondo un'interpretazione diffusa e non smentita dal regolamento¹⁰⁰, il servizio che cura la fase della contestazione e dell'audizione può effettuare approfondimenti anche in caso di rinvio o dopo che si sia tenuto l'incontro. Tanto sembra trarsi dalla disciplina subprimaria che, in linea con l'impostazione tradizionale¹⁰¹, presuppone la possibilità di una riconsi-

⁹⁹ Richiamandosi, anche nel caso di procedimenti sanzionatori, alla prescrizione dell'art. 10, l., 241/1990, la giurisprudenza amministrativa – Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 17; sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999, tutte in www.giustizia-amministrativa.it – esclude che sussista in capo all'autorità un obbligo di analitica confutazione degli argomenti difensivi delle parti, indicati nei loro scritti difensivi o ricavabili dagli eventuali documenti depositati, ritenendo <<sufficiente uno svolgimento motivazionale che renda, nella sostanza, percepibile la ragione del mancato adeguamento dell'azione della p.a. alle deduzioni difensive dei privati>>.

¹⁰⁰ Conclusione, peraltro, coerente con la dequotazione della funzione garantistica dell'atto di contestazione degli addebiti che - a pena di invalidità del provvedimento finale - non dovrebbe indicare ogni elemento fondante la colpevolezza dell'indagato, poiché altre prove a carico potrebbero essere rinvenute nel corso dello stesso procedimento, Cons. Stato, sez., VI, 9 giugno 2011, n. 3511, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰¹ A.M. SANDULLI, voce *Sanzioni*, cit., p. 16.

derazione ed arricchimento degli elementi probatori rispetto a ciò che è stato raccolto nella fase preistruttoria e reso noto all'inquisito. La normativa, invero, dispone che, espletati gli adempimenti descritti, l'unità procedente trasmette all'ufficio sanzioni una relazione motivata in cui da ragione degli <<elementi aggiuntivi disponibili di cui tener conto anche ai fini della graduazione della sanzione ovvero dell'archiviazione del procedimento>> (art. 10, comma 4, reg. Ivass 1/2013). Nella sostanza, quindi, s'ammette la possibilità che la decisione venga assunta sulla base di eventuali elementi ignoti all'indagato, rispetto cui questo non può far valere il proprio punto di vista.

Sempre nella prospettiva del privato, vista attraverso la lente della convenzione, si può dubitare della correttezza della compressione della sua facoltà di presentare difese scritte a fronte della previsione di un termine di durata massima del procedimento fissato in due anni dalla notifica della contestazione degli addebiti (art. 12, comma 4, reg. Ivass 1/2013). Quella prescrizione appare assolutamente discriminatoria se si considera che non è giustificata da un'esigenza acceleratoria di cui sono fatte partecipe le parti in modo uguale, restringendosi solo gli spazi difensivi lasciati all'indagato. Questi, infatti, ha sessanta giorni, decorrenti dalla contestazione degli addebiti, per depositare scritti e documenti difensivi e per chiedere l'audizione (art. 8, comma 1, reg. Ivass 1/2013) che l'istituto terrà indicativamente nei centoventi giorni successivi (art. 8, comma 4). Alla parte pubblica, invece, sembra consentirsi un più pacato esame di quanto raccolto; invero l'unico limite temporale che le si assegna sembra ricavarsi dalla necessità, a carico dell'ufficio sanzioni, di trasmettere la propria relazione motivata al direttorio in un tempo utile tale da consentirgli, eventualmente di acquisire – nei casi di particolare complessità – il parere dell'ufficio consulenza legale (art. 12, comma 2, reg. Ivass. n. 1/2013) e di deliberare prima dello spirare del biennio decorrente dalla contestazione degli addebiti.

Venendo ad un altro profilo di criticità si osserva come né il regolamento né altra norma di Ivass – difformemente dall'art. art. 6, comma 3, lett. *b*, Cedu – prevede alcuna facilitazione a favore dell'indagato per quanto riguarda l'acquisizione della documentazione raccolta dall'amministrazione procedente. L'unico strumento d'informazione del privato rimane l'atto di costituzione degli addebiti che segna l'avvio del procedimento mentre la stessa posizione di soggetto passivo dell'azione punitiva non è di per sé sufficiente per visionare ed estrarre copia del materiale allo scopo raccolto dalla parte pubblica. Il bisogno strumentale di conoscenza è, infatti, subordinato ad una condizione formale e sostanziale: la richiesta deve essere indirizzata all'Istituto in forma scrit-

ta¹⁰² e la sua soddisfazione è condizionata al contemperamento con l'interesse altrui alla riservatezza, la cui ponderazione è di spettanza degli uffici della stessa amministrazione (art 18, comma 1, reg. Ivass n. 1/2013).

Ulteriore ombra sul regolamento riguarda la disciplina del momento decisorio che non prevede un confronto anche pubblico ed orale sul risultato finale dell'istruttoria, innanzi all'organo munito del potere deliberativo, venendo così a collidere con il principio del pieno contraddittorio¹⁰³. La relazione dell'ufficio sanzioni – contenente la proposta motivata di provvedimento dallo stesso elaborata - viene indirizzata unicamente al direttorio integrato (art. 12, comma 1, reg. Ivass, n. 1/2013) e, dunque, rimane ignota all'indagato che, privato così di qualunque possibilità di controdeduzione, ne conoscerà l'esito solo con la lettura della decisione finale¹⁰⁴.

Come si vede il regolamento conserva una preclusione totale e costante al confronto completo ed immediato tra privato e P.A., prima, rispetto al momento della c.d. assunzione della prova e, poi, rispetto alla valutazione finale che l'amministrazione requirente compie a sintesi dell'esame di quanto raccolto. Come è evidente, si assiste ad una radicale privazione di quelle garanzie fondamentali che la convenzione (art. art. 6, comma 3, lett. d, Cedu) reputa possano soffrire solo di minime ed eccezionali deroghe.

Da ultimo, è da sottolineare come il regolamento non consenta di superare i propri difetti strutturali, rinviando il contraddittorio pieno alla fase, eventuale e successiva, del confronto giurisdizionale, precisando che <<la proposizione del ricorso non sospende il pagamento della sanzione>> (art. 17, comma reg. Ivass. n. 1/2013), con conseguente violazione del fondamentale principio di presunzione di innocenza, operante sin quando l'indagato non abbia visto vagliare le sue ragioni nel corso di un procedimento o prima della successiva revisione del suo risultato nel corso in un <<equo processo>>.

¹⁰² Il regolamento, sembra poi non favorire la più semplice acquisizione del materiale, sol si considera che ammette solo il c.d. accesso formale, escludendo quello informale che si sostanzia in una richiesta verbale oggetto d'accoglimento senza l'adozione d'alcun particolare atto, M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 269.

¹⁰³ Al pari di quanto veniva previsto dalla precedente disciplina sanzionatoria, per un esame della quale si vedano, D. AGUS, *Il procedimento sanzionatorio dell'Isvap (commento a regolamento Isvap 15 marzo 2006 n. 1)*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 901 ss. e M. FRATINI, *Le sanzioni dell'Istituto*, cit., p. 701 ss.

¹⁰⁴ Violazione del contraddittorio – in termini di denegata possibilità astratta di influire sull'esito della decisione - che si riscontra, poi, pure rispetto al parere che il direttorio integrato può chiedere al proprio ufficio consulenza legale (art. 12, comma 2, reg. Ivass 1/2013). Anche questo apprezzamento tecnico, che può incidere sulla direzione della determinazione finale, rimane infatti ignoto al soggetto passivo del procedimento.

