

La *vexata quaestio* del riparto di giurisdizione in ordine al potere sanzionatorio della Consob (nota a Corte Costituzionale n. 162/2012)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le tappe del percorso normativo, giurisprudenziale e dottrinale dell'ultimo trentennio sul riparto di giurisdizione in ordine alle sanzioni amministrative della Consob. – 3. Il nuovo assetto disegnato dal Codice del processo: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. – 4. La pronuncia di incostituzionalità dell'art. 133 lett. D c.p.a.: 4.1 Il sindacato torna al giudice ordinario; 4.2 Le possibili ripercussioni sulle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti delle altre Autorità Indipendenti.

1. Premessa.

Il dibattito sorto in dottrina in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nella materia delle sanzioni è stato, nel tempo, alimentato dall'incertezza normativa e dalle eterogenee posizioni assunte dalla giurisprudenza¹. In particolare, il novero degli strumenti di tutela esperibili dai destinatari dei provvedimenti sanzionatori della Consob continua a costituire oggetto di riflessione da parte dei numerosi studiosi che si sono interessati alla tematica².

¹ La letteratura sul tema è assai vasta. Tra i primissimi studi quello di ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, che ha a lungo rappresentato la più completa e sistematica opera in materia. Si vedano anche M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981; Id., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; TRAVI, *Le sanzioni amministrative*, Padova, 1983; PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1989; CASETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997. Da ultimo, la materia è stata approfondita nei volumi della collana "Sanzioni amministrative", diretta da CAGNAZZO, Torino, 2011.

² Cfr. TROISE, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumen-*

In effetti, da un lato, il passaggio dallo Stato interventista al cd. Stato regolatore ³, per effetto delle politiche di liberalizzazione, deregolamentazione e privatizzazione attuate nell'ultimo ventennio, ha dato vita a relazioni giuridiche intersoggettive sempre più articolate, che, creando occasioni di conflitto, abbisognano di pronta tutela giurisdizionale ⁴; dall'altro lato, il legislatore non ha dato prova di chiarezza nell'individuazione del giudice competente a sindacare l'esercizio del potere sanzionatorio della Consob, ingenerando confusione nei soggetti coinvolti ⁵.

Infine, il "tempo della crisi", stimolando ad una più attenta riflessione sulle modalità di intervento dello Stato sul mercato ⁶, ha rinnovato l'interesse per l'attività della Consob ⁷ e di tutte le altre Autorità Indipendenti.

talità rispetto alla funzione regolatoria, Milano, 2012; CARUSO, *Le sanzioni pecuniarie di vigilanza: innovazioni nella fase amministrativa e in quella giurisdizionale*, in *Le soc.*, 2/2012; FRATINI, a cura di, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011; LAZZARA, *Sanzioni amministrative nel credito e nel risparmio*, Report annuale 2011 Italia, in www.ius-publicum.com; NIGRO, *Le Sezioni Unite e la legittimazione all'opposizione dei destinatari delle sanzioni ex art. 195 t.u.f.*, in *Dir. banc.*, 2009, I, p. 624 ss.

³ Cfr. sul punto, *ex multis*, LA SPINA e MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; TE-SAURO e D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2001; GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; FONDERICO, *Diritto della regolazione economica*, in CLARICH e FONDERICO, a cura di, *Dizionario di diritto amministrativo*, 2007, p. 596 ss.

⁴ CLARICH, *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

⁵ VITALE, *Il regime di tutela giurisdizionale avverso provvedimenti di sanzione della Consob*, in www.ambientediritto.it, sottolinea che dall'esame dei dati statistici risulta che le sanzioni irrogate dalla Consob vengono spesso impugnate contemporaneamente dinanzi alle Corti d'Appello e presso il Tribunale amministrativo del Lazio, per il diffuso timore di incorrere in pronunce di difetto di giurisdizione. Cfr. anche CLARICH e PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162*, in www.giustizia-amministrativa.it. Nell'incipit del contributo si legge: "La coerenza è un valore e un'aspirazione di ogni ordinamento giuridico. Ma di rado il legislatore italiano riesce nell'intento di riordinare l'assetto normativo vigente per porre rimedio a una situazione di disordine ormai patologica. Quest'ultima è dovuta, com'è noto, alle continue incursioni di leggi e leggine, che cercano di risolvere problemi contingenti, senza una visione d'insieme".

⁶ Cfr. SANTORO, *I limiti del mercato e il fallimento della regolamentazione*, in *Dir. banc.*, 1/2012; LONGOBARDI, *Le Autorità di regolazione dei mercati nel "tempo della crisi"*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2012; D'ALBERTI e PAJNO, a cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; RANGONE, *Autorità Indipendenti e Air*, in www.osservatorioair.it, 2010; ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca, impresa, soc.*, 2009, p. 5 ss.; AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche Mercati Imprese*, Torino, 2008.

⁷ In ordine alla natura giuridica della Consob e ai poteri da essa esercitati, si vedano, *ex multis*, PREDIERI, *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in

In particolare, la fallibilità dei regolatori, posta in evidenza dal crollo economico-finanziario, ha indotto – in Italia, come all'estero – a riesaminare l'intero contesto regolatorio, nel tentativo di ottenerne un miglioramento⁸. In tale prospettiva, centrale importanza ha assunto proprio il controllo sull'esercizio del potere sanzionatorio delle *Authorities*, previo confronto informato, ampio e trasparente⁹.

G.M. FLICK, a cura di, *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, 1987; CARDI, *La Consob come istituzione. Note sulla soggettività giuridica della Consob*, in *Scritti in onore di Giannini*, III, Milano, 1988, p. 272 e ss.; MARZONA, *L'amministrazione pubblica nel mercato mobiliare*, Padova, 1988; TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; CARDI e VALENTINO, *L'istituzione Consob*, Milano, 1993; JANNUZZI, *La Consob: caratteri e funzioni, l'informazione societaria, controlli e sanzioni*, Milano, 1993; VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993; CAVAZZUTI, *La Consob e la regolazione dei mercati finanziari*, in *Quaderni di Finanza*, 38/2000; CARDIA, *Il nuovo ruolo della CONSOB nel nuovo assetto legislativo: attività di vigilanza e attività di prevenzione*, intervento tenuto il 29 giugno 2006 presso l'Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano, in www.consob.it; CARDARELLI, *Potere regolamentare della CONSOB. Informazione e mercati regolamentati*, Milano, 2007; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della CONSOB "nouvelle"*, in *Banca, Borsa, Tit. cred.*, 2/2008; AMOROSINO, a cura di, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008; CARDIA, *I nuovi scenari dei mercati finanziari: il ruolo della Consob*, intervento del 6 giugno 2008 presso la Banca Popolare di Sondrio, in www.consob.it; DE MARI, *I "nuovi" poteri della Consob e la vigilanza sull'attività di intermediazione mobiliare*, in *Società*, 2009, p. 829 ss.; COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010; MATTASSOGLIO, *Il rapporto tra Consob e investitore nell'era della crisi. Una riflessione nell'ottica del diritto pubblico*, in www.giustamm.it, 2011; CLARICH, voce *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario. Profili generali*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, 2012, p. 152 ss.

⁸ Si veda, in proposito, SOROS, *Cattiva finanza* (trad. it.), Roma, 2008, che invita a riflettere sul fatto che i regolatori debbano essere lungimiranti nell'imporre le regole, preoccupandosi della stabilità dell'economia, vigilando con attenzione nelle fasi espansive e gestendo i rischi sistemici.

⁹ Spiccato interesse per il poliedrico fenomeno delle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti testimonia FRATINI, a cura di, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, citato, che rappresenta un lodevole tentativo di sistematizzare la materia; cfr. anche LAZZARA, *Sanzioni amministrative nel credito e nel risparmio*, cit.: per l'Autore, *"l'interesse per la materia [delle sanzioni] si è nuovamente acceso in collegamento allo studio della legislazione sulle autorità amministrative indipendenti, enti pubblici completamente slegati dall'apparato amministrativo governativo, sia sul piano organizzativo che su quello funzionale ed alle quali sono affidati compiti di regolazione, vigilanza e sanzione in settori particolarmente 'sensibili' (soprattutto per il rilievo costituzionale dei beni coinvolti: concorrenza, credito, risparmio, ecc.)"*. Si consideri, inoltre, che all'indomani di scandali (es. Cirio e Parmalat) e disfunzioni di vario tipo (es. *blackout* elettrici) e per effetto del recepimento di direttive comunitarie in materia di *market abuse* e tutela dei consumatori, il legislatore ha incrementato i poteri delle autorità indipendenti, accrescendo anche il novero delle sanzioni irrogabili. Si veda, in

In verità, l'entrata in vigore del cd. Codice del processo amministrativo sembrava aver dissipato ogni dubbio in ordine all'attribuzione della giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori delle Autorità Indipendenti al giudice amministrativo. In effetti, da più parti erano pervenuti apprezzamenti per l'attenta opera di sistematizzazione e semplificazione operata in generale dal decreto legislativo n. 104 del 2010, che – si immaginava – avrebbe sortito effetti positivi anche sul contenzioso relativo ai provvedimenti sanzionatori della Consob e delle altre Autorità.

Del resto, l'intervento puntuale del Codice mirava anche a porre fine a quella che rischiava di risolversi in una puntigliosa *actio finium regundorum* (di competenza) tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, purtroppo non sempre animata dall'obiettivo che la giustizia dovrebbe prefiggersi, vale a dire la prestazione, con funzionalità ed efficienza, di un servizio in favore di cittadini ed imprese.

Nonostante diversi studiosi avessero accolto favorevolmente la scelta del Codice ¹⁰, la Corte d'Appello di Torino ha sollevato questione di legittimità costituzionale ¹¹ degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), 135, comma 1, lettera c), proprio “nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva amministrativa in generale, e del T.A.R. Lazio – sede di Roma in specie”, le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa ¹². In particolare, a parere dei giudici piemontesi, le norme citate sarebbero state in conflitto con gli artt. 3, 76, 103, comma primo, 113, comma primo, 111, commi secondo, settimo e ottavo, della Costituzione.

proposito, CLARICH, *Presentazione a* FRATINI, a cura di, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit.; l'Autore invita a confrontare, a titolo esemplificativo, l'attuale testo dell'art. 144 d.lgs. n. 385/1993 e quello originario, per riflettere sul moltiplicarsi delle fattispecie sanzionatorie.

¹⁰ Si cita, a titolo esemplificativo, CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 658, avvertendo che nel prosieguo si darà conto delle diverse posizioni assunte sulla bontà della soluzione offerta dal d.lgs. n. 104/2010.

¹¹ Il giudizio di legittimità costituzionale è stato promosso nel procedimento vertente tra Inprograme s.a.s. ed altri e la Commissione nazionale per le società e la borsa, con ordinanza del 25 marzo 2011, iscritta al n. 220 del registro ordinanze 2011 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 45, prima serie speciale, dell'anno 2011.

¹² È stata contestualmente sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abroga l'art. 187 *septies*, co. 4, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della l. 6 febbraio 1996, n. 52), che attribuiva alla Corte d'appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Consob.

Anticipiamo che la Corte Costituzionale, con la sentenza 162 del 2012¹³, ha accolto la questione di legittimità bocciando la soluzione adottata dal Codice, per asserito contrasto con l'art. 76 della Costituzione, cioè per eccesso di delega. In sintesi, a parere dei giudici di legittimità, il legislatore delegato, trasferendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob, si sarebbe discostato dall'orientamento della Corte di Cassazione, che, viceversa, avrebbe dovuto guidare il suo intervento, ai sensi dell'art. 44 (Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo) della legge n. 69 del 2009.

A distanza di qualche mese, il decreto legislativo n. 160 del 2012 (cd. "correttivo del correttivo") ha adeguato formalmente il disposto del Codice alla citata pronuncia, riportando al giudice ordinario la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob¹⁴.

Per comprendere appieno i termini della questione, pare opportuno ripercorrere, sia pur brevemente, gli snodi del percorso legislativo, dottrinale e giurisprudenziale in materia.

2. Le tappe del percorso normativo, giurisprudenziale e dottrinale dell'ultimo trentennio sul riparto di giurisdizione in ordine alle sanzioni amministrative della Consob.

In origine, in assenza di una disciplina *ad hoc* sul riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative, la Corte di Cassazione adottò il principio per cui la giurisdizione ordinaria avrebbe avuto ad oggetto le misure punitive e quella amministrativa le misure ripristinatorie¹⁵. Tale posizione suscitò ampie discussioni, tanto è vero che illustre dottrina ebbe a sottolinearne il carattere "eccezionale", dal momento che il giudice ordinario si sarebbe, in tal modo, occupato anche di interessi legittimi oltre che di diritti soggettivi¹⁶. Tuttavia, secondo la Corte Costituzionale,

¹³ Corte Cost., sent. 27 giugno 2012, n. 162, in *Dir. banc.*, 2012, I, p. 729.

¹⁴ Il decreto legislativo è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 18.09.2012 ed è entrato in vigore il 3.10.2012.

¹⁵ Per un quadro completo della giurisprudenza dell'epoca, si veda MEZZABARBA, *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: disciplina processuale, prescrizione, violazioni in materia previdenziale, disciplina transitoria*, in *Foro It.*, 1994, I, p. 1468 ss.

¹⁶ M.A. SANDULLI, *La potestà*, cit.

vantando il cittadino il diritto soggettivo alla propria integrità patrimoniale a fronte dell'applicazione di una sanzione afflittivo-pecuniaria, la competenza del giudice ordinario in materia sarebbe stata perfettamente rispondente agli ordinari criteri di riparto ¹⁷.

Successivamente, la questione trovò, in parte, soluzione nel diritto positivo: l'art. 22 della legge n. 689/1981 stabilì che, in opposizione alle sole sanzioni pecuniarie, gli interessati avrebbero potuto ricorrere al pretore territorialmente competente, entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento. Nonostante ciò, la giurisprudenza continuò a ritenere decisiva, ai fini del riparto di giurisdizione, la distinzione tra sanzioni afflittive, pecuniarie e non, non richiedenti l'esercizio di un potere discrezionale, e misure ripristinatorie ¹⁸. In effetti, persino nel caso in cui fosse rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione la sola scelta del tipo di sanzione da applicare (ad esempio, nell'ipotesi in cui la comminazione di una sanzione pecuniaria fosse prevista in alternativa a quella ripristinatoria), la giurisprudenza prevalente riteneva sussistente in capo al privato un interesse legittimo, con conseguente devoluzione dell'eventuale controversia al giudice amministrativo. Viceversa, nel caso in cui la sanzione punitiva pecuniaria fosse prevista direttamente dalla legge in via autonoma o anche cumulativa a quella di tipo ripristinatorio, il privato sarebbe stato titolare di un diritto soggettivo e avrebbe potuto adire il giudice ordinario.

In seguito, la legge n. 287 del 1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) fissò una peculiare disciplina per l'A.g.c.m., stabilendo, al primo comma dell'art. 33, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (in particolare, del Tar Lazio) per le controversie aventi ad oggetto i suoi provvedimenti e assegnando alla Corte d'Appello territorialmente competente solo la giurisdizione sulla nullità degli accordi anticoncorrenziali ¹⁹. Tuttavia, in materia di sanzioni, l'art. 31 della stessa legge n. 287/1990, rimandando alla legge n. 689/1981, non chiariva se il rinvio fosse da riferire al solo procedimento o anche alla competenza del giudice ordinario sulle controversie relative agli illeciti amministrativi. Investite della questione nel 1994, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dichiararono il rinvio relativo ai soli aspetti proce-

¹⁷ L'orientamento si afferma a partire dalla sentenza del 4 marzo 1970, n. 32, in www.giurcost.org.

¹⁸ CASETTA, voce *Sanzione amministrativa*, cit., p. 604.

¹⁹ Anche i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole sono attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in base al d.lgs. n. 74/1992.

durali, sostenendo che, diversamente, si sarebbe avallata un'irrazionale biforcazione: cognizione del giudice amministrativo sulla vigilanza e cognizione del giudice ordinario sulla sanzione ²⁰.

Viceversa, i provvedimenti degli altri organismi indipendenti all'epoca già istituiti, quali Consob, Isvap e Banca d'Italia, in assenza di una specifica regolamentazione, erano soggetti all'ordinaria regola del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, vale a dire al criterio della *causa petendi*.

Di lì a qualche anno, però, l'art. 145 del d.lgs. n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) ²¹ avrebbe attribuito alla Corte d'Appello di Roma la competenza a decidere delle opposizioni ai provvedimenti sanzionatori adottati dall'allora Ministero del Tesoro, su proposta della Banca d'Italia.

Similmente, nel 1996, il decreto legislativo n. 415, cd. "Eurosim", stabilì che gli interessati proponessero reclamo avverso i provvedimenti sanzionatori della Consob, in unico grado, alla Corte d'Appello di Roma.

Pertanto, in quegli anni, in sede di Commissione Bicamerale per la riforma costituzionale, assieme alla proposta di inserire in Costituzione le Autorità Indipendenti, in linea con l'auspicio di autorevole dottrina ²², venne anche ipotizzata l'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori direttamente al Consiglio di Stato, pretermettendo il giudizio di primo grado innanzi al Tar ²³.

Nonostante tali sollecitazioni, a conclusione del processo di riorganizzazione del mercato dei capitali, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza), la disciplina della tutela avverso le sanzioni della Consob venne compiutamente disegnata dai commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 195, con l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario. In definitiva, i soggetti concretamente incisi dalla sanzione dell'Autorità avrebbero potuto presentare opposizione alla Corte d'Ap-

²⁰ Cass. S.U., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro It.*, 1994, I, 732, con nota di BARONE.

²¹ Tale disposizione ha ripreso il disposto dell'art. 90 della legge bancaria del 1936-1938, che attribuiva alla Corte d'appello di Roma la cognizione dei reclami contro i decreti ministeriali di applicazione delle cd. pene pecuniarie di cui agli artt. 87, 88 e 89.

²² CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE e FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole, Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 221.

²³ In proposito, MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in PREDIERI, a cura di, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, 1998, p. 253, sottolineò come una soluzione del genere non fosse in contrasto con l'art. 125, co. 2, Cost., non avendo tale norma costituzionalizzato il principio del doppio grado di giudizio nel processo amministrativo.

pello territorialmente competente, in considerazione della sede della società o dell'ente di appartenenza dell'autore della violazione, o, in via sussidiaria, del luogo di commissione della violazione.

Tuttavia, poco più di un mese dopo, l'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998²⁴ riscrisse la disciplina del riparto di giurisdizione in materia, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare". La scelta, dettata dal criterio cd. della materia²⁵, mirava ad evitare che il cittadino fosse obbligato a promuovere una pluralità di giudizi, davanti al giudice amministrativo e a quello ordinario, a causa della coesistenza di diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Si pose, quindi, il problema di coordinare il disposto del citato art. 33 d.lgs. n. 80/1998 con la disciplina dettata dall'art. 195 TUF e cioè con l'attribuzione alla Corte d'Appello della competenza a conoscere delle opposizioni ai decreti ministeriali sanzionatori, allora adottati su proposta della Consob.

La dottrina si sforzò di risolvere l'antinomia applicando diversi principi giuridici e pervenendo a soluzioni opposte²⁶.

In ogni caso, la difficoltà di individuare con esattezza la correlazione tra il mercato mobiliare ed i servizi pubblici avrebbe potuto comportare uno sconfinamento da parte del giudice amministrativo in ambiti propriamente privatistici, come tali sottoposti alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria²⁷.

²⁴ Adottato in attuazione della delega contenuta nell'art. 11 della l. n. 59 del 1997 (cd. legge Bassanini). Per una concisa analisi dell'impatto dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/98 si veda IEVA, *PROFILI PROBLEMATICI DELLA NUOVA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL G.A. IN MATERIA DI servizi pubblici*, in www.giustamm.it.

²⁵ In proposito, in dottrina si è sottolineato come il termine "materia" per la giurisdizione esclusiva abbia un significato diverso rispetto ad altri contesti, essendo, per esempio, divergente da quello che emerge dall'art. 117 Cost., dove designa un complesso tendenzialmente "organico" di attività, funzioni ed interessi. Cfr. TRAVI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, VII ed., Torino, 2006, p. 189.

²⁶ In argomento, si veda BERTONAZZI, *Commento all'art. 33 d.lgs. n. 80/98*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 207.

²⁷ In effetti, di lì a qualche anno, la Corte Costituzionale (sent. 204/2004) avrebbe precisato che l'assegnazione di una materia al giudice amministrativo deve trovare fondamento nel collegamento tra la materia oggetto di controversia e una condizione di potere dell'Amministrazione. Si veda, *ex multis*, CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza 5 luglio 2004, n. 204*, in *Giornale di dir. amm.*, 2004; MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte*

A cercare di far chiarezza, intervenne l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, che, approfittando della declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega dell'art. 33²⁸, lo riformulò come segue: “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare”. Anteponendo il termine “vigilanza”, a parere dei più, il legislatore aveva inteso devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le sole controversie concernenti l'attività di vigilanza sul mercato mobiliare e non l'intero mercato mobiliare²⁹. Più precisamente, la norma non parlava di “vigilanza” *tout court*, ma di servizi pubblici “afferenti alla vigilanza”.

Dunque, per poter affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle opposizioni alle sanzioni della Consob, si tentò di stabilire, in mancanza di una più precisa indicazione da parte dell'art. 7 della legge n. 205/2000, se l'attività sanzionatoria potesse essere considerata parte della più ampia funzione di vigilanza³⁰.

In proposito, diversi Autori hanno rilevato un contrasto fra la volontà del legislatore di ricorrere alla tecnica del “blocco di materie” e la supposta separazione di due attività delle quali l'una appare come il naturale (anche se eventuale) sbocco dell'altra. In particolare, si è sostenuto che non solo l'attività sanzionatoria, ma tutte le potestà delle *Authorities*, anche se logicamente distinte, sono interconnesse, al punto che, anche quando i provvedimenti sembrano esplicitazione di compiti differenti,

costituzionale ne ridisegna l'ambito, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214; TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sent. n. 204/2004 della Corte Costituzionale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 292, in *Urbanistica e appalti*, 9/2000.

²⁹ Evidenziano la rilevanza della modifica apportata, CARANTA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in CARINGELLA e GAROFOLI, a cura di, *Le Autorità indipendenti*, Napoli, 2000; FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in CARINGELLA e PROTTO, a cura di, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001; GAROFOLI, *I servizi pubblici* (art. 33), in CARINGELLA, DE MARZO, DELLA VALLE, GAROFOLI, a cura di, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000; PAGANO, *La nuova giustizia amministrativa, Commento organico alla Legge n. 205/2000*, Napoli, 2000, p. 52; VOLPE, *I servizi pubblici* (art. 7 co. 1 L. n. 205/2000), in CERULLI IRELLI, *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000.

³⁰ Un interessante contributo al dibattito sul rapporto intercorrente tra funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative Indipendenti è stato offerto da TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007; l'Autore mira in particolare ad individuare le forme che assume la potestà sanzionatoria quando la stessa è assegnata a soggetti deputati alla regolazione.

costituiscono, pur sempre, manifestazione della medesima funzione di *regulation* ³¹. Proprio in merito alla specifica attività di vigilanza e controllo della Consob, si è affermato che la stessa è esercitata al fine di garantire la correttezza dei comportamenti degli intermediari, dei promotori e delle società di gestione dei mercati ³².

Anche il Consiglio di Stato ³³ ha sostenuto che le due attività in questione non sono logicamente scindibili, rappresentando quella sanzionatoria un pregnante modo di esplicarsi di quella di vigilanza. In particolare, secondo il giudice amministrativo, l'irrogazione delle sanzioni deve essere considerata come un "momento" della vigilanza, inglobando quest'ultima, oltre che i poteri istruttori, ispettivi, permissivi e regolamentari, anche il potere sanzionatorio, che, con essi, "si integra e forma sistema munendo la vigilanza di effettività" ³⁴.

In definitiva, sia a parere di autorevole dottrina ³⁵ sia secondo la giurisprudenza, le sanzioni amministrative costituiscono uno strumento per la tutela indiretta di interessi pubblici e per l'esercizio di funzioni proprie dell'Amministrazione titolare della potestà sanzionatoria ³⁶. In pratica, i

³¹ Si veda, *ex multis*, TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2001, p. 379 ss. L'Autore sostiene che è difficile elidere dalla sfera della vigilanza il settore delle sanzioni amministrative "distinguendo sottilmente tra vigilanza e potestà sanzionatoria o forgiando in via meramente interpretativa una deroga a favore del giudice ordinario non prevista dall'ordinamento e che collide con la tecnica del blocco di materie che caratterizza attualmente il riparto della giurisdizione".

³² VESPERINI, *La Consob*, cit.

³³ Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza conferma la decisione di Tar Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2/2002, p. 369, con nota di TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*.

³⁴ Così, Tar Lazio, Sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235, pubblicata anche sul *Il Corriere giuridico*, 2002, p. 504, con nota di DI AMATO, *Sanzioni agli esponenti aziendali di banche e imprese d'investimento e problemi di giurisdizione*. Nel caso di specie, il Tar Lazio era stato adito per l'annullamento di sanzioni amministrative pecuniarie adottate ai sensi dell'art. 144 t.u.b.

³⁵ Sul rapporto di strumentalità tra il potere sanzionatorio e quello di vigilanza si veda in generale, CREMONA, *Le Autorità Indipendenti*, in DI BENEDETTO, a cura di, *Diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 1999; R. Lombardi, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 633.

³⁶ Secondo BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 550, "il nome di sanzioni amministrative in senso stretto va riservato a quelle ipotesi in cui la comminazione di una misura svantaggiosa per il privato non consegue lo scopo di assicurare la esecuzione di un precetto attraverso la soddisfazione di un interesse dell'amministrazione".

poteri di controllo e sanzionatori sono strumenti imprescindibili per la tutela del pubblico risparmio ³⁷.

Più in generale, una parte cospicua della giurisprudenza si è mostrata poco propensa ad accettare la tesi per cui sarebbero affidate al sindacato del giudice ordinario le controversie in materia di sanzioni amministrative pecuniarie di tutte le *Authorities* ³⁸, ribadendo anche l'inserimento del più volte citato art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, così come modificato dall'art. 7

ne, garantito da quel precetto, ma agisce indirettamente per quello scopo limitandosi a costituire un effetto dannoso per chi abbia posto in essere il comportamento difforme dal precetto. Le sanzioni, come decisioni di autotutela indiretta, né raggiungono lo scopo perseguito dall'amministrazione né soddisfano il relativo interesse, ma si pongono come forme strumentali rispetto ad essi".

³⁷ Cfr. sul punto il recentissimo contributo di TROISE, *Il potere sanzionatorio*, cit.

³⁸ Le Sezioni Unite della Cassazione hanno sostenuto la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a norma degli artt. 31 e 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per i ricorsi contro le sanzioni comminate dall'Antitrust, risolvendo così il problema di coordinamento con la legge 24 novembre 1981, n. 689. Cfr. Cass. S.U., 5 gennaio 1994, n. 52, cit. In generale, sull'analogia tra il sindacato sui provvedimenti sanzionatori dell'Antitrust e quello sulle sanzioni irrogate dalla Consob, si veda TORANO, *Prime riflessioni intorno alla nuova giurisdizione amministrativa sulle sanzioni irrogate dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, in *Il dir. dell'econ.*, 1/2011.

Anche il Consiglio di Stato ha affermato che si porrebbe *"ad un risultato interpretativo di dubbia ragionevolezza"*, ove si aderisse alla tesi che assegna al giudice ordinario anche le controversie aventi ad oggetto la violazione di norme specificamente riguardanti l'espletamento del servizio e le modalità di esercizio del potere di vigilanza affidato agli organi amministrativi competenti. In tal modo, infatti, *"il giudice ordinario continuerebbe a conoscere di controversie che riguardano la liceità delle condotte di soggetti privati nell'esercizio di pubblici servizi, alla stregua di parametri normativi che, spesso, involgono la valutazione della legittimità e della correttezza degli atti generali e particolari adottati dalle autorità amministrative di governo del settore"*. Cfr. Cons. St., sez. V, 9 novembre 1999 n. 2440, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 45 ss., con nota di DE PALMA.

In altra pronuncia, i giudici di palazzo Spada hanno affermato che *"quando in una materia la legge prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, deve intendersi parzialmente abrogato l'art. 23 L. n. 689/81, che prevede la giurisdizione ordinaria per le controversie sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'amministrazione nella medesima materia"*. Cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, ord. 30 marzo 2000, n. 1, in www.giustiziaamministrativa.it. In proposito, un Autore ha sostenuto che l'Adunanza Plenaria avrebbe lasciato intendere che un'analoga conseguenza potrebbe valere anche per l'attività di vigilanza effettuata dalla Consob (Cfr. LIROSI, *Intervento*, in *Contributi al diritto e alla scienza dell'amministrazione*, in *Riv. amm. rep. it.*, 12/2000, p. 1269). Per approfondimenti sulla pronuncia, si vedano TRAVI, *La giurisdizione amministrativa al bivio*, cit., p. 576 e ss.; V. Carbone, *Sezioni Unite, Adunanza Plenaria, T.A.R. Calabria a confronto sulla nuova giurisdizione esclusiva dopo il d.lgs. n. 80/1998. Il commento*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 604 ss.

della legge n. 205/2000, nella successione temporale delle leggi, secondo il generale principio dello *jus superveniens*. Non avrebbe, dunque, avuto alcuna rilevanza il principio di specialità, avendo realizzato la legge n. 205/2000 una generale riforma della giustizia amministrativa, attraverso l'introduzione di un innovativo criterio di riparto, quello "per blocchi" ³⁹ ⁴⁰.

Viceversa, altra parte della giurisprudenza, tenendo in conto il disposto dell'art. 196, comma 3, TUF ⁴¹, ha sempre affermato la giurisdizione del giudice ordinario, sostenendo che il d.lgs. n. 80/1998 avesse "introdotto un nuovo e generale assetto dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa", non offuscando il carattere di "indubbia specialità" dell'art. 195 TUF.

Dopo il 2004, si è affermata anche la piena conformità della competenza del giudice ordinario in materia alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 204, la quale – dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 – avrebbe fatto venir meno il connotato di generalità attribuito alla giurisdizione esclusiva in tema di servizi pubblici ⁴².

La stessa corrente di pensiero ha fatto, inoltre, leva sul principio di omogeneità, asserendo che, essendo tutte le sanzioni irrogate dalla Consob nei riguardi dei promotori finanziari soggette ad un unitario procedimento amministrativo (nella fase dell'accertamento e della contestazione), le stesse avrebbero dovuto sottoporsi ad un unico organo giurisdizionale.

³⁹ A tale tesi ha aderito anche la Corte d'Appello di Napoli, che, chiamata a decidere su un'opposizione ad una sanzione amministrativa pecuniaria, ex art. 195 t.u.f., ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, a favore del giudice amministrativo, riconoscendo implicitamente che l'attività sanzionatoria dovesse essere ricondotta nell'alveo della funzione di vigilanza della Consob. Cfr. Corte d'Appello di Napoli, Sez. I, 5 luglio 2001, citata da PAVIOTTI, *Le sanzioni amministrative della CONSOB: procedura di irrogazione e controllo giudiziario*, 2002, reperibile in www.dirittoefinanza.it.

⁴⁰ Addirittura, secondo un'opinione, l'art. 4 della citata l. n. 205/2000, qualificando per la prima volta le Autorità Indipendenti come "amministrative" avrebbe confermato che gli atti da esse emanati sono impugnabili e sottoposti, in linea di massima, alla giurisdizione del giudice amministrativo. Da altro punto di vista, si faceva notare la natura processuale della norma, che, prevedendo un processo amministrativo accelerato in taluni settori, non si occupava del riparto di giurisdizione, ma, semplicemente, lo presupponeva. Per un ricostruzione del dibattito in questione, si veda CORRADINO, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007.

⁴¹ La norma citata prevede che alle sanzioni applicabili ai promotori finanziari, si applichino le disposizioni contenute nella l. n. 689 del 1981, ad eccezione dell'art. 16.

⁴² Cass. S. U., 24 gennaio 2005, n. 1362; cfr. anche Id., sent. 18 marzo 2004, n. 5535; Id., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Foro It.*, 2004, I, pp. 1781.

A sostegno di tale posizione pure il fatto che l'art. 98 del d.lgs. n. 507 del 1999, introducendo l'art. 22 *bis* nella legge n. 689/1981, ha assegnato alla giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie relative alle sanzioni amministrative diverse da quelle pecuniarie ⁴³.

Successivamente, si è fatto affidamento anche sulla circostanza che la legge n. 262/2005, in materia di tutela del risparmio, pur devolvendo al Tar Lazio la cognizione avverso gli atti adottati dalla Consob, dall'Isvap, dalla Covip e dall'Antitrust (art. 24, comma 5), facesse espressamente salva la disposizione dell'art. 195 del TUF, nella parte in cui attribuiva alla Corte di Appello la competenza a conoscere dell'impugnazione avverso i provvedimenti sanzionatori della Consob di cui agli articoli da 187 *quinquiesdecies* a 194 del TUF ^{44 45}.

Sul piano sostanziale, poi, si è sempre fondata la giurisdizione del giudice ordinario sull'assenza di discrezionalità amministrativa nell'attività di irrogazione della sanzione.

È questo un tema particolarmente complesso e ancora dibattuto. Occorre, infatti, tener presente che ad essere controversa non era (e non è) solo la natura giuridica dei poteri sanzionatori delle Autorità Indipendenti, tra le quali rientra la Consob, ma anche quella dei poteri autorizzatori, di sospensione e di revoca, dato che si tratta di soggetti non deputati alla cura di interessi pubblici specifici. In pratica, il *modus agendi* di tali istituzioni non mirerebbe al raggiungimento di un preciso obiettivo di pubblico interesse, essendo finalizzato ad assicurare il più generale equilibrio del sistema e il rispetto dei valori costituzionali ⁴⁶. Dunque, partendo dal pre-

⁴³ Cfr. Cass. S.U., 11 luglio 2001, n. 9383, pronunciata a conclusione di un giudizio incardinato anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 205/2000, in *Foro It.*, 2001, I, 345, con nota di DE MARI e SPADA, *Orientamenti in tema di intermediari e promotori finanziari*. La Corte ha fondato il proprio orientamento sul rinvio operato dall'art. 196, co. 3, t.u.f. alla legge n. 689/1981 nonché su di un criterio ermeneutico *a contrario*, che, avvalendosi dell'espressa esclusione dell'art. 16 l. n. 689/1981 dall'ambito del menzionato rinvio, comporterebbe l'applicazione di tutte le altre disposizioni della legge generale della depenalizzazione, ivi compresa quella che devolve all'autorità giurisdizionale ordinaria l'opposizione avverso le sanzioni in materia di intermediari finanziari (art. 22 *bis*, co. 2, lett. f).

⁴⁴ Sulla problematica relativa all'individuazione della giurisdizione competente a conoscere dei provvedimenti sanzionatori della Consob non ricompresi nell'alveo dell'art. 195 t.u.f., vale a dire quelli in materia di *market abuse* (art. 187 *septies* del t.u.f.) e di promotori finanziari (art. 196 t.u.f.), all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 262/2005, si veda FAVA e FRATINI, *Sanzioni Consob e giurisdizione dopo la legge "sul risparmio"*, in *Rass. Avv. Stato*, 2/2006.

⁴⁵ Il co. 5 è stato poi abrogato dall'art. 4, co. 1 n. 35, dell'allegato 4 al d.lgs. n. 104/2010.

⁴⁶ Per una ricostruzione, in generale, sulle teoriche relative alla discrezionalità e alle Autorità Indipendenti cfr. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità*, in *Dir. amm.*,

supposto che l'attività provvedimentale si traduce nella cura di interessi pubblici, attraverso la ponderazione dei diversi interessi in gioco, cioè attraverso scelte discrezionali ⁴⁷, dovrebbe escludersi che gli atti delle *Authorities* assumano valenza di provvedimenti discrezionali.

A tali argomenti, si è sempre risposto che gli atti in esame, pur non essendo espressione di discrezionalità pura, sono adottati nell'esercizio di un potere autoritativo, esigono l'osservanza da parte dei destinatari e legittimano la Pubblica Amministrazione ad utilizzare strumenti di coazione. Tali atti assolvono, inoltre, l'importante funzione di incanalare le attività dei privati nei binari della lealtà, correttezza ed onestà nello svolgimento degli affari. Si tratterebbe, in definitiva, di situazioni nelle quali emerge pur sempre la logica del potere autoritativo ⁴⁸. Da ciò, dovrebbe derivare la loro equiparazione ai provvedimenti amministrativi, non solo sotto il profilo del rispetto delle regole procedurali e formali, ma anche sotto quello della tutela giurisdizionale ⁴⁹.

Inoltre, all'affermazione secondo cui l'Autorità – nel caso di specie, la Consob – potrebbe solamente apprezzare la gravità della violazione, senza che residui spazio per scelte di opportunità neppure in ordine all'avvio o meno del procedimento ⁵⁰, si è ribattuto, a più riprese,

2002, p. 181 ss., che mette in luce come il potere, indipendentemente dal fatto che sia o meno vincolato, è pur sempre un potere. Diversamente, ritiene che il potere esercitato dalle *Authorities* sia privo dei caratteri della discrezionalità c.d. pura e debba, invece, rientrare nell'ambito dei c.d. poteri a discrezionalità tecnica, CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, p. 368.

⁴⁷ Cfr. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

⁴⁸ ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 473. Sul potere in generale si veda, da ultimo, la riflessione di MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2012. Per quanto concerne specificamente l'esercizio del potere discrezionale da parte della Consob, si consideri che per GIANNINI, *Consob*, in FLICK, a cura di, *Consob. L'istituzione*, cit., p. 60, si trattava di "un problema gratuito perché l'ente reggente di settore non può agire che discrezionalmente: altrimenti non avrebbe lo strumento tecnico per reggere il settore". Con riferimento all'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, cfr. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998 e POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

⁴⁹ GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Lavis (Tn), 2011, p. 220.

⁵⁰ Sussisterebbe il principio di doverosità, in applicazione dei canoni di imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione; l'unica forma possibile di decisione sarebbe l'archiviazione, ovvero la non applicazione della sanzione.

– anche prima dell’entrata in vigore del Codice del processo – che il giudice amministrativo non dovrebbe occuparsi solo dell’esercizio del potere discrezionale, ma – in generale – del potere pubblico autoritativo esercitato *secundum legem*, dovendo prendere in esame la sequenza norma-potere-effetto ⁵¹; non sarebbe, infatti, condivisibile l’assunto per cui i rigidi limiti posti all’attività sanzionatoria siano tali da escludere la sussistenza del pubblico potere ⁵².

Infine, per affermare l’opportunità di assegnare al giudice amministrativo la giurisdizione sulle sanzioni delle Autorità Indipendenti, parte della dottrina ha sottolineato l’importanza della distinzione tra le relazioni giuridiche di tipo orizzontale e i rapporti di tipo verticale, intercorrenti tra soggetti privati esercenti il diritto d’impresa (regolati) ed una o più Amministrazioni Pubbliche titolari di poteri amministrativi in senso proprio (regolatori), precisando che ai rapporti del secondo tipo sarebbe più consona la giurisdizione del giudice amministrativo, mentre il giudice ordinario sarebbe quello più adatto a risolvere le controversie relative a soggetti privati posti in concorrenza tra loro ⁵³.

Tuttavia, la prevalente giurisprudenza, prima dell’entrata in vigore del Codice del processo, ha continuato a considerare decisivo l’argomento dell’assenza di discrezionalità, perseverando nel ritenere sufficiente, ai fini dell’applicazione delle sanzioni da parte della Consob, la sola indagine sull’entità della lesione o dell’esposizione a pericolo dei beni protetti ⁵⁴.

⁵¹ Addirittura, non si esclude che il giudice amministrativo sia chiamato ad esaminare anche il rapporto norma-fatto, come avviene proprio rispetto all’irrogazione di alcune sanzioni pecuniarie. Cfr. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 298 ss; MINICHINI, *La tutela giustiziale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti e l’azione di responsabilità extracontrattuale per omesso o ritardo d’esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo ad esse demandate*, in *Dir. e proc. amm.*, 2/2012, p. 788.

⁵² Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 8, in *Foro amm. CDS*, 9/2007, 2424.

⁵³ Ad esempio, SCARSELLI, *Unità e riparto della giurisdizione nel controllo sui provvedimenti delle autorità garanti*, in *Foro It.*, 5/2002, p. 141 ss., sottolinea come il giudice ordinario sia il giudice più adatto a vigilare sui rapporti interprivati, frutto in massima parte dell’autonomia negoziale.

⁵⁴ Cfr., *ex multis*, Tar Lazio, sez. I, 15 febbraio 2006, n. 1110, in *Giur. It.*, 2006, 1301; Cass. S.U., 11 febbraio 2003, n. 1992, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, 304, secondo cui “la scelta della sanzione applicabile deve essere effettuata in base alla gravità della violazione e tenuto conto dell’eventuale recidiva, dunque sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa”.

3. Il nuovo assetto disegnato dal Codice del processo: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il d.lgs. n. 104/2010 ha provato ad affermare l'egemonia della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in un campo di fondamentale rilevanza per il sistema economico ⁵⁵. In particolare, la lett. D) dell'articolo 133, comma 1, ha esteso il raggio della giurisdizione esclusiva ai provvedimenti sanzionatori di tutte le Authorities realizzando una tra le novità sostanziali di maggior rilievo ⁵⁶.

Desideroso di azzerare la confusione in materia di giurisdizione sulle sanzioni, probabilmente, il codificatore ha optato per il giudice amministrativo, perché fornito degli strumenti per apprezzare adeguatamente tutti gli interessi in gioco sul mercato ⁵⁷.

La scelta del Codice appariva, inoltre, pienamente coerente rispetto alla generale tendenza a far confluire il grande contenzioso economico all'interno della giurisdizione amministrativa ⁵⁸. Basti riflettere sulla circostanza che il giudice amministrativo è attualmente incaricato di risolvere un numero sempre maggiore di controversie tra Pubbliche Amministrazioni ed imprese e tra imprese in concorrenza tra loro ⁵⁹. In proposito, attenta dottrina ⁶⁰ ha sottolineato come l'importanza assunta dal contenzioso amministrativo sia la risultante del moltiplicarsi dei rapporti tra pubblici poteri e sistema imprenditoriale e della loro crescente giuridificazione ⁶¹. In particolare, secondo tale opinione, il coinvolgimento

⁵⁵ CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm.*, 2003, p. 3113 ss.

⁵⁶ In tal senso, CHIEPPA, *Il codice*, cit.

⁵⁷ Cfr. NAPOLITANO e ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; per gli Autori non è sufficiente preoccuparsi di perfezionare i soli aspetti formali della decisione, ma occorre mettere i giudici nelle condizioni di valutare tutte le istanze degli *stakeholders*.

⁵⁸ Anche uno studioso rigoroso come ROMANO, già più di un decennio or sono, guardava con favore all'“*estensione del sindacato amministrativo sulle attività maggiormente rilevanti che l'amministrazione esplica, le quali abbiano importanza economica e, comunque, incidano sul mercato*”, cfr. *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 621.

⁵⁹ Cfr. GIACCHETTI, *Globalizzazione e giustizia amministrativa: due parallele destinate ad incontrarsi*, in *Cons. Stato*, 2/2001, p. 1357 ss.

⁶⁰ NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2011.

⁶¹ Di conseguenza, il buon funzionamento del sistema giurisdizionale diventa essenziale per il buon funzionamento del mercato. Cfr. FERRARI, *Garanzia e regolazione dei*

del giudice amministrativo sarebbe “naturale”, anche perché i motivi di doglianza concernono spesso il profilo formale dell’atto o le condizioni che legittimano l’esercizio del potere pubblico.

Anche la conferma del rito abbreviato – già previsto dalla legge Tar e oggi regolamentato dall’art. 119 c.p.a. – sembrava in armonia con le istanze di celerità proprie delle attività economiche, anche se non si era mancato di evidenziare che la presenza di vincoli temporali stringenti avrebbe potuto rappresentare un ostacolo all’effettiva tutela del cittadino ⁶².

Inoltre, le norme che estendevano l’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai provvedimenti sanzionatori delle Autorità sembravano rispettose delle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e delle Magistrature superiori in punto di giurisdizione. In particolare, parevano conformi alle note coordinate tracciate dalla Corte Costituzionale con la sentenza 204/2004, in forza della quale la giurisdizione amministrativa è strettamente connessa all’esercizio (o al mancato esercizio) del potere amministrativo.

In particolare, molti studiosi attribuivano alla Consob un vero e proprio potere a carattere tecnico-discrezionale, volto a colmare lo iato tra norma e fatto, dovuto all’opinabilità degli esiti connessi alla valutazione del fatto. Si affermava, infatti: “se è pur vero che il potere esercitato nell’applicazione della sanzione è un potere delimitato e parametrato alle norme primarie e secondarie nonché volto a determinare il *quantum* della sanzione, è altrettanto e ancor più vero che l’attività connessa all’adozione del provvedimento sanzionatorio non si esaurisce nella quantificazione della sanzione, ma, al contrario, presuppone l’esercizio di una complessa, prodromica attività istruttoria tesa all’accertamento delle infrazioni”, attività che prosegue con la contestazione delle irregolarità riscontrate e con l’analisi delle eventuali deduzioni formulate dal destinatario del provvedimento finale ⁶³.

mercati di fronte al sindacato dei giudici, in FERRARI, RAMAJOLI e SICA, a cura di, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 341 ss.

⁶² Già in ordine alla previgente disciplina, parte della dottrina aveva avanzato riserve; cfr., in particolare, TRAVI, *L’art. 23-bis della l. n. 1034 del 1971 fra disciplina particolare e rito speciale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 149 ss.

⁶³ FAVA e FRATINI, *Sanzioni*, cit., p. 364; gli Autori evidenziano anche come, soprattutto nella materia del *market abuse* e in merito alla trasparenza e correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati, “l’accertamento delle violazioni implica la valutazione di fatti a contenuto tecnico specialistico e necessita dell’impiego di *leges artis* di carattere specia-

Viceversa, proprio la Consob criticava le scelte operate dal legislatore del Codice, sottolineando come il modello della legge n. 689/1981, così come integrato dal d.lgs. n. 58/1998, avesse “già dato prova, negli anni, di essere un sistema di tutela giurisdizionale effettivo ed efficace”⁶⁴, proprio come richiesto dalla legge delega n. 69/2009. A parere della stessa Autorità, “il giudizio davanti alla Corte d’Appello competente per territorio, instaurato a seguito dell’opposizione alla delibera sanzionatoria della Consob, si svolge in tempi molto rapidi, tali da consentire, in media, la pubblicazione della decisione, da parte del giudice, tendenzialmente entro meno di un anno dalla notifica del ricorso alla Consob”. Nell’eventualità di un giudizio amministrativo, viceversa – sempre secondo la Consob – l’attesa per la decisione si sarebbe allungata, dato che, nonostante l’accelerazione dei tempi processuali, si sarebbe potuta ottenere, in tempi brevi (a volte anche brevissimi), solo una decisione incidentale di natura cautelare.

Inoltre, quale ulteriore profilo critico della modifica legislativa, si avvertiva che l’attribuzione al giudice amministrativo del sindacato sulle sanzioni comminate dalla Consob avrebbe inciso negativamente sulla funzione nomofilattica espletata dalla Corte di Cassazione, dato che quest’ultima, nel corso del processo amministrativo, può essere adita unicamente per questioni di giurisdizione. Dunque, il cambiamento avrebbe potuto comportare un’ingiustificata duplicazione delle interpretazioni fornite, degli stessi istituti, da parte del giudice ordinario⁶⁵.

Altra problematica – involgente non solo la Consob, ma tutte le Authorities – era (ed è) costituita dalla previsione del sindacato di meri-

listico, indispensabili per la decodificazione e l’applicazione della complessa disciplina di settore, ovvero ancora presuppone la verifica della capacità del fatto concreto di integrare gli elementi costitutivi della lesione di una clausola generale (quale, per l’appunto, quella alla trasparenza e alla correttezza dei comportamenti) dal contenuto opinabile, la cui perimetrazione è rimessa e riservata al prudente e competente apprezzamento dell’Autorità di vigilanza”.

⁶⁴ PROVIDENTI, *Audizione informale Consob – Senato della Repubblica Commissione Affari Costituzionali, Atto del governo sottoposto a parere parlamentare: schema di decreto legislativo recante “Delega al Governo per il riordino del processo amministrativo”*, reperibile su www.consob.it. In proposito, pare potersi legittimamente avanzare il dubbio che il *favor* per la giurisdizione ordinaria, piuttosto chiaramente manifestato dalla Consob, derivi dalla circostanza che la percentuale di accoglimento dei ricorsi avverso i provvedimenti della Consob da parte dei giudici civili sia praticamente irrisoria. Per un riscontro, si vedano i dati riportati in www.consob.it/documenti/Pubblicazione/Relazione.../ott07.pdf.

⁶⁵ Ha avanzato dubbi circa una probabile limitazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. TORANO, che, in *Prime riflessioni*, cit., p. 118, ha espresso perplessità anche in merito alla reale necessità della competenza territoriale inderogabile del Tar Lazio.

to sulle sanzioni pecuniarie (art. 134, lett. c), d.lgs. n. 104/2010) ⁶⁶. La soluzione, coerente con il sistema adoperato in sede comunitaria per il riesame delle misure *antitrust* adottate dalla Commissione europea, indurrebbe il giudice amministrativo ad operare un giudizio di sostenibilità economica in relazione ai presupposti e agli effetti della pronuncia. In altri termini, al giudice verrebbe chiesto di “amministrare” con gli strumenti dell’economista, effettuando una valutazione complessiva della capacità deterrente ed afflittiva della sanzione ⁶⁷.

Orbene, da un primo punto di vista, si è fatto notare come, nel 2010, il campo del “merito” sia stato ristretto alle sole sanzioni pecuniarie, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi all’Amministrazione nel caso di controversie vertenti su sanzioni interdittive, laddove, ai sensi dell’art. 23 l. n. 689/1981, in caso di accoglimento dell’opposizione, il giudice civile avrebbe potuto sempre annullare o modificare il provvedimento. Tale disparità di trattamento troverebbe una giustificazione nel fatto che la potestà sanzionatoria dell’Amministrazione non presenta caratteristiche unitarie ⁶⁸.

Da altra prospettiva, considerando la sanzione parte integrante della strategia regolatoria dell’Autorità emittente ⁶⁹, si è dubitato della legitti-

⁶⁶ La norma recita: “il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: (...) c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti”.

⁶⁷ In tal senso, NAPOLITANO, *Il grande contenzioso*, cit.; l’Autore assimila a tale ipotesi la valutazione spettante al giudice in ordine alla sorte del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione e l’accertamento che il giudice è chiamato ad operare in ordine alla lesione di interessi collettivi alla corretta erogazione di un servizio pubblico. Secondo altra parte della dottrina, invece, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, il giudice avrebbe semplicemente un potere di cognizione più ampio sui fatti e un potere di decisione più esteso, riconducibili, però, pur sempre al sindacato sui vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere). Per una ricostruzione del dibattito sulla portata della giurisdizione di merito, si veda TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012.

⁶⁸ PALIERO e TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 398.

⁶⁹ Cfr. E. BANI, *Il potere sanzionatorio, spunti per un’analisi unitaria*, Torino, 2000, per il quale “se è vero che il potere sanzionatorio è tutt’uno con quello di vigilanza e di regolazione, anche le forme di tutela contro l’esercizio dello stesso ne verranno influenzate. In particolare, più il potere sanzionatorio assumerà connotati di strumentalità alla vigilanza, tanto più si allontanerà dal modello esclusivamente afflittivo che è alla base della disciplina generale delle sanzioni amministrative dettata dalla legge 689/81 e pertanto richiederà adattamenti sempre più derogatori, anzi autonomi, rispetto a quella disciplina”.

mità di una tale disposizione, dato che, in materia di sanzioni, la Pubblica Amministrazione sarebbe così privata della riserva di valutazione e il giudice – viceversa – sarebbe abilitato a sindacare congruità ed esattezza del trattamento punitivo.

In effetti, la sostituzione del giudice all'Autorità amministrativa nella determinazione della sanzione potrebbe ritenersi un'ingiustificata "invasione" del potere giurisdizionale nell'attività amministrativa. Dunque, fermo restando il sindacato di legittimità anche in ordine alla proporzionalità e ragionevolezza della sanzione pecuniaria ⁷⁰, – secondo tale tesi – sarebbe opportuno escludere l'estensione al merito della giurisdizione amministrativa, in modo tale che, ove sia annullata la sanzione per sproporzione, competa all'Autorità rideterminare la stessa, sulla base delle statuizioni conformative contenute nella sentenza.

Peraltro, come sottolineato in dottrina, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, il concetto di merito è davvero "evanescente" ⁷¹; in particolare, partendo dal presupposto che l'attività è vincolata, non sarebbe proprio ipotizzabile un'area di convenienza ed opportunità. L'unico profilo attinente al "merito" potrebbe essere quello della determinazione in concreto della sanzione, sempre all'interno della forbice edittale prevista dalla legge e dei criteri da essa indicati ⁷².

4. La pronuncia di incostituzionalità dell'art. 133 lett. l) c.p.a.: 4.1 Il sindacato torna al giudice ordinario.

Come anticipato nella *Premessa*, non si è avuto il tempo di verificare se effettivamente il legislatore del Codice fosse riuscito nell'intento di

⁷⁰ Cfr. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

⁷¹ L'aggettivo è utilizzato da TORANO, *Prime*, cit.

⁷² Tuttavia, è bene tener presente che particolare rilevanza assume, in ambito comunitario, la tutela delle imprese destinatarie delle sanzioni pecuniarie. In particolare, una fondamentale garanzia a fronte del potere discrezionale della Commissione e delle Autorità Nazionali di Regolazione, è rappresentata proprio dal principio di proporzionalità della sanzione rispetto alle risultanze dell'istruttoria e dall'individualizzazione delle ammende. Il giudice europeo ha spesso annullato o ridotto l'entità della sanzione, rimproverando alla Commissione di non aver preso in adeguata considerazione la gravità dell'infrazione e di non aver valutato in maniera coerente ed obiettiva gli elementi in gioco. Sul punto, cfr. ex multis SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in MANGIAMELI, a cura di, *L'ordinamento comunitario. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006.

garantire una maggiore effettività alla tutela dei destinatari dei provvedimenti sanzionatori della Consob.

Infatti, la Corte d'Appello di Torino ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera D), 134, comma 1, lettera c), 135, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 104/2010, proprio *“nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva amministrativa in generale, e del T.A.R. Lazio – sede di Roma in specie”*, le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa. In particolare, – come detto – a parere dei giudici piemontesi, le norme citate sarebbero state in conflitto con gli artt. 3, 76, 103, comma primo, 113, comma primo, 111, commi secondo, settimo e ottavo, della Costituzione.

Nelle more della pronuncia costituzionale, qualche studioso ha mostrato di non condividere le argomentazioni contenute nell'ordinanza torinese, in considerazione del fatto che la natura soggettivamente ed oggettivamente amministrativa degli atti sanzionatori e, quindi, il loro carattere provvedimentale, avrebbe escluso in radice un problema di compatibilità costituzionale dell'art. 133 ⁷³.

Inoltre, il Tar Lazio ⁷⁴, pur consapevole della questione sub iudice, ha respinto un'analoga censura di illegittimità costituzionale, non rinvenendo alcun eccesso di delega e, quindi, alcun contrasto con l'art. 76 Cost.; infatti, a parere dei giudici capitolini, il legislatore delegato, con l'art. 133, co. 1, lett. D), aveva inteso radicare la giurisdizione esclusiva in ragione della stretta connessione tra potere di vigilanza, costituente già servizio pubblico nei settori di cui all'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, e potere sanzionatorio. In pratica, incardinando la giurisdizione esclusiva in tale ambito, il Codice avrebbe puntato a garantire la concentrazione degli strumenti di tutela e la ragionevole durata del processo, in linea con quanto espressamente richiesto dalla legge delega ⁷⁵.

⁷³ DE LISE, *Audizione Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti*, Roma, 6 aprile 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Tar Lazio, Sez. I, 9 maggio 2011, n. 3934, in www.federalismi.it. Cfr. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, Intervento svolto in data 11 maggio 2011 al convegno *“L'azione risarcitoria nei confronti delle PPAA. e l'eterno dibattito sulle giurisdizioni”* organizzato dalla Università degli Studi Roma Tre - Facoltà di Giurisprudenza, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 161.

Viceversa, la Consulta ha ritenuto pertinenti le perplessità espresse dai giudici piemontesi sul rispetto dell'art. 76 della Carta Costituzionale, dichiarando assorbite tutte le altre questioni sollevate ⁷⁶.

È appena il caso di ricordare che, in generale, nel delegare l'esercizio della funzione legislativa al Governo, il Parlamento dovrebbe individuare con esattezza i confini della materia e determinare i "principi e criteri direttivi", così che la delega sia esercitata sulla base ed all'interno delle norme di carattere generale e finalistico già stabilite dalle Camere ⁷⁷.

Ove investita della questione di legittimità costituzionale della delega, la Consulta verifica la presenza dei criteri direttivi e il loro rispetto da parte del legislatore delegato. Tali limiti sono considerati "norme interposte", poiché pongono criteri di validità cui, per volontà dei Costituenti, sono subordinati i decreti legislativi, al punto che una loro violazione comporta l'indiretta violazione della Costituzione ⁷⁸.

Nel nostro caso, l'art. 44, comma 2, lett. b) n. 1, della legge n. 69/2009 aveva affidato al Governo il compito di riordinare "le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni", imponendo che il "riassetto" del processo si adeguasse "alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori" e ai principi di snellezza, concentrazione ed effettività di tutela ⁷⁹.

Sul punto è da dire che, secondo alcuni studiosi ⁸⁰, eventuali contestazioni di eccesso di delega non avrebbero potuto fondarsi sulla mancanza, nella legge n. 69/2009, di criteri direttivi espressamente dedicati alla giurisdizione esclusiva, ma solo sull'eventuale violazione dei vincoli costituzionali. Tale posizione è stata condivisa dalla Consulta; in particolare, i giudici hanno ritenuto infondata la questione sulla natura generica ed indeterminata della delega, evidenziando che la stessa "risulta idonea

⁷⁶ La Corte ha, infatti, ribadito il principio della "pregiudizialità logico-giuridica" delle lagnanze riferite all'art. 76 Cost., perché relative al corretto esercizio della funzione legislativa.

⁷⁷ Sui caratteri della delega cfr., *ex multis*, MAZZIOTTI DI CELSO e SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova 2003, p. 110 e ss.

⁷⁸ In argomento, cfr. SICLARI, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992.

⁷⁹ Sulla portata innovativa dell'art. 44 della l. n. 69/2009 e sul rapporto con la disciplina del Codice, si veda PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giornale di diritto amm.*, 2010, p. 885.

⁸⁰ DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2010, p. 1136. *Contra*, PALLEGIANI, *Razionalizzati i casi di giurisdizione esclusiva*, in *Guida al diritto*, 33-34/2010, p. 59 ss.

a circoscrivere i pur necessari margini di discrezionalità del legislatore delegato”.

Peraltro, la Consulta ha ricordato che, nel caso in cui la delega ha ad oggetto la revisione, il riordino ed il riassetto di norme previgenti, soluzioni sostanzialmente innovative sono ammissibili soltanto nel caso in cui sono stabiliti “principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato”⁸¹.

Orbene, secondo una parte della dottrina, la delega concessa dall'art. 44 aveva solo il *nomen* di una delega di mero riordino, puntando in realtà alla risoluzione, in maniera innovativa, delle problematiche emerse in seno al processo amministrativo⁸². Anche nel corso del dibattito che ha accompagnato la gestazione del Codice, si era più volte sottolineato che, per perseguire la concentrazione degli strumenti di tutela giurisdizionale, il Governo avrebbe anche potuto assegnare al giudice amministrativo nuovi ambiti di controversie, purché attinenti all'esercizio o al mancato esercizio del potere amministrativo⁸³.

Viceversa, secondo la Corte, se è vero che la delega abilitava ad intervenire, oltre che sul processo amministrativo, sulle azioni e le funzioni del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni, il Governo non avrebbe dovuto spingersi al di là del riassetto della normativa in vigore.

Ciò non deve indurre a pensare che il legislatore delegato fosse del tutto privo di capacità innovativa; tuttavia, le novità, eventualmente introdotte, avrebbero potuto superare il vaglio di legittimità solo qualora strettamente funzionali al perseguimento dei fini di effettività e concentrazione della tutela.

In proposito, è da dire che proprio l'ambiguità dei limiti contenuti nella delega e il rischio di incorrere in censure di incostituzionalità avevano reso prudente il Governo, sconsigliandogli di estendere l'ambito della giurisdizione esclusiva a materie o profili diversi da quelli già in precedenza contemplati. In effetti, l'art. 133 ha catalogato i casi di giuri-

⁸¹ La Corte ha richiamato un proprio recente orientamento, cfr. Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in www.forumcostituzionale.it, con nota di GUAZZAROTTI. Gli stessi principi sono stati da ultimo ribaditi nella sentenza del 5 aprile 2012, n. 80, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

⁸² CLARICH e PISANESCHI, *Le sanzioni*, cit.

⁸³ In tal senso, DOMENICHELLI, *Intervento al Seminario su il libro I (disposizioni Generali) del Progetto di Codice del processo amministrativo*, Università di Padova 26 marzo 2010, in FABRI e FANTI, *Resoconto*, in www.giustamm.it, 2010.

sdizione esclusiva, tenendo conto della previgente disciplina e facendo salve ulteriori previsioni di legge. L'unica vera innovazione era rappresentata dalla lettera D), relativa a tutti i provvedimenti delle Autorità di regolazione e vigilanza.

Tuttavia, a parere della Consulta, proprio con la citata lettera D), il legislatore delegato avrebbe sovvertito l'assetto precedentemente delineato dalla giurisprudenza ⁸⁴.

In effetti, come anticipato, la Corte di Cassazione ⁸⁵ aveva affermato, in più occasioni, che la competenza a conoscere delle opposizioni avverso le sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spettasse al giudice ordinario, posto che le stesse sono applicate sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa. Anche il Consiglio di Stato aveva riconosciuto la sussistenza di precedenti decisioni della Cassazione nel senso della giurisdizione ordinaria, affermando – da ultimo – la giurisdizione del giudice amministrativo solo per effetto dell'insuperabile dato normativo di cui all'art. 133, comma 1, lett. D) del d.lgs. n. 104/2010. Inoltre, lo stesso supremo consesso amministrativo, prima dell'intervento normativo in esame, aveva aderito alla tesi della giurisdizione del giudice ordinario ⁸⁶.

Con ogni probabilità, la pronuncia della Corte Costituzionale non farà altro che alimentare il dibattito in materia ⁸⁷, dato che altra parte della

⁸⁴ Per un *excursus* sulle posizioni della giurisprudenza amministrativa e civile in ordine alla questione sollevata cfr. COMINO, *Sanzioni CONSOB: è in pericolo la giurisdizione amministrativa?*, in *Resp. civ. e prev.*, 9/2011, p. 1847.

⁸⁵ Corte di Cass. S.U., 22 luglio 2004, n. 13703, in *Le Società*, 1/2005, con commento di S. Rizzini Bisinelli; Cass. S.U., 11 febbraio 2003, n. 1992, citata; Cass. S.U., 11 luglio 2001, n. 9383, citata. Sulle posizioni assunte dalla Cassazione, cfr. CLARICH e CAMILLI, *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6/2007, p. 1158 ss.

⁸⁶ Cons. St., Sez. VI, 19 luglio 2011, n. 10287, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulle posizioni assunte dalla magistratura amministrativa precedentemente all'entrata in vigore del Codice, cfr. Cons. St., Sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474 e Cons. St., Sez. VI, 19 marzo 2002, n. 4148, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁷ Per CLARICH e PISANESCHI, *Le sanzioni*, cit., “il tema è (...) sicuramente meno lineare di quanto sembra emergere dalla sentenza della Corte costituzionale”, dato che, ad esempio, ancora si dibatte “se in materia di sanzioni amministrative il processo ha per oggetto l'atto che irroga la sanzione o direttamente il rapporto giuridico (pretesa creditoria e obbligazione pecuniaria), consentendo così al giudice una piena rivalutazione della fattispecie e la dequotazione di tutti i vizi formali del procedimento amministrativo (motivazione, contraddittorio, ecc.)”.

giurisprudenza continua a sostenere che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori sia coerente con i principi generali in materia di riparto di giurisdizione, nel presupposto che, costituendo estrinsecazione della funzione di vigilanza, i provvedimenti de quo incidano su posizioni di interesse legittimo⁸⁸.

Inoltre, secondo molti studiosi, la distinzione tra atti vincolati e atti discrezionali non assume rilievo decisivo ai fini del riparto di giurisdizione⁸⁹. Infatti, non è unanimemente condivisa la tesi secondo cui il riparto sarebbe basato sulla dicotomia attività discrezionale-interesse legittimo (con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo) ed attività vincolata-diritto soggettivo (con giurisdizione del giudice ordinario)⁹⁰. In definitiva, l'esercizio di un'attività vincolata come quella sanzionatoria della Consob, non escluderebbe il profilarsi di interessi legittimi in capo al privato. Si sostiene, infatti, che, mentre a fronte di un provvedimento frutto della discrezionalità della Pubblica Amministrazione si configura certamente un interesse legittimo, nel caso di potere vincolato, la posizione del privato potrebbe assumere connotazioni diverse. Infatti, quando il vincolo è posto a favore del privato, questi vanta un diritto soggettivo; viceversa, se il vincolo è funzionale al soddisfacimento di un interesse pubblico, la posizione del privato assume la consistenza di un interesse legittimo⁹¹. La stessa Corte Costituzionale, in un precedente neppure troppo risalente, ha definito privo di fondamento il postulato in base al quale, "di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondono situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per

⁸⁸ Cfr., Tar Lazio, Roma, Sez. I, 29 dicembre 2009, n. 13744, citata da S. PROVIDENTI, *Audizione informale Consob - Senato della Repubblica Commissione Affari Costituzionali, Atto del governo sottoposto a parere parlamentare: schema di decreto legislativo recante "Delega al Governo per il riordino del processo amministrativo"*, cit.

⁸⁹ In particolare, secondo la dottrina maggioritaria, l'autoritatività è in ogni caso incontestabile se la norma di relazione sancisce l'infungibilità dell'accertamento dei suoi presupposti, riservandolo all'Amministrazione. Cfr. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995.

⁹⁰ Per una sintesi degli orientamenti dottrinari sul punto, si veda CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, p. 983 ss.; su questi temi, cfr. anche FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, p. 24 ss. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299; Cons. St., Sez. VI, 18 marzo 1998, n. 231; Id., Sez. IV, sent. 10 marzo 1998, n. 394, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹¹ Cfr., *ex multis*, Tar Puglia-Lecce, Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 61, in *Foro amm. Tar*, 1/2009, 237; Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2007, n. 4284, in *Foro amm. CDS*, 7-8/2007, 2237.

converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi" ⁹².

In particolare, per quel concerne i provvedimenti sanzionatori della Consob, non può negarsi che essi costituiscano l'esito di un procedimento che mira ad accertare la sussistenza dei fatti violativi delle disposizioni normative e regolamentari poste a tutela della stabilità dei mercati e a salvaguardia degli interessi degli investitori. In altre parole, pur in presenza di un'infrazione al precetto, lo strumento repressivo adottato dall'*Authority* ha la principale funzione non già di colpire il responsabile della violazione, ma di curare lo specifico interesse pubblico assegnatogli dalla legge.

Inoltre, pur volendo sposare la tesi per cui in assenza di potere discrezionale si può far valere esclusivamente un diritto soggettivo, occorre considerare che, se è vero che normalmente l'interesse legittimo è l'elemento fondante della giurisdizione amministrativa ⁹³, è tuttavia possibile che il legislatore ordinario affidi al giudice amministrativo, in sede esclusiva, non soltanto le materie contraddistinte da un reticolo di diritti ed interessi legittimi, ma anche quelle caratterizzate dalla sola presenza di diritti soggettivi. In pratica, l'intreccio inestricabile di posizioni soggettive sarebbe un requisito solo "normalmente necessario" ⁹⁴, e dunque prescindibile, ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva.

Infine, non ci si può esimere dal considerare che, con l'entrata in vigore del Codice, la scelta della giurisdizione esclusiva, quale luogo "ideale" per dipanare il contenzioso economico-finanziario, emergeva, oltretutto dalla esaminata lett. d), anche dalla lett. c) dell'art. 133, comma 1. L'osservazione ⁹⁵, che, prima della pronuncia della Consulta, sembrava

⁹² Corte Cost., 16 aprile 1998, n. 127, in *Riv. giur. Edilizia*, 1/1998, 816.

⁹³ TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 54 ss.; occorre, comunque, tener presente che la rilevanza dell'interesse legittimo sul piano sostanziale e il suo rapporto con il diritto soggettivo sono ancora oggi molto controversi.

⁹⁴ L'espressione è utilizzata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 35 del 5 febbraio 2010 (reperibile in www.cortecostituzionale.it); con la citata pronuncia, è stata dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 90/2008 (convertito in legge con modificazioni dall'art. 1, co. 1, della l. n. 123/2008), che ha introdotto la giurisdizione esclusiva "per tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati". Si veda anche Corte Cost., 259 del 7 luglio 2010, in www.giurcost.org. Sul punto, in dottrina, SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giurisprudenza Cost.*, 1/2010.

⁹⁵ NAPOLITANO, *Il grande contenzioso*, cit.

concernere il solo profilo della tecnica legislativa, dimostra ora tutta la sua acutezza. In effetti, nella lett. c), il codificatore, seguendo un criterio oggettivo, ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle “controversie [...] afferenti alla vigilanza [...] sul mercato mobiliare”, ribadendo quanto statuito dall’art. 33, comma 1, d.lgs. n. 80/1998, come modificato dall’art. 7, l. n. 205/2000 e reinterpretedo alla luce della pronuncia della Consulta 204/2004.

Non è chiara la *ratio* sottesa a tale scelta, che introduce un ulteriore elemento di complessità nel dibattito. Si è ipotizzato (e subito negato) che il legislatore abbia inteso riferirsi ad atti riguardanti la vigilanza sul mercato mobiliare, non adottati né dalla Consob né dalla Banca d’Italia, di competenza di soggetti non annoverabili tra le *Authorities* ⁹⁶.

Nulla esclude, tuttavia, che potrebbe riproporsi l’annosa questione della riconducibilità o meno del potere sanzionatorio nell’alveo dell’attività di vigilanza sul mercato mobiliare, anche se pare – sinceramente – improbabile che oggi possa dedursi, automaticamente, dal disposto della lett. c) la giurisdizione del giudice amministrativo sulle sanzioni adottate dalla Consob.

In pratica, il dibattito tra chi considera adeguato l’intervento in materia del giudice ordinario e chi, invece, difende la competenza del giudice amministrativo non accenna a sopirsi ⁹⁷, anche perché, secondo molti studiosi, la scelta del giudice da parte del legislatore, in tale contesto, è scelta “di opportunità”, non dettata da ragioni strutturali ⁹⁸.

Non può, infatti, negarsi che, da un lato, la preferenza accordata dal legislatore alla giurisdizione ordinaria è stata, almeno inizialmente, una scelta di comodo, connessa alla depenalizzazione operata dalla legge

⁹⁶ Si è pensato, in particolare, ai provvedimenti di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta emanati dal Ministero dell’Economia, in caso di crisi degli intermediari, ex artt. 56 e 57 t.u.f. Tuttavia, già in passato, la giurisprudenza (Cons. St., Sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3712, in www.giustizia-amministrativa.it) ha ricondotto tale tipologia di atti alla stessa Autorità di vigilanza (Consob o Banca d’Italia) cui spetta il potere di iniziativa. Cfr. PERASSI, *Audizione del capo della consulenza legale della Banca d’Italia presso il Senato della Repubblica, Commissione Affari Costituzionali, Schema di decreto legislativo in attuazione della delega al riordino del processo amministrativo*, 20 maggio 2010, in www.bancaditalia.it.

⁹⁷ Si veda, in proposito, PAJNO, *Il giudice*, cit., p. 651.

⁹⁸ Si consideri anche che, attualmente, dovendo garantire l’applicazione coerente ed omogenea del diritto comunitario, soprattutto nel settore della regolamentazione economica, quale che sia il giudice designato, questi dovrà essere tutore della conformità della disciplina nazionale a quella comunitaria.

n. 689/1981: il giudice civile era il più contiguo a quello penale, precedentemente competente. Inoltre, il giudice ordinario è stato storicamente preferito, in ragione della originaria derivazione del Consiglio di Stato dalla Pubblica Amministrazione e, dunque, per assoggettare l'operato delle Autorità ad un sindacato meno accondiscendente e deferente⁹⁹ di quanto sarebbe stato, presumibilmente, quello del giudice amministrativo¹⁰⁰.

Dall'altro lato, nel momento in cui attribuiva la giurisdizione ai Tar, il legislatore auspicava che questi garantissero che le Autorità Indipendenti, nel dettare agli altri le regole del loro operare, rispettassero a loro volta "le regole preordinate al retto ed appropriato svolgimento della loro funzione"¹⁰¹. Infine, secondo un'opinione, la scelta di un giudice come quello amministrativo, ontologicamente più creativo di quello civile, tradizionalmente ancorato ad interpretazioni letterali, sarebbe stata dettata – oggi come in passato – dalla circostanza che le relazioni economiche e le situazioni di mercato sono soggette ad evoluzioni così rapide che qualunque indugio della macchina giudiziaria rischierebbe di compromettere la soddisfazione degli interessi pubblici e privati in gioco¹⁰².

4.2 Le possibili ripercussioni sulle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti delle altre Autorità Indipendenti.

Potrebbe essere interessante chiedersi se la secca bocciatura della Corte Costituzionale avrà delle ricadute sulle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti delle Autorità diverse dalla Consob, individuate dallo stesso art. 133, comma 1, lett. D) c.p.a.

⁹⁹ *Contra*, NIGRO, *Sanzioni della Consob e giurisdizione*, *Dir. banc.*, 1/2012, p. 139, secondo cui "è accaduto che il giudice di merito (in particolare, la Corte d'Appello di Roma) molto spesso (per non dire quasi sempre) si sia 'trincerato' dietro quelli che venivano definiti come 'gli accurati accertamenti effettuati dall'organo di vigilanza', rifiutandosi a priori di vagliarne – come avrebbe potuto e dovuto – l'attendibilità, la completezza, la congruenza, ecc. e pervenendo al rigetto dell'opposizione con motivazioni sovente solo apparenti, in quanto fondate su petizioni di principio".

¹⁰⁰ Cfr. DURANTE, *Presunzione relativa di accountability della CONSOB in assenza di un giudice specializzato?*, in www.ambientediritto.it, che riporta, tra l'altro, alcuni interventi al Convegno "Responsabilità della Pubblica Amministrazione e Giurisdizione ordinaria", tenutosi a Roma, presso la Corte di Cassazione il 18 maggio 2004.

¹⁰¹ Tar Lazio-Roma, Sez. I, 10 aprile 2002, n. 3070, in www.lineadiritto.it; cfr. anche DURANTE, *Presunzione*, cit.

¹⁰² Cfr. CLARICH, *La giurisdizione*, cit., p. 3153.

In realtà, il 14 settembre 2012 è stato emanato il decreto legislativo n. 160, di modifica del Codice del processo, in attuazione dell'art. 44, comma 4, della legge n. 69/2009¹⁰³, che, tra le altre cose, procede ad adeguare formalmente il disposto del Codice alla pronuncia della Corte Costituzionale, limitandosi a riportare al giudice ordinario la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob.

In effetti, le statuizioni della Corte sembrano attagliarsi esclusivamente alla Consob, per una serie di ragioni. In primo luogo, secondo l'art. 27 della legge n. 87 del 1953, la Consulta, “quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime”. Nell'ipotesi in cui, superando il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la Corte intenda estendere gli effetti della sua pronuncia, ai sensi dello stesso art. 27, è tenuta a specificare, altresì, “quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata”. Ebbene, nel caso di specie, nessun esplicito riferimento si legge nel testo della sentenza¹⁰⁴, che – come detto – si limita a dichiarare illegittimo anche l'impugnato articolo 4 dell'allegato 4 del Codice, nella

¹⁰³ L'articolo 44, co. 4, l. n. 69 del 2009, prevede: “Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originari decreti”.

¹⁰⁴ Peraltro, occorre considerare che tale norma è stata inserita allo scopo di evitare che una legge resti in vigore “quando un'altra, che ne costituisce il necessario presupposto e fondamento, sia dichiarata illegittima” (come si legge nella relazione illustrativa della legge n. 87 del 1953). La cd. la dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale è utilizzata dalla Corte nel caso in cui una disposizione non impugnata concorra, unitamente a quella impugnata, a produrre l'effetto incostituzionale oppure nell'ipotesi in cui una disposizione contenga la stessa espressione ritenuta incostituzionale o faccia espresso riferimento alla disposizione impugnata o, ancora, nell'eventualità in cui la disposizione si presenti come strumentale o comunque strettamente connessa alla regola sostanziale dichiarata illegittima oppure quando, applicando la *ratio decidendi* della decisione di incostituzionalità, si giunga all'accertamento dell'illegittimità costituzionale di una disposizione diversa da quella impugnata dal giudice, ma ritenuta dalla Corte analoga o simile e, dunque, affetta dallo stesso vizio di costituzionalità. Cfr., in proposito, BELLOCCI e GIOVANNETTI, a cura di, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2010. In argomento, cfr. anche A. Cerri, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 1997.

parte in cui abroga le disposizioni del d.lgs. n. 58/98 che prevedevano la competenza funzionale della Corte d'Appello ¹⁰⁵.

Sembra, tuttavia, che nemmeno il suesposto intervento normativo sia riuscito a sopire il dibattito sul tema. Autorevole dottrina ritiene inspiegabile che i provvedimenti sanzionatori adottati dalla Consob siano sottratti al giudice amministrativo, mentre restino di competenza di quest'ultimo quelli della Banca d'Italia e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ¹⁰⁶.

In effetti, sarebbe opportuno ristabilire un criterio di riparto della giurisdizione che sia comune a tutte le *Authorities*, dato che l'omogeneità delle regole porterebbe con sé un benefico effetto: quello di rendere più uniforme l'attività dei regolatori, nell'interesse delle imprese e dei consumatori. Sarebbe, quindi, auspicabile percorrere la via dell'omologazione tra le Autorità, già seguita – ad esempio – per le Autorità cd. finanziarie dalla legge sul risparmio (l. n. 262/2005), attraverso l'introduzione di nuove forme di coordinamento e di regole comuni per l'adozione dei provvedimenti amministrativi e degli atti di regolazione ¹⁰⁷.

Tuttavia, da un lato, non può negarsi che le Autorità non sono state istituite contemporaneamente ed in esecuzione di un preciso disegno: si tratta, infatti, di istituzioni concepite sulla spinta di una generale esigenza di indipendenza, neutralità e competenza, che, però, si è diversamente atteggiata a seconda del momento storico e delle specifiche ed eterogenee questioni da risolvere ¹⁰⁸. Del resto, si parla, in proposito,

¹⁰⁵ Non è stato, invece, fatto cenno al numero 35) dell'art. 4 dell'allegato 4 al Codice, che abroga l'art. 24 co. 5 della l. n. 262/2005; orbene, considerando la *ratio* della pronuncia in commento, dovrebbe considerarsi illegittima anche tale previsione, dato che il citato art. 24, pur devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie in merito ai provvedimenti della Consob, faceva salvo il sindacato della Corte d'Appello sui provvedimenti sanzionatori della stessa Autorità, ai sensi dell'art. 195 del d.lgs. n. 58/98.

¹⁰⁶ MERUSI, *A volte ritornano... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2012, si chiede: "cosa vogliono dire tali ermetiche affermazioni aggiunte nel 'correttivo' dai vecchi credenti del Tesoro?". Lo stesso Autore si mostra addirittura dubbioso sul fatto che, abrogando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei confronti della Consob, torni in vigore la giurisdizione speciale della Corte d'Appello e non quella generale del giudice ordinario per le sanzioni amministrative e del giudice amministrativo per i provvedimenti dai quali non nasce un'obbligazione.

¹⁰⁷ Così CLARICH, voce *Autorità di vigilanza*, cit., p. 162.

¹⁰⁸ In proposito, si tenga presente che parte della dottrina ha espresso perplessità sull'opportunità di una generale disciplina in materia di Autorità Indipendenti, anche

di un fenomeno giuridico spontaneo ¹⁰⁹ più che di un istituto vero e proprio, mancando una disciplina organica, che sia idonea a definire un modello unitario di Autorità Indipendente ¹¹⁰.

Dall'altro lato, bisogna tener conto del fatto che la legge delega – come detto – invitava il Governo a riordinare la disciplina, non discostandosi dalle posizioni assunte dalla Corte di Cassazione. Ebbene, bisognerebbe individuare l'orientamento giurisprudenziale prevalente in ordine al riparto di giurisdizione in merito ai provvedimenti sanzionatori delle diverse Autorità. In particolare, si potrebbe dubitare della permanenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori di Bankitalia, se si considera che (escludendo il Garante della *Privacy*), prima dell'entrata in vigore del Codice, gli unici provvedimenti delle Autorità Indipendenti sindacabili dal giudice ordinario erano proprio quelli sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob ¹¹¹. Dunque, nell'ipotesi in cui venisse sollevato incidente di costituzionalità in relazione all'art. 133 lett. l), nella parte relativa ai provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, la Consulta potrebbe richiamare la pronuncia ora analizzata per estendere la declaratoria di incostituzionalità a tale settore ¹¹².

perché l'introduzione di una legge generale potrebbe trasformare un modello di amministrazione in qualche modo "speciale" in un modello alternativo a quello tradizionale. Cfr. PAJNO, *Il giudice delle Autorità indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2004; anche GAROFOLI, in GAROFOLI, CARINGELLA, SEMPREVIVA, *Accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2007, ha sottolineato "l'erroneità degli approcci dogmatici volti ad assoggettare tale fenomeno, senz'altro innovativo e dirompente, ad un processo ricostruttivo refrattario allo sforzo di cogliere le differenze, spesso profonde, che i diversi organismi presentano sotto il profilo genetico, strutturale e operativo".

¹⁰⁹ AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.

¹¹⁰ Cfr., *ex multis*, SCOCA, *I modelli amministrativi*, in *Dir. amm.*, Bologna, 1998, p. 583 ss.; CORRADINO, *Il diritto amministrativo*, cit.

¹¹¹ Cfr., in proposito, FANTINI, *Riparto di giurisdizione e poteri di regolazione e di vigilanza delle Autorità indipendenti*, Relazione tenuta al Convegno su "Potere, mercato e giudice amministrativo nella Costituzione", organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dal Dipartimento di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Tor Vergata, Roma, 18 novembre 2011, in www.giustamm.it, 2011.

¹¹² In proposito, commentando l'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale da parte della Corte d'appello di Torino, si è fatto notare che lo strumento delle sanzioni pecuniarie ha assunto un ruolo importante, soprattutto in conseguenza della recente modifica del T.U. bancario in punto di trasparenza delle relazioni banca-cliente, nell'ambito della quale la sanzione pecuniaria si pone come alternativa ai tradizionali rimedi civilistici. Cfr. NIGRO, *Sanzioni*, cit., p. 137.

Viceversa, nessun dubbio potrebbe sorgere per quanto concerne l'Autorità garante della concorrenza e del mercato: non può, infatti, negarsi che la Corte di Cassazione¹¹³ abbia ritenuto irrazionale attribuire il sindacato sulla vigilanza al giudice amministrativo e la cognizione in ordine al corretto esercizio del potere sanzionatorio al giudice ordinario. Anche la dottrina prevalente ha affermato che le controversie in merito alle decisioni dell'Antitrust, assimilabili ai provvedimenti autoritativi propri di ogni Pubblica Amministrazione¹¹⁴, dovrebbero essere devolute al giudice amministrativo, perché dotato di maggiore esperienza e della sensibilità necessaria¹¹⁵.

Infine, non si può ignorare che anche gli studiosi più critici in ordine alle recenti trasformazioni della giustizia amministrativa abbiano individuato valide ragioni a sostegno dell'estensione del sindacato giurisdizionale amministrativo – in generale – “sulle attività maggiormente rilevanti che l'amministrazione esplica, le quali abbiano importanza economica e, comunque, incidano sul mercato”¹¹⁶. In proposito, non sembra fuori luogo neppure richiamare l'art. 133, comma 1, lett. z) c.p.a., che, ereditando il disposto della legge n. 280/2003¹¹⁷, attribuisce al giudice amministrativo, in via esclusiva, le controversie relative ai provvedimenti emanati dal Coni e dalle Federazioni sportive. È, in effetti, palese la gravidanza assunta dagli interessi economici nell'ambito delle principali discipline sportive, in particolare nel gioco del calcio¹¹⁸.

ANNALISA TRICARICO

¹¹³ Cass. S.U., 5 gennaio 1994, n. 52, più volte citata e mai disattesa.

¹¹⁴ Diversa sarebbe la situazione in uno scenario – ormai irrealistico – in cui la punizione degli illeciti in materia di *antitrust* fosse esclusivamente rimessa all'iniziativa dei privati interessati.

¹¹⁵ Cfr., *ex multis*, VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 739 e ss. Peraltro, autorevoli voci, prima dell'entrata in vigore del Codice del processo, proponevano la riconduzione di tutte le controversie in materia nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario. Si vedano, per tutti, GHIDINI e FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, p. 317 ss.; RESCIGNO, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: un rapporto difficile*, in *Le società*, 5/2001, p. 523 ss.

¹¹⁶ Così ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205/2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 621; cfr. anche GIACCHETTI, *Globalizzazione*, cit.

¹¹⁷ La legge, rubricata “Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva”, ha convertito il d.l. 19 agosto 2003, n. 220.

¹¹⁸ CLARICH, *La giurisdizione*, cit., p. 3141.