

Sanzioni Consob e Banca d'Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano

di Elena Bindi*

SOMMARIO:- 1. Premessa. 2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo. 3. Le prescrizioni della sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU. 4. Le ricadute della sentenza *Grande Stevens* sulla giurisprudenza interna. 5. Le modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. 6. Il decreto legislativo «Recante recepimento della direttiva 2013\36\UE del Parlamento Europeo sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento». 7. Profili problematici della disciplina dettata dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72, in relazione all'art. 76 Costituzione. 8. I criteri di maggior favore nella valutazione della entità della sanzione introdotti dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72. 9. Conclusioni.

1. Come noto si è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale, sia a livello interno sia a livello sovranazionale, secondo il quale la qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa da parte del diritto nazionale non è sufficiente a sottrarre il destinatario della sanzione alle garanzie del giusto processo, previste dall'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'indirizzo rigoroso elaborato dai giudici di Strasburgo, già a partire dagli anni settanta con la sentenza *Engel*¹, col riconoscere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate (non solo da autorità amministrative italiane, ma anche, ad esempio, da autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario²), ha cercato di porre un confine tra la sanzione amministrativa in senso proprio e le sanzioni amministrative che hanno natura afflittiva nei confronti della persona e che possono essere assimilate, nonostante la diversa qualificazione formale, alle sanzioni penali.

* Elena Bindi, professore associato in Istituzioni di diritto pubblico, Università di Siena.

¹ V. la fondamentale Corte eur. diritti dell'uomo 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Foro it.*, 1977, IV, 97, con nota di richiami.

² V. *infra* nota 10.

Questo percorso ha avuto un punto di arrivo importante con la sentenza *Grande Stevens* con la quale è stata riconosciuta la natura “penale” delle sanzioni Consob, è stato applicato a tali sanzioni l’art. 6 della Convenzione EDU, è stata condannata l’Italia per violazione del principio della pubblica udienza nel giudizio di impugnazione della sanzione³.

Tale decisione sta progressivamente modificando il modello delle tutele avverso tali sanzioni amministrative in Italia. Come vedremo, infatti, a seguito di tale sentenza va formandosi un orientamento, ad oggi specialmente da parte dei giudici amministrativi, che sostiene la necessità della pienezza del contraddittorio anche nel procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni. Inoltre, mentre alcune questioni pendono in Corte costituzionale sul rito di opposizione alle sanzioni, il legislatore italiano è intervenuto, in attuazione di una direttiva europea, con un decreto legislativo che introduce principi più garantistici sulle sanzioni ed un nuovo rito per la loro impugnazione.

Il succedersi, in breve tempo, di decisioni giurisdizionali che delineano nuovi orientamenti, di interventi del legislatore europeo e italiano che modificano i punti cardine della materia, rendono utile cercare di individuare alcuni punti fermi sul tema dei procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d’Italia, in particolare in relazione alle nuove tutele previste per gli interessati, alle garanzie del

³ V. Corte eur. diritti dell’uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10 e a., *Grande Stevens e a.c. Italia*. Sulla sentenza oltre agli scritti già citati in E. BINDI, *L’incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3007 ss.; G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss.; G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; G. M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l’Italia per violazione del principio dell’equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, 3099 ss.; M. O. DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza “Grande Stevens”*, in *Rass. trib.*, 2014, 1440 ss.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 82 ss.; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, 740 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani. Il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. delle società*, 2014, 693 ss.; C. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 337 ss.

contraddittorio in sede procedimentale, ai concetti di “*full jurisdiction*” in sede di impugnazione delle sanzioni.

Può tuttavia apparire curioso ricordare, preliminarmente che il problema nei suoi termini generali non solo non è nuovo, ma è molto risalente nel tempo. Già Piero Calamandrei nel 1938 in una lettera scritta all'amico Mario Bracci rilevava la tendenza sempre più presente nelle leggi italiane « (per es. nella legge sugli Istituti di credito) a trasformare i procedimenti giudiziari in procedimenti amministrativi e ad assorbire la giustizia nell'amministrazione»⁴. Coglieva, proprio con riferimento alla legge bancaria del 1936⁵, i pericoli insiti nell'allargare l'area del procedimento amministrativo a scapito del procedimento giurisdizionale, con un surrettizio aggiramento delle garanzie poste a presidio della tutela giurisdizionale. Calamandrei auspicava che la caduta del regime fascista avrebbe spazzato via questa tendenza, riducendosi a diventare oggetto di studio per lo storico.

La speranza di Calamandrei, tuttavia, non si è realizzata⁶. Per contrastare questa tendenza, come si ricordava poc'anzi, si è dovuto,

⁴ Lettera di Calamandrei a Bracci; Firenze, 16 novembre 1938, in P. CALAMANDREI, *Lettere 1915-1956*, 2 voll., a cura di G. Agosti e A. Galante Garrone, Firenze 1968, vol. I, p. 259, dove si legge testualmente: «[...] Ma insomma, caro Bracci, qualunque cosa avvenga, siamo ormai attaccati al nostro carretto: e anche se siamo gli ultimi superstiti di una razza destinata a sparire, che tra pochi decenni potrà dare argomento alle tesi di laurea in paleontologia, bisogna finché ci siamo continuare a fare il nostro mestiere, che è quello di scrivere articoli sulle riviste giuridiche...

Del resto anche continuare a far questo mestiere può aiutare a vedere quello che succede d'intorno a noi. Perché, per esempio, Ella non mi fa uno studio su questa tendenza che c'è sempre più evidente nelle nostre leggi (per es. nella legge sugli Istituti di credito) a trasformare i procedimenti giudiziari in procedimenti amministrativi e ad assorbire la giustizia nell'amministrazione? Uno studio che cogliesse chiaramente questo fenomeno sarebbe un contributo che lo storico dell'avvenire potrebbe utilizzare, quando si potrà fare veramente la ricostruzione di questo singolare periodo».

⁵ V. legge 7 marzo 1938 n. 141, che convertiva il R.D.L. 12 marzo 1936 n. 375 contenente *Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*.

⁶ Come ricorda W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, p. 620, «recentemente, la Corte di cassazione, con un'affermazione che si pone in aperta contraddizione con l'attuale stato di elaborazione della materia sanzionatoria in seno all'ordinamento del Consiglio d'Europa, ha statuito che “*pare assai più conferente ancorare l'assimilabilità di una sanzione amministrativa (o tributaria) ad una sanzione penale solo in presenza di un riferimento normativo e non esclusivamente in base al requisito –che presenta indubbi caratteri di relatività– della afflittività della sanzione*”; e ciò, in considerazione del fatto che “*il nostro sistema costituzionale è retto dal principio di stretta legalità nell'individuazione degli illeciti e delle sanzioni penali (art. 25 Cost.)*»,

infatti, attendere le sollecitazioni derivanti dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha riportato la materia delle sanzioni afflittive sotto la copertura dell'art. 6 della CEDU e ha posto sotto i riflettori dei giudici nazionali e del legislatore un tema - quello della tutela avverso le sanzioni emanate a persone dalle autorità indipendenti- che rimaneva confinato negli studi di dottrina.

Che questa questione non potesse rimanere sotto traccia in un moderno Stato di diritto era tuttavia abbastanza evidente.

Le sanzioni, che le autorità di regolazione dei mercati finanziari (Consob e Banca d'Italia) sono in grado emanare, possono essere di elevatissima entità (in alcuni casi sino a 5 milioni di euro), vengono pubblicate, possono comportare interdizioni all'esercizio di attività economiche, in generale producono un gravissimo danno reputazionale al soggetto al quale vengono irrogate. A fronte di questi effetti colui il quale è sottoposto al potere sanzionatorio ha ben pochi poteri di difesa: molti atti sui quali si basa la sanzione non sono neppure accessibili all'interessato, la separazione procedimentale tra attività istruttoria e attività decisoria è assai modesta, il procedimento di impugnazione si svolgeva in Corte di appello ed in camera di Consiglio con rito camerale, la istruzione probatoria non solo non era garantita da un rito ma neppure nella prassi mai concessa, così come molto raramente consulenze tecniche volte ad accertare la ricostruzione effettuata dall'autorità che la sanzione irrogava. Quest'ultima, di fatto, assumeva così le vesti di un vero e proprio *peritum peritorum*, le cui affermazioni tecniche, su materie finanziarie estremamente complesse, non potevano certo essere confutate da un giudice tendenzialmente con conoscenze generaliste.

Tale modello invero appariva ancor più illogico se confrontato con i meccanismi ordinari di impugnazione delle sanzioni amministrative diverse da quelle emanate da Consob e Banca d'Italia, le quali, pur essendo assai meno rilevanti in termini di afflittività,

recepito anche in sede di legislazione ordinaria, all'art. 1 cod. pen., e è quindi demandato solo ed esclusivamente al legislatore l'individuazione del tipo penale»: così Cass. Civ., Sez VI, 13 gennaio 2014, n. 511».

seguono invece il rito del lavoro, con tre gradi di giudizio e cognizione piena⁷.

In passato, per vero, il tema non aveva assunto l'importanza di oggi perché le autorità utilizzavano tale potere in maniera abbastanza marginale, sia in termini quantitativi che in termini di entità delle sanzioni. Con l'esplosione della crisi economica e la grande attenzione anche sociale e mediatica che si è riversata sugli intermediari finanziari e sui loro controllori, la sanzione è divenuta strumento utile per punire. Essa è divenuta pertanto gravemente afflittiva, sia in termini quantitativi che in termini di disvalore sociale, e non è quindi un caso che i meccanismi di tutela di un tempo siano considerati non più adeguati alle diverse necessità dell'oggi.

2. La Corte EDU, dunque, applica con costanza l'art 6 della CEDU alle sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo e ha individuato criteri per determinare quando una sanzione è

⁷ Come è noto nel tentativo di dare un trattamento uniforme, e razionale, alle sanzioni emanate dalle autorità amministrative, la legge di delegazione per la stesura del nuovo codice del processo amministrativo stabilì di attribuire al giudice amministrativo anche la giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob. Era infatti difficile capire perché, nel settore finanziario, per alcune sanzioni amministrative il giudice era quello amministrativo (Isvap, ora Ivass), per altri il giudice ordinario con riti tra loro diversi, mentre comunque il giudice delle autorità indipendenti più rilevante rimaneva il giudice amministrativo (come, ad esempio, nel caso dell'Antitrust). Il decreto legislativo con il quale è stato introdotto il nuovo codice del processo amministrativo sancì quindi la giurisdizione del giudice amministrativo anche per le sanzioni Consob e della Banca di Italia. La Corte costituzionale, tuttavia, prima con la sentenza n. 162 del 2012 in relazione alle norme sulla giurisdizione previste per la Consob, poi con la sentenza n. 94 del 2014 in relazione alle norme per le sanzioni della Banca d'Italia, ha rilevato un eccesso di delega del decreto legislativo e conseguentemente, ha dichiarato illegittima la norma che attribuiva la giurisdizione, per le sanzioni della Consob e della Banca d'Italia, al giudice amministrativo. Ne è derivata pertanto una riespansione delle precedenti giurisdizioni delle Corti di appello, con le loro "atipiche" difformità di rito. La sent. 162 del 2012 si può leggere in *Giur. cost.*, 2012, p. 2204 ss., con osservazione di G. SERGES, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*; p. 2218 ss.; su tale sentenza v. anche i commenti di M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, fasc. 6, p. 1166 ss.; A. POLICE - A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, p. 684 ss.; A. CERRATO, *La "reviviscenza" della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob*, *ivi*, p. 1348 ss.; A. PAJNO, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, n. 1, p. 5 ss.. La sent. n. 94 del 2014 si può leggere in *Giur. cost.* 2014, p. 1681 ss., con osservazione di G. SERGES, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, p. 1692 ss.

qualificabile come afflittiva⁸. Questa giurisprudenza della Corte europea, che riconosce la natura penale delle sanzioni Consob, è ormai consolidata non solo in relazione all'Italia, ma anche in relazione ad altri stati Europei⁹. L'art. 6 della Convenzione, infatti, è stato applicato anche ad alcune autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario, dotate di potere

⁸ Ci riferiamo ai tre criteri, elaborati già nel 1976 nel famoso caso *Engel* dell'8 giugno 1976, cit., che sono peraltro alternativi e non cumulativi (è quindi sufficiente che ve ne sia uno dei tre perché la sanzione possa essere qualificata come penale): 1) la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, 2) la natura stessa di quest'ultima, 3) il grado di severità della sanzione. In particolare «il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata [...] e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta»⁸. Su questa base la Corte ha poi riconosciuto alle sanzioni Consob la natura penale e quindi l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione al procedimento per la loro irrogazione. Sul punto v. V. S. MIRATE, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 550. In generale sulle ricadute dell'art. 6 CEDU nell'ambito del diritto amministrativo, v. D.J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1997, p. 214 ss.; P. CRAIG, *The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public Law*, 2003, p. 753 ss.; T. PROSSNER, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il controllo giurisdizionale delle decisioni di regolazione nel Regno Unito*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 227 ss.. Per la dottrina italiana G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, p. 25 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, I, p. 173 ss., spec. 239; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, Jovine, 2007; B. G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 113 ss.; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; EAD., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2012, p. 267 ss.; M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2012, nonché i saggi citati *infra* nel presente scritto. In tema di applicazione dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi v., di recente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 4875/11, *Placi v. Italia*, e il commento di L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 4875/11, Placi v. Italy*, *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>), maggio 2014.

⁹ V. oltre alla sentenza *Engel*, cit., anche Corte eur. diritti dell'uomo 21 febbraio 1984, *Oztürek c. Germania*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» e una svolta radicale; Corte eur. diritti dell'uomo, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno unito*, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, 502, in materia di sanzioni disciplinari; Corte eur. diritti dell'uomo, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, in *Dir. e pratica trib.*, 1995, II, 1036, con nota di FROMMEL, *Il diritto ad un processo equo, garantito dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, si applica anche nel caso di sanzioni di natura fiscale*, in relazione a sanzioni in materia tributaria; da ultimo, cfr. Corte eur. diritti dell'uomo 20 gennaio 2009, *Soc. Sud Fondi e altri c. Italia*, in *Foro it.*, 2010, IV, 1, con nota di E. NICOSIA, *Sulla natura penale della confisca in materia di lottizzazione abusiva*.

sanzionatorio¹⁰. Orientamento quest'ultimo, del resto, in linea con quello accolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con riguardo alle sanzioni irrogate dalla Commissione europea nell'ambito dei procedimenti *antitrust* finalizzati ad assicurare la concorrenza nel mercato¹¹.

Anche la Corte costituzionale italiana ha sviluppato una costante giurisprudenza secondo la quale le sanzioni amministrative qualificate come penali dalla Corte Europea, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione, debbono considerarsi come penali anche per l'ordinamento interno. A partire dalla sent. n. 56 del 1999¹², e soprattutto dalla sent. n. 196 del 2010, la Corte ha fatto propria una nozione "europea" di sanzione avente carattere afflittivo, preoccupata che la qualificazione giuridico-formale attribuita ad una sanzione nel diritto nazionale potesse determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli articoli 6 e 7 riservano alla materia penale¹³. La successiva sentenza della Corte costituzionale n. 104 del

¹⁰ Così ad esempio nel caso della "Corte di disciplina finanziaria ed economica" (Corte eur. diritti dell'uomo, 26 settembre 2000, ric. n. 33933/98 *Guisset c. Francia*, par. 59, in *Legisl. Pen.*, 2001, p. 530 ss.), del "Consiglio dei mercati finanziari" (Corte eur. diritti dell'uomo, 27 agosto 2002, ric. n. 581188/00, *Didier c. Francia*), del "Consiglio della concorrenza" (Corte eur. diritti dell'uomo, 3 dicembre 2002, ric. n. 53992/00, *Lilly France S.A. c. Francia*), dell'Autorità dei mercati finanziari (Corte eur. diritti dell'uomo, 19 maggio 2009, ric. n. 2504/07, *Messier c. Francia*), e della "Commissione bancaria" (*Dubus S.A.*, cit, par. 38)." Lo stesso è accaduto per l'Autorità italiana AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato): si veda Corte eur. diritti dell'uomo, sent. 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, par. n. 100.

¹¹ Sul punto v. J. SCHWARZE, *Judicial Review of European Administrative Procedure*, in *Law and Contemporary Problems*, 2004, p. 85 ss.; 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. 689 ss.

¹² Corte cost., sent. n. 56 del 1999, in *Giur. cost.*, 2000, p. 697 ss.

¹³ Corte cost., sent. n. 196 del 2010 in *Giur. cost.*, 2010, p. 2320 ss., con osservazione di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, p. 2323 ss. In particolare in tale sentenza, la Corte costituzionale spiega *ratio* ed effetti di questa qualificazione: «Una preoccupazione analoga - e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla Convenzione, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengono all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale - è risolto alla base dall'indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione a priori di criteri, in aggiunta a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione» (par. 3.1.4 del *Considerato in diritto*). «Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione europea, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere

2014 ha confermato, sempre a proposito della interpretazione dell'art. 6 della CEDU data dalla Corte di Strasburgo, «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» ai fini, in questo caso, della applicazione delle garanzie dell'art. 25 della Costituzione¹⁴.

La costanza di tale applicazione, risalente nel tempo, che riguarda Stati diversi e che ha condotto la stessa Corte costituzionale ad allinearsi agli orientamenti della Corte EDU, consente facilmente di ritenere che i giudici interni debbano essere vincolati alle interpretazioni date dalla Corte, anche alla luce della più restrittiva sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015¹⁵. È evidente, infatti, che in questo caso si è davanti ad ipotesi di “diritto vivente” che non lascia margine di interpretazione ai giudici nazionali che debbono adeguarsi ai criteri interpretativi dettati da tali decisioni¹⁶.

punitivo afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», principio peraltro desumibile anche dall'art. 25, secondo comma, Cost. (par. 3.1.5 del *Considerato in diritto*).

¹⁴ Corte cost., sent. 104 del 2014, par. 7.2 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 807 ss.; con osservazione di F. GUELLA, *L'inammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e l'ammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Così come la natura sostanzialmente penalistica è stata con chiarezza affermata dalla Corte di giustizia, sent. 23 dicembre 2009, in causa C-54/08, *Spector Photo Group NV*, relativa a due sanzioni inflitte dalla *Commissie voor het Bank-, Finance- en Assurantiewezenen (CBFA)* belga ad una società e a un cittadino belgi. La Corte di giustizia ha precisato che le sanzioni previste dai vari ordinamenti nazionali per punire l'abuso di informazioni privilegiate sono, indipendentemente dalla loro qualificazione formale, comunque di natura penale ai sensi della CEDU e così pienamente sottoposte al principio di presunzione di innocenza.

¹⁵ Corte cost., sent. 49 del 2015; al riguardo v. le osservazioni di M. BIGNAMI, *Le Gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, (<http://www.penalecontemporaneo.it>), 30 marzo 2015; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, *ivi*, 2 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (<http://www.forumcostituzionale.it>), 30 aprile 2015.

¹⁶ Esprime perplessità sulla correttezza del ragionamento seguito dalla Corte nella sent. 49 del 2015, cit., stante la difficoltà di «identificare una giurisprudenza consolidata e distinguerla da quella che consolidata non sarebbe, ai fini della attribuzione di una speciale forza vincolante» V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale* (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>), maggio 2015, p. 5 del *paper*. Recentemente, è tornata sul punto la Corte eur. dei diritti dell'uomo, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/2011, *Parrillo v. Italia*, in cui la Grande camera ha sottolineato che con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 (le c.d. sentenze gemelle) è stato precisato il diverso ruolo tra le due Corti: la Corte europea interpreta e accerta le violazioni della Convenzione, mentre la Corte costituzionale italiana verifica la

Detto che la sentenza *Grande Stevens* non lascia alcun dubbio in ordine al fatto che le sanzioni della Consob (ed evidentemente per le medesime ragioni le sanzioni della Banca d'Italia) sono da considerarsi come afflittive e che a fronte di tali sanzioni debbano applicarsi le garanzie dell'art. 6 della Convenzione Europea, alcuni dubbi rimangono circa l'estensione della copertura dell'art. 6 – anche al procedimento di irrogazione o solo al processo avverso tali sanzioni- e anche circa il concetto di *full jurisdiction* che deve necessariamente informare il giudizio di impugnazione avverso tali sanzioni.

Tali dubbi, nondimeno, sembrano ora essere fugati, sia pure attraverso percorsi diversi, dalla giurisprudenza interna e dalla nuova normativa in materia.

3. Anche se la questione è ormai conosciutissima è bene ricordare che la sentenza *Grande Stevens* ha condannato l'Italia per la mancanza di una udienza pubblica nel giudizio di impugnazione ma allo stesso tempo ha fortemente censurato il procedimento di irrogazione della sanzione, privo dei caratteri di imparzialità, trasparenza e di garanzia del contraddittorio. Anche se la condanna dello Stato italiano è avvenuta per la sola violazione della pubblica udienza, appare chiaro, leggendo la sentenza, che il procedimento di irrogazione della sanzione, per come era disciplinato nella normativa Consob, appariva considerato contrario all'art. 6 della Convenzione¹⁷.

conformità del diritto interno all'art. 117, 1 comma, per il tramite della Convenzione EDU, in qualità di norma interposta, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo (spec. par. 89 ss.). Nel caso di specie, difatti, la Corte costituzionale ha sospeso l'esame della questione rinviata (in tema di divieto di donazione degli embrioni, frutto della fecondazione in vitro, per fini di ricerca scientifica) dal Tribunale di Firenze, in attesa della sentenza della Corte europea (par. 99). Perplessità, invece, ha espresso anche la Corte europea sulla sentenza n. 49 dell'2015 della Corte costituzionale italiana proprio con riguardo al passaggio della motivazione in cui quest'ultima afferma che il giudice interno non è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea se non nei casi di sentenze pilota o di diritto consolidato (spec. par. 100 ss.). Sul punto anche le opinioni in parte concordanti dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolau e Dedov, (spec. parr. 9-10).

¹⁷ Cfr. M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 67 ss.; G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, 1321 ss.; L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, in *www.astridonline.it*. V., altresì, E. DESANA, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem*:

Innanzitutto, le norme procedurali: a) *non garantiscono la parità delle armi tra accusa e difesa*, nella misura in cui non permettono alla parte di conoscere la Relazione finale che conclude la fase istruttoria e non le permettono di contraddire alle conclusioni formulate dall'Ufficio sanzioni amministrative (USA) nella Relazione trasmessa alla Commissione per la decisione finale; b) *non consentono alla parte di interrogare o far interrogare le persone eventualmente sentite dalla Divisione* competente per l'accertamento dei fatti; c) infine, *non prevedono lo svolgimento di una pubblica udienza*, che permetta un confronto orale tra le parti. Oltre a ciò, la Corte Europea ha altresì rilevato che, nel procedimento sanzionatorio Consob, *non è garantita la posizione di terzietà e d'imparzialità dell'Autorità sanzionante*, poiché non vi è reale autonomia tra gli organi cui è affidata la funzione istruttoria e l'organo che è chiamato a decidere sull'applicazione della sanzione.

Nonostante tali affermazioni dopo questa sentenza era rimasta aperta una questione centrale¹⁸. Pur applicando l'art. 6 della CEDU anche al procedimento, la Corte europea sembrava seguire ancora la tradizionale impostazione che si basava sulla considerazione secondo la quale eventuali carenze della fase di assunzione della decisione amministrativa possono essere compensate nella fase di controllo giurisdizionale della decisione stessa. Tale assunto derivava non solo dalla condanna avvenuta per la carenza di una udienza pubblica nella fase giurisdizionale e non per le rilevate violazioni nell'iter

respinta l'istanza di rinvio, in *Giur. it.*, 2014, 1648, e, se si vuole, E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, cit.. Sul punto anche F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antritrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 527, secondo il quale «colpisce la severità con cui la Corte ha valutato il procedimento condotto da Consob e la sua perentoria affermazione del contrasto tra un tale procedimento, imperniato su una *accusa penale*, e l'art. 6, par. 1. Solo nei passaggi finali si recupera il principio della "sanatoria", grazie al controllo di giurisdizione piena, ma resta nondimeno il giudizio relativo alla violazione del principio dell'equo processo e della imparzialità e terzietà del giudice».

¹⁸ Del resto, F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antritrust*, cit., p. 527 s. rileva come non sia «casuale, dunque, che la questione sia presto giunta nelle aule di giustizia nazionale, sulla base di una pretesa volta ad ottenere una declaratoria di illegittimità del regolamento Consob per il fatto che esso ha disciplinato un procedimento che non rispetta l'art. 6, par. 1, CEDU. La giurisprudenza nazionale, senza poter evitare quella sorta di ambiguità sottesa al passaggio che muove dalla "violazione" per giungere alla "sanatoria della violazione" già presente nel ragionamento della Corte, ha finito per escludere l'illegittimità del regolamento».

procedimentale, ma anche in relazione all'opinione dissenziente espressa nella sentenza¹⁹.

¹⁹ Cfr. le opinioni parzialmente dissenzienti espresse dal Presidente Karakaş e dal giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza *Grande Stevens e a. c. Italia* che richiamano l'attenzione sul fatto che, diversamente dall'opinione della maggioranza, il contrasto con l'art. 6 CEDU non si sostanzia soltanto nel difetto di pubblicità del procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Consob, quanto piuttosto nel carattere decisamente 'iniquo' del procedimento amministrativo, dove non è previsto alcun esame in contraddittorio delle prove testimoniali di fronte a un organo giudicante imparziale, con violazione dell'art. 6 alla quale la successiva fase giurisdizionale non aveva potuto ovviare. Da ciò ne deriva come conseguenza una illegittimità delle sanzioni pecuniarie irrogate, che determinano, diversamente da quanto sostenuto ancora dalla maggioranza, una illegittima interferenza con il diritto al rispetto della proprietà di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU. Ne deriva come conclusione che i ricorrenti siano stati trattati ingiustamente dalla Consob e dai giudici nazionali e che la Corte abbia reso loro giustizia solo a metà. Per tale ragione i giudici dissenzienti sottoscrivono solo in parte il ragionamento della maggioranza, auspicando altresì che la sentenza pronunciata costituisca l'occasione per i giudici nazionali di rendere piena giustizia ai ricorrenti e che la medesima induca il legislatore italiano a porre rimedio alle mancanze strutturali del procedimento amministrativo e del procedimento giudiziario di applicazione e di controllo delle sanzioni amministrative della Consob. Se il legislatore raccoglierà tale sfida, ciò potrà rappresentare un esempio ed una fonte di ispirazione per gli altri legislatori che debbano affrontare un analogo problema sistemico (cfr. l'*Opinione in parte concordante e in parte dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque*, spec. par. 33). Tali giudici sottolineano, inoltre, che la Corte EDU, pur consapevole del dilemma di fronte al quale si trovano gli Stati europei (assicurare l'integrità dei mercati europei e rilanciare la fiducia degli investitori nei mercati), non può che censurare il ricorso a sanzioni qualificate dall'ordinamento interne come amministrative, ma per la loro severità equiparabili alle sanzioni penali, inflitte da autorità amministrative indipendenti «nell'ambito di procedure inquisitorie, non egualitarie e sbrigative» (così par. 32): al riguardo sia consentito rinviare a E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce*, cit., p. 3020 ss. Cfr. anche M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens*, cit., p. 1061. Ritiene condivisibili le osservazioni della relazione di minoranza dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque W. TROISE MANGONI, (*Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, cit., p. 637, nota 57 e 638, nota 6), osservazioni alla luce delle quali le disposizioni del regolamento Consob «nella parte in cui non garantiscono al privato di svolgere le proprie difese in posizione paritetica con l'organo accusatore sino alla fase finale del procedimento sanzionatorio, quella che immediatamente precede l'assunzione della decisione da parte della Commissione, si palesano illegittime, a causa della violazione dell'impianto legislativo di riferimento, nell'interpretazione conforme ai precetti CEDU che a esso deve essere attribuita» (p. 638). Secondo G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC* (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>), luglio 2015, pp. 6-7, invece con riguardo «alle evocate *dissenting opinions*, va rilevato che i giudici dissenzienti avrebbero effettivamente voluto "rimpolpare" il "rimprovero" di violazione dell'art. 6 CEDU: ma pur sempre in relazione a supposte "mende" connesse al concreto svolgimento del procedimento giurisdizionale davanti alla corte d'appello (mancato esame in contraddittorio delle testimonianze contestate, assunte in segreto nella fase amministrativa; omessa audizione dei ricorrenti davanti al giudice)» Invece, «questione ben diversa è se il regolamento Consob oggetto di impugnativa dovesse ritenersi illegittimo per contrasto con norme interne di rango primario» In tale prospettiva, l'esigenza di revisione del procedimento considerato [...] è comunque di matrice esclusivamente interna e non già convenzionale». Resta pertanto «con ciò confermata la convinzione che l'indirizzo espresso dalla sentenza *Grande Stevens* non implichi affatto una

Questa lettura tradizionale, nondimeno, appariva poco convincente. La previsione di una tutela a posteriori, attraverso il procedimento giudiziario, non può essere ritenuta sufficiente allorché si tratti di sanzioni -come quelle Consob- non solo molto gravi sotto il profilo economico, ma anche sotto un profilo professionale (la pubblicazione sul bollettino) e, in certi casi anche interdittive. La sola emanazione della sanzione, in effetti, è in grado di ledere definitivamente la reputazione di una persona che tale sanzione subisce. Inoltre se tali sanzioni hanno natura penale, è difficile sostenere che la sanzione possa essere inflitta senza tutela del contraddittorio e sulla base di una molto relativa trasparenza degli atti istruttori²⁰, tanto più stante la sua immediata esecutività²¹.

Inoltre, la stessa Corte di Strasburgo sembra distinguere, per quanto concerne la possibilità di compensazione a posteriori, tra le sanzioni che producono le c.d. *minor offences* e le diverse sanzioni fortemente afflittive come quelle in questione che possono incidere sull'onore e anche sulla libertà dell'individuo (misure interdittive).

“boccatura” della logica deflattiva che sta in via generale alla base degli interventi di depenalizzazione» (p. 7).

²⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 3498 e 3499, citate da M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, cit., 69, che sottolinea come queste pronunce, così come le altre tre sentenze richiamate (Tar Lazio Roma, sez. I, 16 maggio 2012, nn. 4455, 4456, 44579) siano «ancora isolate» e si situino «in un contesto più ampio di orientamenti giurisprudenziali tuttora fortemente inclini a ridurre il rilievo delle garanzie procedurali sulla scorta di una malintesa esigenza di effettività dell'azione amministrativa». Pongono, altresì, in dubbio la compatibilità con la presunzione di innocenza delle regole sull'onere della prova nei procedimenti applicativi delle sanzioni amministrative tributarie, stante la centrale rilevanza in tale ambito della prova presuntiva, S. GOLINO-A. GOLINO, *Ne bis in idem: rilevanza nell'ordinamento tributario della recente sentenza della Corte EDU in materia di abusi di mercato*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 150.

²¹ Secondo G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., p. 8, il solo profilo problematico è «quello legato alla immediata esecutività delle sanzioni amministrative, malgrado l'opposizione prevista in via generale dall'art. 22, comma 7, l. 689/1981 e, con specifico riguardo alle sanzioni inflitte dalla Consob, dagli artt. 187-*septies*, comma 5, e 195, comma 5, T.U.F». Sollevano quindi il dubbio «che un simile regime possa ritenersi rispettoso della presunzione di innocenza, sancita dall'art. 6, § 2, CEDU, la quale dovrebbe, in linea di principio, implicare il divieto di porre in esecuzione una sanzione (convenzionalmente) “penale” prima che si sia concluso un “equo processo”». Sul problema della violazione del principio *nulla poena sine (previo) iudicio*: v. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti della sanzione amministrativa tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2014, 64 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 74.

Solo per le prime potrebbe invocarsi il principio di “compensazione a posteriori”, mentre non lo si potrebbe per le seconde²².

4. Questa decisione ha provocato vari riflessi nell’ambito del diritto interno, in primo luogo da un punto di vista giurisprudenziale.

In particolare, alcune Corti di appello hanno sollevato questione di legittimità costituzionale sul rito camerale per difetto di pubblica udienza. In effetti, la mancanza della pubblica udienza nel rito camerale in Corte di appello avverso le sanzioni Consob viola l’art. 6 della CEDU, così come interpretato costantemente dalla Corte europea, e dunque, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale, produce la violazione indiretta dell’art. 117 della Costituzione.

È evidente, peraltro, che attraverso la questione della pubblica udienza si investe la Corte di un problema ben più ampio di un semplice elemento formale (la porta deve essere aperta o chiusa).

La questione della pubblica udienza investe invero il carattere del rito camerale come dotato o non dotato di *full jurisdiction*. È abbastanza evidente, infatti, che il rito camerale, privo di scansioni processuali non è finalizzato a realizzare una completa istruttoria sul fatto. Ciò del resto è ampiamente dimostrato dalla prassi che, come ben noto, non vede mai l’ingresso in questo rito di una attività istruttoria. Nella sostanza, infatti, il rito camerale è giustificato dall’assunto che i dati tecnici ricostruiti dall’autorità precedente sono espressione di discrezionalità tecnica, e quindi sostanzialmente inconfutabili. Sennonché tale assunto è contrastante con il principio che, in tema di sanzioni gravemente afflittive, il giudice deve avere piena giurisdizione e quindi deve essere in grado di valutare e ricostruire pienamente atti espressione di discrezionalità tecnica. Ne consegue che il rito camerale, che non ha le caratteristiche per raggiungere tale scopo, non pare a sua volta coerente con il principio della *full jurisdiction*.

²² Cfr. Corte eur. diritti dell’uomo 21 febbraio 1984, *Ozturek c. Germania*, cit.; secondo un orientamento ormai consolidatosi: v. di recente da Corte eur. diritti dell’uomo 10 luglio 2014, ric. n. 40820/12, *Marcan c. Croatia*, par. 34. Al riguardo ancora M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: verso un’autonomia di tutela?*, cit., 70.

In secondo luogo vi sono state molte pronunce di giudici amministrativi (TAR del Lazio e Consiglio di Stato), sia in sede cautelare che in sede di merito, che hanno dato interpretazioni diverse alla sentenza *Grande Stevens*.

Il Tar Lazio (26 novembre 2014, nn. 11886 e 11887), continuando la lettura tradizionale dei rapporti tra procedimento e processo, ha infatti sostenuto che l'art. 6 della CEDU sarebbe violato soltanto allorché le garanzie dell'equo processo non fossero osservate né nel procedimento né nel processo di opposizione alle sanzioni (tesi della continuità tra procedimento e processo). Ma poiché il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione piena, non sarebbe rilevante che il regolamento Consob 2005, disciplinante il procedimento sanzionatorio, contrasti con il principio del giusto processo *ex art. 6 della CEDU* in quanto carente di garanzie di partecipazione e di contraddittorio. Tale carenza sarebbe, infatti, sanata a valle dal giudizio impugnatorio, capace di rivalutare pienamente il fatto con cognizione piena.

Nell'affermare ciò, ha comunque ritenuto, *incidenter tantum*, che il cumulo dell'esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno alla stessa autorità non possa essere considerato conforme alle esigenze di imparzialità previste dalla Convenzione, ribadendo pertanto l'urgenza di una «radicale revisione dell'attuale assetto legislativo dell'organizzazione della Consob»²³.

Il Consiglio di Stato invece, adito in via cautelare sulla stessa questione aveva dapprima pronunciato varie ordinanze cautelari di

²³ In particolare, il Tar Lazio, in linea con la posizione espressa dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare, sostiene che lo Stato italiano debba ritenersi vincolato anche alle premesse logiche delle decisioni della Corte EDU: sul punto v. già E. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Giustamm* (<http://www.giustamm.it>). Tuttavia, sempre alla luce della sentenza Grande Stevens, afferma che l'art. 6 CEDU sia violato soltanto allorché le garanzie dell'equo processo non siano osservate neppure nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni applicate dalla Consob. Così argomentando, giunge ad escludere che il regolamento Consob 2005, disciplinante il procedimento sanzionatorio, contrasti con il principio del giusto processo *ex art. 6 della CEDU* in quanto carente di garanzie di partecipazione e di contraddittorio. Nell'affermare ciò, ha comunque ritenuto che il cumulo dell'esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno alla stessa autorità non possa essere considerato conforme alle esigenze di imparzialità previste dalla Convenzione, ribadendo pertanto l'urgenza di una «radicale revisione della attuale assetto legislativo dell'organizzazione della Consob».

sospensione del procedimento sanzionatorio, nelle quali ordinava del pari la modifica del regolamento, rilevando la sua immediata lesività laddove applicato a procedimenti *lato sensu* penali come quello in questione²⁴. A tali ordinanze ha fatto seguito una sentenza particolarmente importante per la ricostruzione dogmatica sui rapporti tra procedimento e processo e sul problema delle garanzie che debbono informare il primo²⁵.

Tale organo, infatti, ha riaffermato la non conformità del modello procedimentale sanzionatorio disciplinato nel regolamento Consob ai «principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti, e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie», sanciti esplicitamente dalla legge (artt. 187 *septies* e 195 TUF e art. 24 legge n. 262/2005) e non invece in conseguenza della applicazione al procedimento dell'art. 6 della CEDU²⁶.

Non sarebbe, infatti, legittimo il cumulo dell'esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione: «l'Ufficio

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2014, nn. 4491 e 4492. Come è noto il Tar Lazio aveva invece respinto la domanda cautelare, non ritenendo sussistere un pregiudizio grave e irreparabile (v. Tar Lazio, 3-4 settembre 2014, n. 4009 e n. 4013): al riguardo sia consentito rinviare ancora a E. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob*, cit. Il Consiglio ha riaffermato questa impostazione sospendendo, con decreto monocratico del 2 dicembre 2014, nn. 5465 e 5466, le sentenze con le quali il Tar Lazio, (26 novembre 2014, nn. 11886 e 11887, cit.), aveva rigettato i ricorsi. In questa occasione il Consiglio di Stato ha sottolineato l'esistenza di «sufficienti elementi di *fumus*» tali da impedire la prosecuzione del procedimento sanzionatorio, tenuto conto della «entità delle conseguenze patrimoniali, nonché professionali e funzionali incombenti all'esito del procedimento sanzionatorio». A tale decreto ha fatto poi seguito, un'ordinanza collegiale del 15 gennaio 2015, con la quale ha dichiarato improcedibile l'istanza cautelare «alla luce dell'impegno espressamente assunto dalla Consob di non continuare il procedimento sanzionatorio fino alla decisione del merito fissata per il prossimo febbraio 2015».

²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit. Su tale sentenza v. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, p. 511 ss.

²⁶ Nella specie, il Consiglio di Stato, pur pronunciando l'inammissibilità dell'appello proposto avverso la decisione del Tar Lazio per difetto di interesse dei ricorrenti ritenendo la pretesa al “giusto procedimento” non giuridicamente rilevante e azionabile in giudizio in assenza del provvedimento sanzionatorio-, ha riaffermato la non conformità del modello procedimentale sanzionatorio disciplinato nel regolamento Consob ai «principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti, e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie», sanciti esplicitamente dalle legge (artt. 187 *septies* e 195 TUF e art. 24 legge n. 262/2005). In sostanza ha, quindi, ritenuto l'impianto sanzionatorio del regolamento Consob (nella specie, il regolamento Consob n. 15086 del 2005 all'epoca vigente) illegittimo per “violazione di legge” e non per contrasto con l'art. 6 della CEDU; ha cioè rilevato un contrasto tra normativa secondaria e legge ordinaria e non tra disciplina legislativa interna e norme CEDU. Sul punto v. W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, cit., 597 ss.

competente, l'Ufficio sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso Presidente; [...] ed in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 § 1 della Convenzione»²⁷. Ne discende che «il contraddittorio che si svolge nell'ambito del procedimento sanzionatorio rimane, quindi, un contraddittorio di tipo verticale, in cui il privato si confronta con un soggetto che non si colloca in posizione di parità, ma ha un ruolo di superiorità, essendo lo stesso soggetto titolare del potere di irrogare la sanzione»²⁸.

Questo modello procedimentale viola, dunque, «il principio del contraddittorio che è legislativamente previsto: non vi è alcun dubbio difatti che «la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla Consob presenti numerose criticità (che neanche il successivo regolamento del 2013 riesce a superare), sul piano del rispetto del c.d. *fair trial*»²⁹. E questo perché *alla limitata partecipazione iniziale, segue il procedimento sanzionatorio in totale assenza di contraddittorio*.

Nella fase istruttoria, infatti, dopo la contestazione dell'addebito agli interessati non viene garantito «un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno» instaurandosi il contraddittorio «unicamente tra costoro e la Divisione competente che ha compiuto gli accertamenti sfociati nella contestazione»³⁰.

Indubbiamente «anche questo Ufficio, nel formulare la proposta per la Commissione, terrà conto delle medesime deduzioni difensive e di quelle ulteriori che gli siano nel frattempo pervenute. Non è previsto, però, che la proposta dell'Ufficio sanzioni amministrative sia comunicata alle controparti e che su di essa si instauri quindi alcuna forma di contraddittorio sia con l'Ufficio sanzioni prima dell'invio

²⁷ Al riguardo, ha affermato che: «Nel caso della Consob (così come nel caso di molte Autorità indipendenti) funzione istruttoria e funzione decisoria, sebbene affidate a organi e uffici tra loro distinti, sono, comunque, da un punto di vista, soggettivo-strutturale concentrate in capo ad un'unica Autorità»: così Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., p. 23.

²⁸ Così ancora Cons. di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, cit., p. 23.

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., p. 32.

³⁰ «In modo da permettere a detta Divisione di tenere conto delle eventuali deduzioni difensive già nella relazione da trasmettere all'Ufficio sanzioni amministrative»: Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., p. 32.

della relazione conclusiva, sia davanti alla Commissione». «Manca, quindi, qualunque interlocuzione tra l'ufficio titolare del potere di decisione finale e il soggetto che quella decisione subirà»³¹.

In definitiva «questo *iter* procedimentale, così come disegnato dal regolamento impugnato, determina allora una violazione del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento ispirato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicitarsi in ogni fase del procedimento, prima, durante e dopo il compimento dell'attività istruttoria preordinata alla decisione finale»³². In particolare, prosegue il Consiglio di Stato, «la prevista possibilità di presentare deduzioni davanti all'Ufficio sanzioni, così come la possibilità che l'interessato chieda di essere sentito dall'Ufficio sanzioni, non risulta sotto tale profilo sufficiente, risultando comunque dirimente, al fine di riscontrare la violazione del principio del contraddittorio, la circostanza che l'atto certamente più importante della fase istruttoria (ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione) non è

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., p. 32, che sottolinea come: «La relazione dell'ufficio che svolge l'istruttoria non viene, infatti, inviata all'interessato, in violazione dei diritti di piena conoscenza degli atti istruttori, e le controdeduzioni giungono alla Commissione, titolare del potere di decisione finale, solo attraverso la relazione dell'ufficio istruttoria». In questo modo «l'interessato si vede, in particolare, preclusa la possibilità di interloquire sulla relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni, nella quale pure possono essere contenute valutazioni (*in primis*, la definitiva qualificazione giuridica dell'istituto) non necessariamente oggetto di confronto durante la fase istruttoria».

³² Cons. di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, cit., p. 33. Precisa il Consiglio di Stato che «La contraria opinione, in passato accolta dalla giurisprudenza, secondo cui il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento in esame sarebbe adeguatamente assicurato dalla previa contestazione degli addebiti all'interessato e dalla possibilità che costui ha di far valere le proprie difese nei successivi trenta giorni, risulta, dunque, frutto di una concezione eccessivamente riduttiva della nozione di contraddittorio.

È certamente vero che esiste un legame logico e funzionale tra contestazione degli addebiti e l'attuazione del contraddittorio e che entrambe riguardano l'esercizio del diritto di difesa, ma queste garanzie non sono da sole sufficiente ad assicurare il principio del contraddittorio». Secondo il Consiglio di Stato, dunque, «il principio del contraddittorio specificamente richiamato da legislatore con riferimento ai procedimenti sanzionatori della Consob implica, infatti, qualcosa di più: implica non solo che all'interessato deve essere assicurato il diritto di controdedurre rispetto all'addebito contestatogli, ma che la difesa debba poter interagire con l'accusa in tutte le fasi del procedimento, secondo modalità destinate a connotare in termini più dialettici il procedimento e a trasformarlo da procedimento inquisitorio a procedimento accusatorio, in cui l'interessato deve avere la possibilità di conoscere la proposta dell'Ufficio sanzioni e di replicare prima che la Commissione decida».

oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad esso non vi è alcuna possibilità di controdeduzione»³³.

Questa posizione del Consiglio di Stato, ancorché non direttamente derivante dall'art. 6 della Convenzione e dalla sentenza *Grande Stevens*, è però evidentemente influenzata dal diritto sovranazionale. Essa ribalta, infatti, l'orientamento consolidato interno circa il fatto che il contraddittorio garantito dal regolamento Consob sarebbe invece sufficiente a rispettare i principi di cui all'art. 187 *septies* e 195 TUF³⁴. Tale ribaltamento deriva proprio dalla consapevolezza, da parte dell'organo di giustizia amministrativa, sulla afflittività di sanzioni di questo tipo, sulla natura, sostanzialmente penalistica di tali sanzioni, sulla insufficienza del contraddittorio garantito dai regolamenti Consob in questa materia.

Il fatto poi che l'obbligo di garanzia sia conseguenza di una norma legislativa italiana e non dell'art. 6 della CEDU, deriva probabilmente da una esigenza dogmatica – tenere distinto il procedimento dal processo- che è fortemente radicata in Italia. È vero infatti che l'applicazione dell'art. 6 della CEDU alla fase procedimentale rischia di confondere le due categorie, ed è vero che proprio su tale distinzione anche in passato si era pronunciata più volte la Corte di Cassazione, pure con riferimento al caso *Grande Stevens*³⁵. Se nella visione fortemente sostanzialistica della Corte EDU, che deve confrontarsi con paesi che tali differenziazioni hanno meno sviluppate, la distinzione tra le due categorie può apparire più sfumata, il Consiglio di Stato ne ha invece preferito ribadire l'essenza.

Inoltre, la ricostruzione del Consiglio di Stato deriva anche dalla presumibile esigenza di recuperare un certo controllo interno sull'entità del contraddittorio in questi procedimenti, collegandoli a principi stabiliti dalla legge nazionale e non alla clausola generale dell'art. 6 della CEDU. Ma i presupposti logici (sanzioni gravemente afflittive, necessità delle garanzie del contraddittorio anche in fase di irrogazione della sanzione) sono i medesimi che hanno spinto la

³³ Così ancora Cons. di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, cit., p. 34.

³⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935.

³⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, cit.

Corte EDU ad usare per questi procedimenti il proprio armamentario dell'art. 6 della CEDU.

5. A seguito della sentenza del Consiglio di Stato, e delle sollecitazioni dello stesso TAR del Lazio, la Consob ha modificato il procedimento sanzionatorio³⁶ attuando i principi in essa espressi, estendendo le garanzie di partecipazione e del contraddittorio, pur mantenendo alcune restrizioni al diritto di difesa giustificate -a giudizio della Consob stessa- da esigenze di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa³⁷.

In generale, la nuova normativa tende ad aumentare la trasparenza ed il contraddittorio, mentre poco modifica da un punto di vista della separazione tra attività istruttoria e attività decisoria.

In primo luogo, con la nuova normativa si rendono accessibili ai diretti interessati (con determinati presupposti) le valutazioni conclusive dell'USA redatte al termine della fase istruttoria e sinora sottoposte alla sola Commissione³⁸; allo stesso tempo si conferisce ai destinatari delle contestazioni la facoltà di presentare direttamente alla Commissione controdeduzioni finali in forma scritta.

Tale modifica appariva oggettivamente necessitata. La segretezza delle valutazioni conclusive dell'USA (non accessibili per prassi della stessa Consob neppure a seguito di richiesta di accesso) erano difficilmente giustificabili non solo alla luce della qualificazione

³⁶ Il 29 maggio 2015 la Consob ha, infatti, nuovamente modificato il procedimento sanzionatorio regolato nel 2013.

³⁷ Cfr. CONSOB, *Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Esiti della consultazione*, 29 maggio 2015, in www.consob.it, p. 6. dove si legge che: «La trasmissione della relazione finale USA a prescindere da concrete manifestazioni di interesse alla difesa nel procedimento in questione, favorirebbe infatti l'instaurarsi di meri comportamenti opportunistici - volti soltanto a dilazionare il termine per l'irrogazione della sanzione- al fine di privare la Commissione delle valutazioni di USA sulle deduzioni difensive. Tale adempimento deve pertanto essere correlato ad un interesse concreto alla difesa, manifestato dai soggetti interessati (evitando dunque i sopra menzionati comportamenti opportunistici). Esigenze di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa inducono pertanto a non apportare le modifiche al Regolamento richieste dai rispondenti alla consultazione».

³⁸ In particolare, è stato previsto di trasmettere in via automatica (*senza quindi la necessità della redazione di una apposita istanza*, richiesta invece dalla versione precedente la consultazione) la relazione finale dell'Ufficio sanzioni amministrative ai soggetti che nella fase istruttoria abbiano presentato le deduzioni scritte ovvero abbiano richiesto ed abbiano presenziato all'audizione dinanzi ad USA (ai sensi dell'articolo 5, comma 4, del Regolamento), per l'esercizio della facoltà di fare pervenire controdeduzioni scritte (art. 8, comma 2).

come penali delle sanzioni amministrative e, quindi, del più elevato grado di contraddittorio necessario, ma nemmeno sulla base della legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso.

Ne consegue un rafforzamento del contraddittorio nella fase decisoria dinanzi alla Commissione, fase che è particolarmente importante perché costituisce il primo momento nel quale i fatti e la proposta di sanzione pervengono davanti all'organo che dovrà decidere sulla sussistenza dei fatti e sulla corretta entità della sanzione.

Un'ulteriore modifica, inserita a seguito delle osservazioni formulate nella fase di consultazione, concerne la scelta di trasmettere la relazione finale USA nella sua interezza (*comprensiva dunque della proposta di quantificazione della sanzione*), nel rispetto del principio della conoscenza degli atti istruttori sancito dall'art. 187-*septies* comma 2 del TUF e sottolineato dalla sentenza del Consiglio di Stato. Nondimeno «il contraddittorio nell'ambito del procedimento sanzionatorio, secondo Consob, “*resta incentrato sul fatto, individuato in tutte le sue circostanze concrete che valgono a caratterizzarlo*” e non sul *quantum* della sanzione»³⁹. Bisognerà pertanto comprendere se la nuova formulazione consentirà un contraddittorio esteso anche al quantum, come auspicabile, o continuerà a prevalere la risalente giurisprudenza che tale possibilità aveva sempre escluso.

Il *quantum* della sanzione, infatti, non costituisce né deve costituire esercizio di un potere discrezionale insindacabile da parte dell'Autorità, ma deve essere correlato ai fatti, al grado di

³⁹ Cfr., per tutte, Cass., Sez.Un. 30 settembre 2009, n. 20935; vedi anche Cass. 12 dicembre 2012, n. 22871. Sul punto CONSOB, *Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Esiti della consultazione*, cit., p. 5. Come ha sottolineato la Banca Profilo, in sede di consultazione, se la proposta di sanzione appare, oltre che ingiusta, anche *sproporzionata*, sembra del tutto lecito e doveroso che gli interessati possano già nella fase davanti alla Commissione contestarne l'entità, senza dover attendere il giudizio di appello». Omettendo, invece, di comunicare all'interessato la proposta dell'ufficio sanzioni, il regolamento Consob contraddirebbe quanto affermato dal Consiglio di Stato (al punto 29 della sentenza 26 marzo 2015, cit., p. 32 ss.). Secondo la Banca Profilo «Il Consiglio di Stato è stato perentorio e non si è limitato a prescrivere che l'interessato deve conoscere solo le valutazioni finali dell'Ufficio Sanzioni Amministrative ma, dato che ad esse possono seguire delle proposte di sanzioni molto afflittive indirizzate alla Commissione, ha precisato che l'interessato deve conoscere le proposte di tale Ufficio al fine di poter replicare al meglio di fronte alla Commissione» (v. Banca Profilo, *Modifica al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob – risposta al Documento di consultazione*, 13 maggio 2015, p. 4).

partecipazione del soggetto sanzionando al fatto in questione, ai precedenti su casi analoghi della stessa Autorità. Trattandosi di sanzioni il cui *quantum* non è automatico, ma anzi spazia in una forbice ampissima, appare illogico - e non giustificato da norme né dalla necessità di tutelare altri diritti - confinare il contraddittorio al mero accertamento del fatto e non invece al nesso fatto-entità della sanzione.

Il principio di separazione tra attività istruttoria e attività decisoria è invece solo parzialmente attuato. Ovviamente il nuovo regolamento non modifica il modello organizzativo complessivo della Consob. L'USA costituisce un'articolazione interna dell'Autorità e dunque non c'è una netta separazione tra l'organo che svolge l'istruttoria e l'organo che procede alla irrogazione della sanzione. V'è da dire però che una modifica di tale genere - in linea con la riforma francese- avrebbe necessitato di un intervento legislativo e di un cambiamento completo del modello organizzativo dell'autorità.

Effettuata la scelta di non modificare in radice il modello dell'Autorità, non si sono però volute utilizzare tutte le possibilità per accentuare, quanto più possibile la separazione tra attività istruttoria e decisoria⁴⁰. Ad esempio non è stata modificata la previsione della sottoscrizione della lettera di contestazione da parte del Direttore Generale, che partecipa anche alla fase decisoria, assistendo alle riunioni della Commissione sia pure "senza diritto di voto"⁴¹.

6. Mentre tale giurisprudenza si consolidava, e anteriormente alle ultime delibere di modifica del regolamento Consob, è stata

⁴⁰ Cfr. ancora, ad esempio, quanto affermato da Corte eur. diritti dell'uomo, sent. *Grande Stevens*, cit., parr. 135-136, nonché Cons. di Stato, 26 marzo 1596, cit., p. 33.

⁴¹ Nel documento della CONSOB, *Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Esiti della consultazione* p. 3, si evidenzia infatti, «che il Direttore Generale della Consob assiste alle riunioni di Commissione "senza diritto di voto" e dunque non avendo la possibilità di determinare alcuna influenza sul processo di formazione della volontà dell'organo decidente. La citata presenza del Direttore Generale è prevista dal Regolamento di organizzazione e funzionamento della Consob in quanto tra le funzioni attribuite al citato soggetto, oltre al coordinamento delle unità operative, vi è anche la verifica dell'attuazione delle deliberazioni della Commissione. È da sottolinearsi, infine, come la previsione relativa alla sottoscrizione della lettera di contestazione da parte del Direttore Generale sia assolutamente necessaria al fine di realizzare l'effettivo coordinamento delle iniziative, poste in essere dalle Unità Operative di vigilanza, che possano coinvolgere l'intero Istituto, per garantire l'efficienza dell'azione amministrativa».

approvata la direttiva 2013\36 UE del 26 giugno 2013 «*Sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento*».

Come dice l'art. 1, la direttiva ha per oggetto l'accesso all'attività degli enti creditizi e delle imprese di investimento, i poteri e gli strumenti di vigilanza da parte delle autorità competenti, la vigilanza prudenziale degli enti da parte delle autorità competenti, gli obblighi di pubblicazione per le autorità competenti.

Nell'ambito dei poteri e strumenti di vigilanza, la direttiva detta alcuni principi sulle sanzioni amministrative che le Autorità preposte possono emanare (art. 70); tali principi riguardano la colpevolezza dell'autore ed altri parametri che l'Autorità deve verificare prima di emanare la sanzione. La direttiva, infatti, stabilisce che nell'irrogare le sanzioni le autorità competenti debbono tenere conto della gravità e durata della violazione, del grado di responsabilità della persona responsabile della violazione, della capacità finanziaria della persona (facendo riferimento al reddito annuo della medesima), l'importanza dei profitti realizzati e delle perdite subite, il livello di cooperazione con l'autorità competente, l'esistenza di precedenti violazioni da parte della persona fisica o giuridica, le potenziali conseguenze sistemiche della violazione. Si tratta, come ben si vede, di criteri in gran parte di tipo soggettivo, tesi ad accertare in concreto il grado di colpevolezza del sanzionato, l'impatto della sanzione sulla sua persona, ed anche la esistenza di alcune circostanze attenuanti, come la inesistenza di precedenti violazioni o il livello di cooperazione con l'autorità competente.

Già dalla lettura di questa norma si comprende come l'indirizzo assunto dalla Corte EDU e dal Consiglio di Stato sia assolutamente coerente. Per accertare la sussistenza di questi elementi sia di fatto (ad esempio la situazione finanziaria personale del sanzionato) sia soggettivi (il grado di colpevolezza o la esistenza di circostanze attenuanti) occorre che si realizzi un contraddittorio pieno davanti all'organo che è chiamato ad assumere la decisione. Ed emerge anche come la tesi Consob, circa il fatto che il contraddittorio è finalizzato all'accertamento dei fatti e non può incidere sull'entità della sanzione, non è giustificabile proprio in relazione alla normativa, dato che

l'autorità deve apprezzare, proprio per determinare il *quantum* della sanzione, determinate situazioni di fatto e di diritto che sono fornite dal sanzionato.

Come si tornerà a dire tra un momento, inoltre, l'utilizzazione di criteri di natura penalistica per la determinazione delle sanzioni amministrative (tra i quali il criterio della colpevolezza, da accertarsi in concreto) va ad impattare su di una giurisprudenza interna in tema di responsabilità degli amministratori che si basava invece su criteri diversi. È noto, infatti, che sia la Corte di appello che la Corte di Cassazione, nella difficoltà di accertare in concreto (anche a causa di un rito non idoneo) le singole responsabilità dei sanzionati, avevano sviluppato da tempo una giurisprudenza che ricostruiva la responsabilità degli amministratori come una sorta di responsabilità "di posizione". Tali criteri non sono a questo punto più coerenti, con la natura penale della sanzione, con le previsioni normative che impongono una valutazione in concreto del grado di colpevolezza del sanzionato, con i criteri della *full jurisdiction* che all'accertamento di tali presupposti sono finalizzati.

Con legge 7 ottobre 2014 n. 154, intitolata «*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre*» il Governo è stato delegato ad attuare varie direttive, tra le quali la sopra citata direttiva 2013\36 UE. In particolare, sulla base di tale legge il Governo è stato delegato a rivedere, in coerenza con la direttiva sopra citata, la disciplina delle sanzioni pecuniarie sia di Consob che di Banca d'Italia. Al riguardo la legge di delegazione stabilisce alcuni principi e criteri direttivi in ordine alla determinazione dell'entità della sanzione, mentre, pur riferendosi genericamente alla procedura sanzionatoria, non detta alcun principio e criterio direttivo con riguardo al giudizio di opposizione alle sanzioni.

Anche in relazione a questa normativa vi sono, peraltro, chiari segnali di un processo di progressiva estensione dei principi penalistici a queste tipologie di sanzioni amministrative. Il punto 1 della lettera m dell'art. 3 della legge prevede, infatti, espressamente

di «valutare l'estensione del principio del *favor rei* ai casi di modifica della disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione». Si tratta cioè del principio della retroattività delle misure favorevoli, ben noto principio legato al diritto penale.

Con decreto legislativo del 12 maggio 2015, n. 72, «*Recante recepimento della direttiva 2013\36\UE del Parlamento Europeo*» (di pochi giorni antecedente l'ultima modifica del regolamento Consob), il Governo ha recepito puntualmente, sia per le sanzioni di Banca d'Italia, che per le sanzioni emanate dalla Consob, le disposizioni previste dalla direttiva in ordine ai criteri per la determinazione delle sanzioni, modificando, per conseguenza, le rispettive norme del TUF e del TUB. Dal punto di vista del procedimento il decreto ribadisce che «Il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie».

Il decreto inoltre, pur senza esservi stato delegato (e su questo aspetto torneremo nel punto successivo) ridisciplina compiutamente il rito applicabile al giudizio di opposizione alle sanzioni sia di Banca di Italia che di Consob; stabilisce inoltre che tale giudizio non si applica ai giudizi pendenti alla entrata in vigore del decreto legislativo (art. 2 comma 5); crea un ulteriore rito per questi ultimi, poiché per i giudizi di opposizione pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, le udienze sono pubbliche ma il rito rimane camerale (art. 2 comma 5)⁴².

Per quanto concerne il *rito applicabile al giudizio di opposizione* alle sanzioni della Banca di Italia, l'art. 1 comma 53, lettere e, f, g, h, i, l), ha modificato l'art. 145 del decreto legislativo 1 settembre 1993, dai commi 4 e seguenti (la tutela giurisdizionale). In particolare, «il Presidente della Corte di appello designa il giudice relatore e fissa con decreto l'udienza pubblica per la discussione dell'opposizione. Il decreto è notificato alle parti a cura della cancelleria almeno sessanta

⁴² L'art. 2 comma 5 del decreto legislativo prevede che «l'art. 145, commi 4, 5, 6, 7, 7 *bis* e 8 del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385, come modificato dal presente decreto legislativo, si applica ai giudizi proposti successivamente all'entrata in vigore del presente decreto legislativo; nei giudizi di opposizione pendenti alla medesima data le udienze sono pubbliche».

giorni prima dell'udienza. La Banca d'Italia deposita memorie e documenti nel termine di dieci giorni prima dell'udienza[...]» (art.1, punto 53, lett. g). Dopodiché «all'udienza, la Corte di appello dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Successivamente le parti procedono alla discussione orale della causa. La sentenza è depositata in cancelleria entro sessanta giorni[...]» (art.1, punto 53, lett. h)⁴³. Anche il procedimento di opposizione alle sanzioni Consob è regolato in maniera analoga, con la unica differenza che, come noto, non vi è la competenza funzionale esclusiva della Corte di appello di Roma.

In definitiva si tratta, sia per le sanzioni Consob che per le sanzioni della Banca di Italia, di un rito non camerale, parzialmente formalizzato e con regime di preclusioni. Esso consente tuttavia espressamente l'esercizio di una attività istruttoria, cosa assai rilevante per rispettare i principi della "giurisdizione piena" di cui all'art. 6 della CEDU. Per poter essere legittimo, infatti, tale rito non solo necessita di una pubblica udienza, ma che il giudice abbia una

⁴³ Specificamente la lettera e) prevede che «contro il provvedimento che applica la sanzione è ammesso ricorso alla Corte di appello di Roma. Il ricorso è notificato, a pena di decadenza, alla Banca d'Italia nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato, ovvero sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero, ed è depositato in cancelleria, unitamente ai documenti offerti in comunicazione, nel termine perentorio di trenta giorni dalla notifica»; la lett. f) sostituisce al decreto la ordinanza non impugnabile; la lett. g) sostituisce il comma 6 dell'art. 145 con il seguente comma: «Il Presidente della Corte di appello designa il giudice relatore e fissa con decreto l'udienza pubblica per la discussione dell'opposizione. Il decreto è notificato alle parti a cura della cancelleria almeno sessanta giorni prima dell'udienza. La Banca d'Italia deposita memorie e documenti nel termine di dieci giorni prima dell'udienza. Se alla prima udienza l'opponente non si presenta senza addurre alcun legittimo impedimento, il giudice, con ordinanza ricorribile per Cassazione, dichiara il ricorso improcedibile, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento» La lettera h) sostituisce il comma 7 dell' art. 145 con una disposizione del seguente tenore: «All'udienza, la Corte di appello dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Successivamente le parti procedono alla discussione orale della causa. La sentenza è depositata in cancelleria entro sessanta giorni. Quando almeno una delle parti manifesta l'interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo è pubblicato mediante deposito in cancelleria non oltre sette giorni dall'udienza di discussione». La lettera i) sostituisce, infine, il comma 7 dell'art. 145 con la seguente disposizione: «con la sentenza la Corte di appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento, o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione».

cognizione piena sugli elementi di fatto e di diritto (inoltre la sussistenza di tale cognizione deve essere valutata in concreto)⁴⁴.

La norma transitoria, nondimeno, lascia aperti vari dubbi. Per i giudizi pendenti, infatti, il rito è ancora un rito camerale solo con pubblica udienza. Il che, oltre ad essere una contraddizione in termini, non pare garantire quella piena giurisdizione che deriva dalla esistenza di un rito formalizzato e con espressa previsione di una istruzione probatoria.

7. Questo nuovo sistema processuale, che, volendo prescindere dal regime transitorio, appare maggiormente conforme del precedente all'art. 6 della CEDU e ai principi del giusto processo presenta però alcuni non irrilevanti profili di incostituzionalità. Esso, si è detto, è stato introdotto attraverso un decreto legislativo attuativo di una legge di delega, a sua volta attuativa di una direttiva comunitaria. La direttiva comunitaria, tuttavia, non si occupa in alcun modo del processo di opposizione alle sanzioni⁴⁵, e conseguentemente, non se ne occupa neppure la legge di delegazione. Oggettivamente nella legge di delegazione l'oggetto riforma del processo non è prevista (e non poteva essere prevista perché la legge

⁴⁴ Sul punto F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, 546 ss., spec. 579 ss e 583 ss.

⁴⁵ Non siamo dunque in presenza dell'utilizzo, assai frequente negli ultimi anni, della delegazione legislativa per assicurare l'adeguamento del diritto interno al diritto comunitario. In questi casi, molto spesso la legge delega determina infatti i principi e i criteri direttivi *per relationem*, rinviando cioè ai principi e criteri ricavabili dalla direttiva comunitaria: v. sentenza n. 132 del 1996 (in *Giur. cost.*, 1983, p. 1165 ss; nonché sentenza n. 285 del 1983 (*ivi*, 1983, p. 1814 ss.), che sottolinea come ad integrare la direttiva concorre anche una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia. In un caso, concernente il segreto d'ufficio dell'intera documentazione in possesso della Consob in ragione dell'attività di vigilanza, la Corte ha difatti ritenuto recessivi i principi della legge delega rispetto alla disciplina comunitaria da attuare. In altre parole, il decreto legislativo non è stato ritenuto viziato da eccesso di delega, in quanto coperto dalla direttiva comunitaria, che rende il diritto di accesso ai documenti amministrativi recessivo rispetto alla normativa europea da attuare. Nella specie, la Corte era stata chiamata a sindacare l'eccesso di delega dell'art. 4, comma 10, del d.lgs. 2 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria). Tale disposizione, coprendo con il segreto d'ufficio l'intera documentazione in possesso della Consob in ragione dell'attività di vigilanza, era sospettata contrastare con l'art. 1, comma 1, della legge n. 52 del 1996 (legge comunitaria del 1994), che contemplava, tra i principi e i criteri generali da prevedere in caso di deleghe al Governo per l'attuazione di direttive comunitarie «quelli della piena trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, al fine di garantire il diritto di accesso alla documentazione e ad una corretta informazione dei cittadini, nonché, nei modi opportuni, i diritti dei consumatori e degli utenti».

attua una direttiva che si occupa di altro), quindi non vi sono neppure criteri o principi direttivi su questa materia.

Da qui il problema se, in relazione alla giurisprudenza della Corte costituzionale sui vizi di eccesso di delega e/o di carenza di delega, tale decreto legislativo possa essere ritenuto in contrasto con l'art. 76 della Costituzione.

All'interno della giurisprudenza costituzionale, assai ondivaga in tema di vizi di eccesso di delega, si possono comunque trarre alcune linee direttrici di fondo⁴⁶.

In primo luogo, ed in via generale, si osserva una sempre maggior attenzione della Corte costituzionale al tema del rispetto, da parte del Governo, dei principi e criteri direttivi posti nella legge di delegazione⁴⁷. Questa linea di tendenza si ricollega, a sua volta, alla maggior attenzione da parte della Corte costituzionale al rispetto da parte del Governo, dei requisiti sostanziali e formali delle fonti

⁴⁶ Sul tema v. AA. VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 Ottobre 2008*, Giuffrè, Milano, 2009; R. ZACCARIA (a cura di), *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative. Atti dei seminari promossi dal Comitato per la legislazione e dalle Università di Firenze, Genova, Perugia e LUISS di Roma*, Roma, Camera dei deputati, 2008, spec. *Prefazione*, p. 1 ss.; A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, Giuffrè, 1972; S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli, Liguori, 1990; A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1993, G. D'ELIA, *Sulla determinazione ratione delegationis dei principi e criteri direttivi secondo la giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2000, 1461 ss. C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, Cedam, 2001; E. MALFATTI, *Corte costituzionale e delegazione legislativa, tra nuovo "volto procedurale" e sottoposizione al canone dell'interpretazione conforme*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, vol. III, p. 2117 ss.

⁴⁷ È vero che tra norma delegante e norma delegata si stabilisce un «naturale rapporto di riempimento» che fa sì che il silenzio della legge di delegazione non impedisca al governo di emanare «un coerente sviluppo e completamento della scelta espressa dal legislatore delegante e delle ragioni ad essa sottese», «dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal primo»: sent. n. 229 del 2014 (in *Giur. cost.*, 2014, p. 3739 ss., con osservazione di D. NOCILLA, *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della delega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi*, p. 3755 ss.) nonché *ex plurimis*, più di recente, la sent. n. 98 del 2015. Ma è indubbio che, per quanta ampiezza possa riconoscersi al cosiddetto "potere di riempimento del legislatore delegato", «il libero apprezzamento del legislatore delegato non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega»: sentenza n. 68 del 1991 (*ivi*, 1991, p. 487 ss.). Soprattutto a partire dagli anni '90, la Corte ha difatti esercitato un controllo più rigoroso rispetto agli anni precedenti, sebbene anche in passato non fossero mancati interventi di censura degli eccessi di delega da parte del Governo: *ex plurimis*, sentenze n. 129 del 1963 (*ivi*, 1963, p. 1435 ss., con osservazione di L. PALADIN, *Nuovi orientamenti della Corte in tema di erga omnes*); n. 56 del 1965 (*ivi*, 1965, p. 710 ss.), n. 8 del 1966 (*ivi*, 1966, p. 98 ss.), n. 12 e n. 161 del 1969 (*ivi*, 1969, risp. p. 74 ss. e p. 2402 ss.), n. 127 del 1970 (*ivi*, 1970, p. 1574 ss.) e n. 258 del 1974 (*ivi*, 1991, p. 2881 ss.). Analogamente sentenza n. 340 del 2007 (*ivi*, 2007, p. 3411 ss.).

primarie di sua competenza. Basti pensare, al proposito, alla giurisprudenza della Corte sui requisiti di necessità e di urgenza dei decreti legge, sulla sua reiterazione, sul problema degli emendamenti extravaganti rispetto al testo. Questa giurisprudenza, divenuta nel corso degli ultimi anni assai rigorosa, sarebbe invero contraddittoria con una giurisprudenza troppo indulgente sul rispetto da parte dei decreti legislativi della legge di delegazione. In fin dei conti il decreto legge subisce a valle un controllo parlamentare, mentre il decreto legislativo, come noto, non ha controlli successivi. Dunque sarebbe incoerente, da parte della Corte, controllare in maniera stringente un decreto legge (anche attraverso la legge di conversione) e allo stesso tempo consentire al Governo di non rispettare in maniera stringente principi e criteri direttivi attraverso un atto, come il decreto legislativo, che tali controlli a posteriori non subisce.

Detto questo in linea generale, è opportuno infatti ricordare, in secondo luogo, che nell'ultimo decennio la Corte è stata assai incisiva sulla verifica del rispetto dei principi e criteri direttivi. Si pensi alla sentenza n. 17 del 2008 in materia di riforma del processo societario, dove la Corte ha ritenuto illegittimi per eccesso di delega quei procedimenti che il legislatore aveva qualificato come "connessi" perché non rientranti nell'oggetto della delega. Oppure, ancora più recentemente alla sentenza n. 272 del 2012 relativa alla mediazione obbligatoria, dichiarata ancora illegittima per eccesso di delega perché nella delegazione non ne era prevista, come principio o criterio direttivo, l'obbligatorietà, talché la Corte ha potuto rilevare che «il vizio di eccesso non può essere superato ritenendo la normativa coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante». Oppure, proprio in materia di opposizione a sanzioni Consob, alla sentenza n. 162 del 2012, con la quale la Corte ha dichiarato la illegittimità della giurisdizione del TAR del Lazio per inosservanza di principi e criteri direttivi⁴⁸.

⁴⁸ Corte cost., sentenza n. 162 del 2012, cit., la quale in relazione alle norme sulla giurisdizione previste per la Consob ha rilevato, come si è detto, un eccesso di delega del decreto legislativo e, conseguentemente, ha dichiarato illegittima la norma che attribuiva la giurisdizione al giudice amministrativo. Come sottolinea A. NICOTRA, *Il giudice naturale delle sanzioni Consob e Banca d'Italia*, in *Giurisdizione amministrativa*, 2012, n. 7-8, p. 289 ss., spec. nota 7, la sentenza del Tar Lazio, sez. I, del 9 maggio 2011, n. 3439 (in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, p. 1847, con nota di A.

Si pensi infine a quella giurisprudenza (sentenza n. 251 del 2001) con la quale la Corte ha affermato che in presenza di criteri e principi molto vaghi o addirittura mancanti, la discrezionalità del governo si ridimensiona invece di accrescersi e questo perché, quando vi sono scelte di politica legislativa, esse competono al Parlamento attraverso la legge di delegazione e non al Governo attraverso il decreto legislativo, confermando un orientamento risalente nel tempo⁴⁹.

Certo, la giurisprudenza della Corte sul tema è molto ampia e alle volte, come noto, non sempre coerente. Tuttavia da quanto sopra ricordato sembra che si possano trarre alcune conclusioni.

La giurisprudenza costituzionale sul rispetto dei principi e criteri direttivi è assai stringente quando si tratti di riforme del processo (vedi la decisione sul processo societario, sulla mediazione obbligatoria, sulle stesse sanzioni Consob). Questa giurisprudenza viene da lontano, essendosi alla fine formatasi già negli anni della riforma del processo penale⁵⁰.

In questi casi il controllo della Corte sul rispetto dei principi e criteri direttivi è penetrante, ed è logico che lo sia. La stessa Corte costituzionale ha più volte qualificato il diritto alla tutela giurisdizionale come un diritto fondamentale, facente parte di quel nucleo superiore della Costituzione considerabile come intangibile (vedi in ultimo le sentenze sull'autodichia⁵¹ e sulle consuetudini internazionali⁵²). È evidente che quando si vada a incidere su tali

COMINO, *Sanzioni Consob: è in pericolo la giurisdizione amministrativa?*, non aveva preso esplicitamente posizione sul punto, limitandosi ad affermare che, essendo la delega volta al riassetto, essa consentiva delle innovazioni nei limiti dei criteri di delega. Con particolare riguardo al profilo dell'eccesso di delega v. R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 162/2012*, in *Il Foro it.*, 2013, pag. 1861; U. DE SIERVO, *Rappresentanza politica e ruolo della legge*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2012, n. 3, p. 2.

⁴⁹ Corte cost., sentenza n. 40 del 1989, in *Giur. cost.* 1989, p. 212 ss.

⁵⁰ *Ex plurimis*, Corte cost., sentenze n. 68 del 1991, cit., e n. 176 del 1991, in *Giur. cost.* 1991, p. 1456 ss. Proprio con riguardo alla delega in materia di nuovo processo penale è stata infatti pronunciata la sent. n. 68 del 1991, ritenuta il momento di svolta in senso restrittivo della giurisprudenza costituzionale in tema di vizio di eccesso di delega.

⁵¹ Corte cost., sentenza n. 120 del 2014, in *Giur. cost.* 2014, p. 2078 ss., con osservazioni di G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere politiche*, p. 2091 ss.; di M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, p. 2103 ss.; P. PASSAGLIA, *Autodichia e insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, p. 2110 ss.

⁵² Corte cost., sentenza n. 238 del 2014, in *Giur. cost.* 2014, p. 3853 ss., con osservazioni di B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, p. 3855 ss.; C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli stati*

garanzie attraverso atti con forza di legge del Governo, la Corte richieda un attento rispetto da parte del Governo delle scelte del Parlamento. Si va, infatti, a lambire il modo di esercizio di un diritto fondamentale “supremo”, e il sistema dei controlli e bilanciamenti degli organi costituzionali, che si rispecchiano nei procedimenti di formazione delle fonti, debbono essere attentamente rispettati.

Inoltre il processo può essere disciplinato in vari modi, e la scelta di uno dei modi altro non costituisce se non una scelta di politica legislativa. Tale scelta, tuttavia, non può che essere riservata al Parlamento, e non è accettabile che il Governo vi si sostituisca senza alcun controllo da parte dell'organo rappresentativo della sovranità popolare.

È dunque difficile, e per tornare al caso di specie, sostenere che la riforma del giudizio di opposizione, sostanzialmente non delegata al Governo, possa reggere ad uno scrutinio di costituzionalità *ex art. 76* della Costituzione. Né può pensarsi che, a coprire la carenza di delegazione, possano supplire i principi della direttiva comunitaria, o addirittura la CEDU, come alle volte la Corte costituzionale ha sostenuto⁵³. Infatti, una cosa è il principio della pubblicità della udienza (che può essere considerato anche attuazione di un principio

dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità, p. 3891 ss.; M. Branca, Il punto sui “controlimiti”, p. 3899 ss.; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, p. 3908; F. RIMOLI, *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa*, p. 3915; tra i molteplici commenti v. anche A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta Online*, Studi 2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 2015, I, 1 ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Questione giustizia*, 2015; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, *ivi*; G. SILVESTRI, *Sovranità vs diritti fondamentali*, *ivi*.

⁵³ Cfr. sentenza n. 305 del 1996, in *Giur. cost.* 1996, p. 2530 ss., dove emerge che indizio sintomatico dell'assenza del vizio di eccesso di delega possa essere l'attitudine della norma delegata a adempiere ad obblighi internazionali, sebbene non richiamati nei principi della delega (e addirittura nel caso di specie derivanti da accordi non ancora ratificati al momento della delega). In particolare, si afferma che «non è privo di rilievo il fatto che in data 14 giugno 1985 è stato stipulato l'accordo di Schengen, al quale la Repubblica italiana ha aderito il 19 giugno 1990, anche se la legge di autorizzazione alla ratifica è del 30 settembre 1993, n. 388. Tale legge prevede all'art. 41 che la fuga, in seguito ad incidente che abbia causato morte o ferite gravi, autorizzi l'inseguimento anche in territorio estero ai fini dell'arresto. Una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 189, comma 6, del codice della strada, lascerebbe oggi sguarnito di adeguata tutela un obbligo internazionale» (p. 2534).

superiore), altra cosa invece è la riforma integrale di un giudizio e quindi di un intero rito processuale. Il Governo, infatti, ha modificato il rito da camerale a non camerale, ha formalizzato certe attività in determinate udienze a pena di decadenza, ha stabilito il regime complessivo delle decadenze processuali, ha previsto che per certe opposizioni si applica invece un ulteriore rito ancora diverso (camerale con pubblica udienza) e via dicendo. In sostanza ha riformato un intero sistema processuale (che costituisce una scelta politica) senza che la legge di delegazione prevedesse questo oggetto e senza che questo fosse indicato nella direttiva.

Del resto, la stessa Corte costituzionale ha addirittura affermato che quando il potere di riempimento conferito al Governo per l'attuazione di una direttiva comunitaria non rientra nell'ambito di operatività né della direttiva comunitaria né della legge delega, il decreto legislativo va dichiarato incostituzionale, in quanto emanato «in assenza di delega»⁵⁴.

Vale anche la pena di aggiungere che forse, una riforma così rilevante di un rito processuale, poteva meritare un approfondimento maggiore. Ad esempio questa poteva essere l'occasione per eliminare il residuo storico della giurisdizione della Corte di appello, e si poteva uniformare il sistema di impugnazione delle sanzioni Consob e Banca d'Italia con il sistema di impugnazione delle altre sanzioni amministrative.

⁵⁴ Sent. n. 44 del 2008, in *Giur. cost.* 2008, p. 669 ss., dove si legge: «la disciplina dettata dalle norme censurate, concernente i lavori stagionali, non mira tanto a prevenire l'abusiva reiterazione di più contratti di lavoro a tempo determinato, per favorire la stabilizzazione del rapporto, ma è volta unicamente a tutelare i lavoratori stagionali, regolando l'esercizio del diritto di precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda e con la medesima qualifica. La disciplina censurata si colloca, quindi, al di fuori della direttiva comunitaria. Essa resta anche al di fuori della delega conferita dalla legge 29 dicembre 2000, n. 422 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 2000), complessivamente considerata. L'art. 1, comma 1, di tale legge ha delegato, infatti, il Governo ad emanare «i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B.» e, per quanto concerne la direttiva 1999/70/CE relativa al caso in esame non ha dettato – a differenza di altre ipotesi – specifici criteri o principi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato. Sulla base di quanto precede va dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, primo comma, Cost., dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001, nella parte in cui abroga l'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in quanto emanati in assenza di delega».

In ogni caso sembra costituire una notevole alterazione della forma di Governo che in nessun ramo del Parlamento sia stato presentato un disegno di legge di riforma dell'intero sistema processuale e che il Governo abbia deciso tale riforma in assenza di attribuzione di competenza e di indirizzi da parte del potere legislativo.

8. Vale la pena a questo punto tornare alla questione dei nuovi criteri introdotti dalla normativa interna, ed in particolare sul criterio della colpevolezza.

La previsione normativa introdotta dal decreto legislativo di modifica del TUF e del TUB, circa il fatto che nella irrogazione della sanzione amministrativa deve valutarsi il grado di responsabilità, costituisce l'estrinsecazione di un principio oramai consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU e nella giurisprudenza costituzionale italiana, secondo la quale possono essere destinatari di sanzioni afflittive solo coloro dei quali sia stata accertata la colpevolezza, intesa come coscienza e volontà dell'atto o della omissione; vi sarebbe altrimenti violazione dell'art. 7 della CEDU.

Con la recente sentenza n. 49 del 2015, la Corte costituzionale si è pronunciata proprio sul rapporto tra sanzioni amministrative ed accertamento della responsabilità del destinatario della sanzione⁵⁵, richiamando quanto stabilito dalla Corte Edu nel caso *Varvara*⁵⁶. Secondo la Corte costituzionale, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato come l'art. 7 della CEDU esiga una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato, poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale. Non è in definitiva

⁵⁵ Cfr. in questo senso la recente sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, cit. (e la dottrina indicata sopra alle note 15 e 16).

⁵⁶ V. Corte eur. diritti dell'uomo 29 ottobre 2009, ric. n. 14475/2009, *Varvara c. Italia*, in particolare i paragrafi n. 66, 67, 69, 71. Nella specie, la Corte EDU, dopo avere qualificato, nella sentenza *Sud Fondi* (v. Corte eur. diritti dell'uomo 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, cit.), la confisca come una sanzione penale e pertanto in quanto tale soggetta alle garanzie dell'art. 7 CEDU (*Nulla poena sine lege*), nella successiva sentenza *Varvara*, ha giudicato l'applicazione della confisca mediante una sentenza che proscioglie i convenuti per prescrizione del reato, in contrasto con l'art. 7 CEDU e con l'art. 6, par. 2 CEDU. Secondo la Corte EDU dunque, per l'applicazione di una sanzione penale, quale è la confisca, è necessario un accertamento preliminare di responsabilità a carico dell'autore del reato e pertanto una sua condanna.

concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili, in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza.

La Corte precisa altresì che «simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti»⁵⁷.

Nella sostanza, quando si tratta di sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo, la valutazione circa i requisiti della colpevolezza deve seguire, secondo la Corte EDU, gli stessi canoni rigorosi della colpevolezza nell'ambito penalistico.

9. Da questo insieme di rilevanti mutamenti si possono trarre alcune conclusioni che attengono da una parte all'accertamento di

⁵⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015, cit., par. 6.2 del *Considerato in diritto*. Sul punto v. anche Corte costituzionale, sent. n. 264 del 2012, con la quale i giudici costituzionali hanno ribadito come la Corte EDU «è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», mentre è compito della Corte costituzionale operare «una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» (par. 5.4 del *Considerato in diritto*). La Corte costituzionale italiana non manca pertanto di rivendicare la propria competenza «a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», nonostante l'impossibilità di sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data dalla Corte di Strasburgo (v. sent. n. 264 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4216 ss. (spec. par. 4.2 del *Considerato in diritto*), con osservazioni di C. PINELLI, *Valutazione sistemica versus valutazione parcellizzata: un paragone con la Corte di Strasburgo*, p. 4228 ss.; R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*, p. 4232 ss.; F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso, la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, p. 4235 ss. Su tale sentenza v. anche A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in www.giurcost.org, 17 dicembre 2012: Conformi sul punto, ad esempio, le sentt. n. 85 del 2013, *ivi*, 2013, p. 1424 ss. (con osservazioni di V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, p. 1494 ss.; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, p. 1498 ss.; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, p. 1505 ss.; G. SALERNO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, p. 1511 ss.) e n. 170 del 2013, *ivi*, p. 2523 ss.; l'ord. n. 10 del 2014, *ivi*, 2014, p. 172 ss. Come si è visto, sul tema è tornata recentemente la Corte eur. dei diritti dell'uomo, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/2011, *Parrillo v. Italia*, cit., v. *supra* la nota 16.

alcuni punti fermi, e dall'altra di alcuni profili che invece non sembrano ancora definiti.

Sembra ormai essere un punto fermo che il procedimento sanzionatorio debba garantire pienamente il contraddittorio in ogni fase⁵⁸, il diritto di accesso a tutti gli atti, una ragionevole separazione funzionale- anche se non completa da un punto di vista strutturale- tra attività istruttoria e attività decisoria⁵⁹. Se si guarda al piano dell'afflittività delle sanzioni amministrative irrogate da Consob e da Banca d'Italia non vi è alcun dubbio che siano altamente afflittive⁶⁰

⁵⁸ Sulle diversità del contraddittorio nel procedimento davanti alle autorità indipendenti, che ha come finalità «il ristabilimento o la fissazione di una regola procedurale, quella della parità delle armi in un contraddittorio semplice o litisconsortile» rispetto al contraddittorio nei procedimenti amministrativi tradizionali, ove si realizza «la partecipazione del cittadino ad una pubblica funzione attraverso la comparazione fra il suo interesse e quello che la P.A. deve perseguire» v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 28 e p. 83. Sul contraddittorio nei procedimenti amministrativi cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed. *Diritto amministrativo generale*, cit., vol. II, 1074 ss.; F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 740 ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Napoli, ESI, 1996; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il contraddittorio*, op. cit., 342; S. GALLI, *La disciplina italiana in tema di abusi di mercato*, IPSOA, Milano, 2010, 303.

⁵⁹ Come è noto, nel 2010 in Francia si è difatti proceduto ad una imponente riorganizzazione dell'Autorità in materia di vigilanza bancaria in modo da seguire le indicazioni della Corte EDU (v. *supra* la nota 10 e la giurisprudenza ivi citata), creando due organi nettamente distinti, sebbene incardinati presso la stessa autorità: una commissione con funzioni decisorie-sanzionatorie (*commission des sanctions*) e un collegio con funzioni di vigilanza e di istruttoria-promuovimento delle contestazioni avanti alla commissione delle sanzioni. Tale distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie è ritenuta invece praticamente impossibile con riferimento alla Consob da R. RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Le società* 2010, p. 981 ss. Maggiormente sensibile ai vincoli derivanti dai principi della CEDU, A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 1227 ss.; sul punto v. anche L. BRUNETTI, *La procedura sanzionatoria Consob ai sensi dei nuovi artt. 187-bis e 195 t.u.f. e l'opposizione alle sanzioni davanti il giudice ordinario ex artt. 195 e 196 t.u.f.*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2006, 2, I, p. 195 ss.; M. CLARICH-E. L. CAMILLI, *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di Cassazione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1161 ss.

⁶⁰ Sia per l'assai elevato importo che per le conseguenze sulla reputazione e per l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nelle società quotate, aspetti questi che non possono in alcun modo essere sottovalutati. Del resto, la grave questione del danno reputazionale ed economico si pone anche a seguito dell'avvio di un procedimento penale. Come giustamente rileva G. M. FLICK (*La responsabilità civile dei magistrati. Le proposte di modifica tra disinformazione e realtà*, in *Federalismi.it*, n. 11/2012, pp.9-10), «il vero danno oggi è nel procedimento, non nell'errore processuale. E siccome il procedimento è per definizione una fase di accertamento, il fatto che non pervenga alla condanna, e perfino al giudizio, è considerato (ed è, in teoria) fisiologico. Ma invece procura veri danni. Capisco che è anche un problema di cultura (finché l'avviso di garanzia è considerato una sentenza di condanna dai media e dall'opinione pubblica); ma lo è anche di reputazione e di danno economico (per le imprese, ma altresì per il singolo)».

tanto più a causa della pubblicazione della decisione sui bollettini ufficiali o persino sui quotidiani nazionali (art. 195, comma 3, TUF), misura quest'ultima che costituisce decisamente un *quid pluris* in confronto all'afflittività della sanzione penale⁶¹. Altrimenti si finisce per accogliere una «concezione del potere sanzionatorio ormai superata» anche da parte della dottrina amministrativistica, che ha progressivamente acquisito consapevolezza del carattere punitivo e afflittivo della sanzione⁶².

Del resto, anche il Consiglio di Stato ha affermato che per le sanzioni di natura penale il principio del contraddittorio deve essere inteso in senso pieno. Pur ritenendo procedimento e processo due categorie dogmaticamente diverse⁶³, nondimeno quando il procedimento è finalizzato ad irrogare sanzioni di natura gravemente afflittiva il principio del contraddittorio, previsto dalla legge italiana, non può essere attenuato⁶⁴.

Anche partendo da questo assunto deriva comunque, implicitamente, che non è più sostenibile la tesi sino ad oggi

⁶¹ Cfr. M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, cit., p. 70.

⁶² Così L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, cit., p. 4.

⁶³ Ciò non toglie che vi sia una stretta relazione fra procedimento e processo, derivante dall'essere ambedue "procedure" attraverso le quali i pubblici poteri esercitano l'autorità, e di conseguenza in entrambe dovranno essere assicurate le garanzie di difesa per garantire il cittadino nei confronti dell'esercizio del potere, amministrativo e giurisdizionale: sotto questi profili sono sempre attuali e basilari le riflessioni di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1950, p. 1 ss.; nonché di G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, p. 5 ss. In particolare Benvenuti rileva che con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana è necessario ripensare il rapporto tra pubblica amministrazione amministrati, in cui la tutela del cittadino assuma un ruolo dirompente per un ripensamento delle precedenti categorie giuridiche. Il cittadino gode difatti di una «una posizione di sostanziale diritto soggettivo nei confronti della amministrazione e che perciò solo ha diritto alla tutela giurisdizionale ma ha diritto di averla ove essa sia [...] più efficace e più piena» (così F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 813 ss., richiamato da L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 11, nota 54.)

⁶⁴ Tanto più che l'art. 29 della legge n. 241 del 1990, come modificato con legge n. 69 del 2009, ha precisato che alcune garanzie procedurali «attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione»: sul punto, v., almeno, G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Giustamm* (<http://www.giustamm.it>), 2009; e già prima della riforma del 2009, ID., *Il procedimento*, in L. MAZZAROLLI- G. PERICU-A. ROMANO- F. A. ROVERSI MONACO- G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2005, I, p. 635 ss.

avvalorata dagli organi giudiziari, circa il fatto che gli eventuali vizi del procedimento sotto il profilo della carenza del contraddittorio sono sanati attraverso la cognizione piena del giudice dell'impugnazione. La violazione del procedimento comporta a tutti gli effetti la illegittimità della sanzione⁶⁵. Altrimenti a nulla varrebbe l'aver stabilito con legge regole garantistiche che il procedimento deve osservare, se esse possono essere non rispettate dalla Autorità amministrativa. Ne risulterebbe comunque violato il principio di legalità e il diritto "al giusto procedimento". Ne risulterebbe violato anche, come rilevato in dottrina⁶⁶, l'art. 113, comma 2, della Costituzione, che prevede sempre la tutela contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione, con l'espressa previsione che la «tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

Il secondo punto fermo, relativo al processo, riguarda il principio della "piena giurisdizione". Il giudice dell'impugnazione di una sanzione amministrativa avente carattere "penale" deve essere dotato, non solo in teoria ma in concreto, di tutti gli strumenti necessari per rivalutare compiutamente il fatto, il grado di colpevolezza dell'agente, la congruità della pena rispetto al fatto e al grado di

⁶⁵ Cfr., ad esempio, Corte eur. dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, ric. 30183/06 *Vernes c. France*, par. 31, in part. par. 32, dove la Corte censura la procedura sanzionatoria della COB (Commissione della borsa francese) per violazione dell'art. 6 della Convenzione, sotto il profilo del rispetto del principio della pubblicità dell'udienza: tenuto conto delle conseguenze particolarmente afflittive derivanti dall'irrogazione delle sanzioni della COB, l'udienza pubblica rappresentava «*une condition nécessaire à la transparence et à la garantie du respects de ses droits, nonobstant la technicité des débats*». Nel caso di specie, la possibilità di far valere successivamente davanti al Consiglio di Stato il vizio procedimentale non sanava l'illegittimità perpetrata in sede di procedimento amministrativo. Non del tutto chiara, sul punto, Corte eur. dei diritti dell'uomo, sentenza *Grande Stevens*, cit., parr. 151-154. Come giustamente rileva M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2942 ss., l'accoglimento della censura concernente la violazione del diritto al giusto processo, «avrebbe dovuto comportare – dal punto di vista logico-giuridico – l'illegittimità delle sanzioni irrogate dalla Consob» e di conseguenza «l'assorbimento della seconda censura, relativa alla violazione del *ne bis in idem*, in quanto censura logicamente dipendente dal mancato accoglimento della prima». La Corte EDU invece, «ha scelto di proseguire, ritenendo che le sanzioni, *benché illegittimamente irrogate*, non fossero per questo invalide (par. 192) e dovessero pertanto valutarsi alla stregua dei criteri di "severità" dettati nella citata sentenza *Evans*» (pp. 2943-2944).

⁶⁶ F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti della sanzione amministrativa tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 73 ss.; ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., p. 551 ss. e sentenze ivi citate.

colpevolezza. La questione della discrezionalità tecnica, che come noto ha prodotto la teorizzazione da parte degli organi di giustizia amministrativa di un sindacato “debole” sugli atti delle autorità indipendenti, non è utilizzabile allorquando si tratti di sanzioni gravemente afflittive che assumono natura “penale”. In tale caso il diverso principio della *full jurisdiction* importa un controllo del giudice esteso anche alle valutazioni di natura tecnica, e tale controllo deve essere effettivo e svolto in concreto. Questo non solo, a ben vedere in relazione all’art. 6 della CEDU, ma anche in relazione all’art. 111 della Costituzione che disciplina il giusto processo.

Del resto, anche a voler «conservare la tradizione di un sindacato giurisdizionale sul potere amministrativo di carattere più o meno esterno-di legittimità», bisognerebbe comunque procedere ad «un significativo accrescimento delle garanzie nel procedimento amministrativo, così che le tutele dell’art. 6 cit. si realizzino fin da subito, nel procedimento»⁶⁷.

Il terzo punto fermo riguarda, al proposito, l’ormai compiuta assimilazione di queste sanzioni a quelle penali, non solo in astratto ma in relazione ai criteri che l’Autorità erogante la sanzione e poi il giudice devono valutare. Il decreto legislativo del maggio 2015, di recezione della direttiva comunitaria «*Sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento*»⁶⁸, ha introdotto nel TUF e nel TUB criteri di responsabilità che richiamano i principi penalistici sulla coscienza e volontà del reato. L’applicazione di tali principi implica la valutazione da parte dell’autorità amministrativa prima, e da parte del giudice dell’impugnazione poi, della colpa in concreto da parte dell’autore della violazione.

Non costituisce, invece, un punto sicuramente stabile la riforma del processo effettuato con il decreto legislativo in questione. A parte la questione della normativa transitoria e della illogicità di un rito camerale con udienza pubblica, rimane il fatto che l’introduzione di questa riforma del processo in assenza di delega sembra presentare profili di illegittimità costituzionale. Nella lunga -e in questi ultimi anni continua- modifica delle giurisdizioni e dei riti per la

⁶⁷ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., p. 595.

⁶⁸ Direttiva 2013/36 UE del 26 giugno 2013, cit.

impugnazione delle sanzioni Consob e Banca d'Italia, non è detto che la riforma effettuata con il decreto legislativo del 12 maggio 2015⁶⁹ costituisca pertanto il punto di arrivo.

⁶⁹ V. il decreto legislativo del 12 maggio 2015, n. 72, «*Recante recepimento della direttiva 2013\36\UE del Parlamento Europeo*», cit.