

Le sanzioni amministrative pecuniarie nelle attività finanziarie

Il 10 maggio 2012, presso la Facoltà di Economia della Sapienza, Università di Roma, si è tenuto un incontro di studio, organizzato dal Ce.di.b. e dalla rivista, sul tema delle “Sanzioni amministrative pecuniarie nelle attività finanziarie”. All’incontro, presieduto dal prof. Vittorio Santoro, dell’Università di Siena, sono intervenuti l’avv. Giuseppe Carriero della Banca d’Italia, il prof. Marcello Clarich dell’Università LUISS Guido Carli di Roma, il dott. Marco Fratini della Consob, l’avv. Enrico Galanti della Banca d’Italia, il prof. Umberto Morera dell’Università Tor Vergata di Roma, il prof. Alessandro Nigro della Sapienza Università di Roma, la prof.ssa Maria Alessandra Sandulli dell’Università di Roma Tre.

Ne pubblichiamo gli atti

Indirizzi di saluto

VITTORIO SANTORO

Tocca a me, come da programma, il coordinamento di questo intenso pomeriggio di lavoro, che si iscrive ormai in un appuntamento annuale diventato al terzo anno una consuetudine: gli incontri della rivista *Diritto della banca e del mercato finanziario*, per la cui organizzazione dobbiamo rendere merito alla solerzia del prof. Nigro.

Consentitemi di fare una riflessione iniziale, vale a dire che i temi proposti in questi primi tre anni di incontri sono legati tra di loro da un *fil-rouge*. Siamo partiti con il tema della crisi economico-finanziaria, poi, abbiamo parlato l’anno scorso del finanziamento delle imprese appunto in crisi; quest’anno discutiamo di sanzioni amministrative. Tale ultimo tema potrebbe sembrare ellittico rispetto ai due precedenti, ma io credo che si leghi a un aspetto della crisi, vale a dire il profilo della efficienza e dell’efficacia dell’azione dei regolatori, che in questo clima di crisi costituisce, a mio avviso, un aspetto importante. In ogni caso, tutti i temi proposti nei tre anni colgono problematiche molto vive nel dibattito giuridico.

Detto questo, non pongo altro tempo in mezzo: abbiamo di fronte, infatti, un programma intenso. Il prof. Nigro mi suggeriva di assegnare a ciascun relatore venti minuti di tempo, me ne scuso ma sarò costretto a essere severo con tutti nell'interesse ovviamente della buona riuscita di questa giornata di studio.

Nel ringraziare gli ascoltatori per la loro partecipazione, do senz'altro la parola al prof. Nigro per svolgere l'introduzione.

Introduzione

ALESSANDRO NIGRO

Il programma prevede una mia introduzione. Desidero rassicurare subito tutti: sarà – come nelle precedenti occasioni – una introduzione molto semplice e rapidissima, con poche battute ancora una volta di “ambientazione”.

Prima, però, i doverosi ringraziamenti del Centro Studi, della Rivista e miei personali. Ringraziamenti, innanzi tutto, alla casa editrice Pacini, il cui intervento è stato, come sempre, decisivo per la realizzazione dell'incontro. Ringraziamenti vanno, poi, alla Facoltà di economia che ci ospita ed al suo Preside. Ringraziamenti, ancora, sono dovuti a chi mi ha aiutato nell'organizzazione. Ringraziamenti vanno naturalmente ai relatori, tutti amici e colleghi valorosissimi, che hanno accettato di buon grado di partecipare all'iniziativa e dei quali avremo modo di apprezzare l'impegno. Ringraziamenti, infine, sono dovuti a chi è presente all'incontro, che certamente soddisferà in pieno tutte le aspettative.

Ho accennato a precedenti occasioni: devo quindi spiegare subito il perché di questo accenno, completando quanto già ricordato da Vittorio Santoro.

Qualche anno fa, nel ragionare con la casa editrice Pacini sulle iniziative che si potevano prendere per potenziare il ruolo della rivista *Diritto della banca e del mercato finanziario*, venne l'idea di organizzare – insieme con il Ce.di.b. – un incontro di studio su un tema di interesse della rivista medesima, anche nella prospettiva di ripetere l'iniziativa, negli anni successivi, su temi volta a volta diversi. La prospettiva si è concretizzata: al primo incontro, tenuto a Firenze nel marzo 2010, sul tema «*Crisi finanziaria: nuove regole per le banche?*», è seguito un incontro, nell'anno successivo sempre a marzo e sempre a Firenze, dal titolo «*Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione*». Segue, a distanza di un anno, l'in-

contro di oggi, caratterizzato da qualche variazione quanto al tempo (maggio e non marzo) e al luogo (Roma, anziché Firenze), ma rimasto immutato nello spirito e nella strutturazione, caratterizzata dalla concentrazione degli interventi dei relatori in una dimensione temporale circoscritta (con soddisfazione, crediamo, di tutti: di chi parla e di chi ascolta).

Siamo dunque alla terza tappa di un percorso più lungo, destinato – mi auguro – a proseguire nel tempo.

Qualche parola sul tema che è stato prescelto.

Non vi è dubbio che, specie negli ultimi tempi, lo strumento delle sanzioni amministrative pecuniarie abbia assunto un ruolo sempre più rilevante nella disciplina delle attività *lato sensu* finanziarie, quale designata dalle normative di settore o sub settore (quello bancario, quello dell'intermediazione mobiliare, quello assicurativo). Un ruolo sempre più rilevante anche in chiave di tutela di interessi diversi da quelli pubblici tradizionali: mi riferisco, per esempio, alla recente modifica del t.u. bancario in punto di trasparenza delle relazioni banca-cliente, in cui l'anello di chiusura del sistema, ispirato ad esigenze di protezione dei clienti, è rappresentato proprio dalle sanzioni pecuniarie come alternativa ai tradizionali rimedi civilistici.

Questa crescente rilevanza delle sanzioni amministrative, anche e proprio di quelle pecuniarie, trova conferma – se ve ne fosse bisogno – in ciò che la Commissione europea ha iniziato da qualche anno ad interessarsi del tema, rimasto fino a poco tempo fa sostanzialmente ignorato dalla normativa comunitaria.

Infatti, con una comunicazione del 2010, dal significativo titolo «*Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*», la Commissione ha previsto iniziative legislative dell'UE per fissare norme minime comuni in materia. Nel luglio del 2011, poi, la Commissione ha pubblicato una proposta di direttiva concernente, fra l'altro, la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento, uno dei cui elementi di novità è costituito proprio dall'introduzione di disposizioni sulle sanzioni, nell'assunto, come si dice espressamente, che «*Regimi sanzionatori efficaci, proporzionati e dissuasivi sono di fondamentale importanza per assicurare il rispetto delle norme UE in materia*». È il caso di sottolineare che in tale proposta proprio alle sanzioni pecuniarie viene assegnato un ruolo centrale, con la previsione di importi rilevantissimi (per le persone giuridiche fino al 10% del fatturato complessivo annuo; per le persone fisiche fino a 5 milioni di euro), di gran lunga più elevati – si può per inciso notare – di quelli contemplati nel nostro ordinamento.

Il tema dunque è, mi sembra di poter dire, di particolare importanza. Ma è anche particolarmente delicato.

Le discipline di sottosectore, per la parte che qui interessa, si presentano con caratteri di notevole sommarietà e prospettano, anche in relazione a questo, non poche e non secondari nodi problematici. Per esempio: il rapporto fra queste discipline specifiche e la disciplina generale fornita dalla l. n. 689 del 1981; la rispondenza delle fattispecie sanzionatorie previste dalle disposizioni di settore ai principi di legalità e tassatività; la piena rispondenza delle regole procedurali al principio del “giusto procedimento” (o forse sarebbe meglio dire del “giusto processo”, ai sensi dell’art. 111 Cost.); la sindacabilità da parte del giudice dell’opposizione degli accertamenti e delle valutazioni tecniche su cui si fondano le sanzioni; ecc. Nodi problematici che si sono nel tempo addirittura accresciuti: oggi, per esempio, è divenuto particolarmente “tormentato” – per effetto di recenti, singolari, scelte del nostro legislatore – il profilo della competenza giurisdizionale in materia.

Mi pare, dunque, che la scelta del tema delle sanzioni pecuniarie nel settore finanziario come argomento di riflessione e di dibattito sia ampiamente giustificata. Tanto più ove si consideri, da un lato, che la letteratura in argomento è decisamente scarsa; e, dall’altro, che il contributo della giurisprudenza è stato finora assai modesto, per non dire quasi nullo. Talvolta, anzi, questo contributo è stato addirittura controproducente: e mi riferisco all’autentico “pasticcio” creato recentemente dalle Sezioni Unite – v. le sentenze n. 20930, 20931, 20932, 20933, 20934 del 2009 – in punto di legittimazione all’opposizione da parte dei destinatari delle sanzioni ai sensi dell’art. 195 t.u.f.

Naturalmente e come sempre non ci si può attendere da un convegno, da un incontro di studio – per alta che sia la qualità dei relatori: e nel nostro caso è sicuramente altissima – la soluzione finale di tutti i problemi ed il definitivo dissolvimento di tutti i dubbi. È però importante che ci si avvii almeno sulla strada di un processo di chiarimento e approfondimento a tutto campo, che nel nostro caso risulta assolutamente indispensabile data la crescente importanza che questo segmento dell’ordinamento va assumendo. E su questo piano i risultati del nostro incontro saranno, io credo, di assoluto rilievo.

Sanzioni amministrative e disciplina delle attività finanziarie *

UMBERTO MORERA

1. Dichiaro subito sentimenti contrastanti nell'introdurre questo interessante incontro di studio.

Da un lato, debbo ammettere una certa familiarità con la materia delle sanzioni amministrative nel settore bancario e finanziario. Molto spesso, infatti, sono stato impegnato nella difesa giudiziaria dei soggetti sanzionati; e poi io stesso, avendo ricoperto (e ricoprendo) ruoli gestionali all'interno di intermediari, ho rischiato (e rischio) di subire sanzioni amministrative.

Dall'altro lato, confesso che mai prima d'ora mi ero fermato a riflettere a fondo sull'effettiva *funzione* delle sanzioni nel settore bancario e finanziario; sicché temo rischierete di ascoltare qualche pensiero ancora in formazione; e di ciò mi scuso in anticipo.

A mia parziale discolpa, posso soltanto invocare un concorso di colpa (*in eligendo*) di Alessandro Nigro; il quale, piuttosto inavvedutamente, ha pensato di coinvolgere me tra i ben più esperti relatori di oggi.

Dico anche che limiterò necessariamente il mio intervento (alla luce poi del ridotto tempo che mi è stato concesso, e che intendo rispettare) alle sole sanzioni amministrative pecuniarie previste dal t.u.f. e dal t.u.b. ove rilevano le potestà sanzionatorie della Banca d'Italia e della Consob.

Non tratterò pertanto le aree di competenza dell'ISVAP e della COVIP; né poi il settore delle sanzioni amministrative previste nell'ambito della peculiare disciplina antiriciclaggio.

2. Premesso questo, credo opportuno prendere le mosse del mio intervento rimarcando che il c.d. *mercato finanziario*, in cui si svolgono le attività finanziarie ed ove convergono i pertinenti flussi di ricchezza (risparmi, investimenti, frutti, crediti, ecc.), deve essere visto come luogo virtuale (o meglio: concettuale), ideato – ma soprattutto considerato e utilizzato – per “delimitare” quanto più possibile il campo d'azione di detti flussi di ricchezza: al fine principale di fornire confini precisi per una corretta e sicura applicazione delle regole di protezione dei soggetti che in quel mercato effettivamente agiscono (intermediari, risparmiatori, investitori).

* Ringrazio l'avv. Giuseppina Satta per gli stimoli e le intelligenti riflessioni che, nell'ambito di un costruttivo scambio di idee, hanno contribuito al formarsi di questa relazione.

Regolamentare in modo corretto e sicuro il funzionamento del mercato finanziario rappresenta peraltro esigenza imprescindibile al fine di tutelare in genere la stabilità e la credibilità del mercato stesso; anche poi per acquisire di conseguenza, nel suo ambito, sempre più consistenti quote di ricchezza.

Ciò detto, appare all'evidenza fondamentale: (i) assicurare la produzione di precise *regole* di condotta rivolte agli operatori che agiscono in detto mercato; (ii) assicurare un costante *controllo* sull'osservanza di dette regole; (iii) assicurare una concreta possibilità di *sanzionare* coloro che le violano.

Costituisce principio tanto ovvio quanto fondamentale quello per cui la forza di una regola si misura anche (se non principalmente) sull'effettività dell'irrogazione della sanzione conseguente alla sua violazione.

Tutta l'attività cui ho appena accennato risulta garantita dal nostro ordinamento, che affida alla Consob ed alla Banca d'Italia i tre fondamentali poteri: (a) di *regolamentazione* (c.d. vigilanza regolamentare); (b) di *vigilanza* (suddivisa, tipicamente, in vigilanza informativa ed ispettiva); (c) di *irrogazione delle sanzioni*. Poteri che ciascuna di dette autorità svolge in via "unitaria"; laddove invece, come noto, detti poteri vengono solitamente esercitati da soggetti diversi.

A ben vedere, allora, mi sembra che un'indagine sulle logiche sottostanti le potestà sanzionatorie di Consob e di Banca d'Italia non possa ignorare le altre, distinte, funzioni assegnate a dette autorità: appunto quella *regolamentare* e quella di *vigilanza*.

Il peculiare "accorpamento", in capo ad un unico soggetto (Consob o Banca d'Italia), dei tre poteri di *regolamentazione*, di *vigilanza* e di *irrogazione delle sanzioni* finisce in effetti per determinare che l'esercizio e la valutazione di ognuno di detti poteri non possa in un certo senso prescindere dall'esercizio e dalla valutazione (o, perlomeno, considerazione) degli altri due.

Non è un caso che taluno, riferendosi a detti tre poteri, abbia parlato di *espressione di una funzione unitariamente costruita*.

Se questo è vero, ecco allora che, nel settore finanziario, le sanzioni amministrative pecuniarie non potranno avere soltanto le tipiche e consuete funzioni *deterrente* ed *afflittiva*.

Avranno necessariamente anche una funzione diversa.

E la diversità, la peculiarità della funzione sanzionatoria sta tutta nel fatto che quest'ultima, per così dire, "completa" le funzioni di regolamentazione e di vigilanza.

Nel senso che, laddove le funzioni di regolamentazione e di vigilanza dovessero in ipotesi fallire (in quanto: (i) la regola non ha avuto di per sé

la forza di impedire la concreta violazione della stessa; (ii) la vigilanza – informativa o ispettiva – non è riuscita ad impedire la violazione), la terza funzione (quella sanzionatoria) non potrà in principio mai fallire: ove in effetti il soggetto che ha compiuto la violazione della regola subisce in ogni caso perlomeno la punizione (con poi valenza sia sul piano economico che su quello reputazionale). Dovendosi peraltro presumere che il soggetto sanzionato riprenderà ad operare nel più puntuale rispetto delle regole.

In un certo senso, quindi, il potere sanzionatorio esercitato dalle autorità nel settore finanziario si presenta come intimamente connesso a quelli di regolamentazione e di vigilanza, apparendo come una sorta di “proiezione” dei primi due; con funzione, appunto, non soltanto deterrente ed afflittiva.

E ciò – il punto mi sembra davvero fondamentale – a garanzia della piena *effettività* dell’attività (regolamentare e di vigilanza) svolta da quella stessa autorità chiamata poi (anche) a sanzionare.

A chiusura di questa parte del discorso, va necessariamente anche rilevato che il Legislatore, al fine di essere massimamente coerente con la suddetta impostazione e per conferire una forza ancor maggiore a detta logica “unitaria”, ha di recente rafforzato il sistema dei poteri di regolamentazione, di vigilanza e di irrogazione della sanzione: attribuendo oggi una potestà sanzionatoria piena e “diretta” in capo alla Banca d’Italia ed alla Consob (senza quindi l’intervento di altri soggetti).

È noto infatti che prima del recepimento della Direttiva 6/2003 sull’*abuso di mercato*, avvenuto nel 2005, le autorità di vigilanza in questione avevano soltanto un potere di *proposta* al M.E.F. per l’irrogazione della sanzione (artt. 145 t.u.b. e 195 t.u.f. con perlomeno formale suddivisione dei compiti tra *organo tecnico* da un lato (accertante la violazione e proponente l’applicazione della sanzione) ed *organo politico* dall’altro (irrogante la sanzione).

Ed è anche importante sottolineare come detto trasferimento del potere sanzionatorio dal M.E.F. alla Banca d’Italia ed alla Consob sia stato formalmente “bilanciato” dal nostro Legislatore attraverso l’introduzione, “a sistema”, di una serie di regole poste a garanzia dei soggetti destinatari dell’azione sanzionatoria.

In particolare, l’art. 24 l. 262/2005 ha espressamente previsto che i procedimenti sanzionatori (di entrambe le ridette autorità) debbano svolgersi nel rispetto dei principi: del *contraddittorio*; della *conoscenza degli atti istruttori*; della *verbalizzazione*; della *distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie* (e cfr. Delibera Consob 5 giugno 2005, n. 15131; Delibera Consob 21 giugno 2005, n. 15086; Provvedimento Banca d’Italia 27 giugno 2011).

3. Ciò detto in estrema sintesi sul piano generale dell'inquadramento della *funzione sanzionatoria* nell'ambito della (triplice) complessa funzione affidata alle autorità in questione, mi sembra utile passare adesso a verificare la *struttura* delle due discipline nell'ambito della quale è dettata la funzione sanzionatoria, rispettivamente di Banca d'Italia e di Consob.

Mi riferisco:

i) al t.u.b., ove tutta la materia sanzionatoria è unitariamente "raccolta" nel Titolo VIII, comprendente sia le sanzioni *penali* che quelle *amministrative*. Ove poi le sanzioni amministrative pecuniarie sono previste dagli artt. 133, 139, 140 e 144;

ii) al t.u.f., che invece mostra un'articolazione forse più organica, distinguendo nella Parte V:

a) le sanzioni penali (Titolo I);

b) l'abuso di informazioni privilegiate, le manipolazioni del mercato (Titolo I *bis*) e le connesse le sanzioni penali (Capo II) ed amministrative (Capo III);

c) le sanzioni amministrative (Titolo II).

Per quanto concerne il *procedimento* sanzionatorio, vi è una piena simmetria fra quanto previsto dal t.u.b. (art. 145) e quanto previsto dal t.u.f. (artt. 187-*septies* e 195); a parte la poco comprensibile duplicazione del medesimo schema procedurale in due differenti disposizioni (artt. 187-*septies* e 195 t.u.f.).

In estrema sintesi, il (comune) schema procedimentale sanzionatorio prevede: (i) una fase iniziale di *contestazione* degli addebiti ai (presunti) responsabili e all'intermediario, rappresentativa dell'apertura del procedimento sanzionatorio; (ii) una fase intermedia di istruzione e di contraddittorio tra l'autorità ed i (presunti) responsabili, i quali possono essere sentiti e possono produrre "controdeduzioni" a difesa; (iii) una fase finale decisoria, nell'ambito della quale l'autorità decide se applicare la sanzione, ovvero se archiviare il procedimento.

A tutti gli illeciti amministrativi, previsti sia dal t.u.f. che dal t.u.b., si applicano poi, in quanto compatibili e salvo diversa previsione, i principi e le disposizioni contenuti nella legge 689/1981, la quale, come noto, costituisce la normativa base in materia di sanzioni amministrative.

E cioè, principalmente: il principio di legalità (art. 1); il principio di personalità e colpevolezza dell'illecito (art. 3); il principio di non trasmissibilità dell'obbligazione agli eredi (art. 7); il principio di cumulo giuridico e materiale tra le sanzioni (art. 8).

Mentre invece alcuni profili, nel settore che interessa, sono trattati dal t.u.f. e dal t.u.b. con disposizioni del tutto peculiari rispetto alla l. 689/1981.

In particolare:

a) la pubblicazione generalizzata della sanzione (art. 187-*septies*, co. 3, t.u.f.; art. 195, co. 3, t.u.f.; art. 145, co. 3, t.u.b.);

b) l'*obbligo* (e non già il *diritto*, così come invece previsto dall'art. 6, l. 689/1981) dell'intermediario di *agire in regresso* nei confronti dei trasgressori per il recupero delle somme corrisposte (art. 195, co. 9, t.u.f.; art. 145, co. 10, t.u.b.);

c) l'*esclusione* del beneficio del *pagamento in misura ridotta* previsto dall'art. 16 l. 689/1981 (art. 145, co. 11, t.u.b.; artt. 188, 190, 191, 192-*ter*, 196 t.u.f.);

d) la discrezionalità più elevata nella determinazione della sanzione tra un *limite minimo* ed un *limite massimo* (laddove poi:

i) sussiste un considerevole divario tra la sanzione minima e quella massima, ben superiore al limite del *decuplo* previsto dall'art. 10 l. 689/1981;

ii) e risultano altresì applicabili non soltanto i criteri di cui all'art. 11 l. 689/1981, ma anche criteri ulteriori, specificatamente previsti da appositi provvedimenti emanati dalle autorità).

Il tempo corre e mi avvio alla conclusione.

4. Appurati i profili essenziali della disciplina delle sanzioni amministrative previste dal t.u.f. e dal t.u.b., sia in punto di *funzione*, che in punto di *disciplina*, credo utile in chiusura evidenziare alcuni profili che mi sembrano presentare ancora delle criticità, più o meno marcate.

4.1. Innanzitutto, permangono dubbi circa la conformità al *principio di legalità* del processo di delegificazione attuato in materia dal t.u.f. e dal t.u.b.

Come noto, l'art. 1, l. 689/1981 prevede la riserva di legge in materia di sanzioni amministrative.

Si tratta di riserva che discende chiaramente dall'art. 25, co. 2, Cost., il quale vieta l'applicazione di una sanzione punitiva se questa non è prevista da una *legge*; così implicitamente non riconoscendo alcuna potestà in materia sanzionatoria a fonti secondarie (quali, appunto, i Regolamenti o le Circolari della Consob e della Banca d'Italia).

Il che naturalmente non esclude certo l'etero-integrazione del precetto normativo da parte della normazione secondaria; a condizione tuttavia che il precetto stesso sia sufficientemente individuato dalla fonte primaria.

Sebbene sul punto i prevalenti orientamenti tendano a ritenere tale *modus procedendi* (delegificazione prima, ed etero-integrazione poi)

non soltanto *legittimo*, ma persino *inevitabile* (alla luce dell'eccessivo tecnicismo che impone la messa a fuoco delle singole condotte illecite), la mia personale impressione è che gli operatori di settore continuino a trovarsi in difficoltà nel ricomporre ad unità il coacervo normativo con cui quotidianamente sono chiamati a confrontarsi.

In quest'ottica, credo occorra riflettere sull'opportunità di elaborare un nuovo e più semplice assetto sanzionatorio, in cui le singole fattispecie siano definite in modo assolutamente preciso (anche poi nel rispetto dell'art. 4, co. 2, t.u.b.), possibilmente con l'ausilio di criteri di determinazione della sanzione meno *discrezionali* (quand'anche talvolta meno casuali) rispetto a quelli attuali.

4.2. Sotto diverso profilo, ho qualche dubbio sull'effettiva osservanza del principio del *contraddittorio* nei procedimenti sanzionatori instaurati dalla Consob e dalla Banca d'Italia. Come visto, dal 2005 è imposta una netta distinzione tra la fase *istruttoria* e la fase *decisoria*, senza tuttavia disciplinarne le modalità attuative; sicché tale aspetto è oggi regolato soltanto dalle disposizioni secondarie.

Senza qui voler entrare nel merito delle scelte amministrative adottate da ciascuna autorità, credo sufficiente rilevare che, nel momento di passaggio dalla fase istruttoria a quella decisoria, Consob e Banca d'Italia non sono tenute ad informare gli interessati della proposta di sanzione formulata dai competenti (sub)organi.

Sorge allora spontaneo il dubbio sull'effettivo rispetto del principio del contraddittorio; principio che, come risaputo, dovrebbe essere sempre garantito in ogni stato del procedimento e, dunque, anche nella fase finale (quella decisoria, appunto).

Il contraddittorio, di fatto, appare limitato alla sola fase *istruttoria* ed agli interessati è preclusa qualsiasi successiva difesa innanzi al (sub)organo cui è attribuita la decisione.

Le Sezioni Unite (Cass., 30 settembre 2009, n. 20935) si sono invero espresse al riguardo, affermando che fase istruttoria e fase decisoria rappresentano due momenti di un procedimento *unitario*; per cui nella fase decisoria non potrebbero trovare applicazione i principi del diritto di difesa, che vengono già garantiti nella precedente fase istruttoria.

Tale impostazione, oggi accolta da gran parte della dottrina, non mi sembra convincente.

Se infatti è vero che la reiterazione del contraddittorio nella fase decisoria potrebbe comportare un aggravamento del procedimento sanzionatorio a discapito dell'esigenza di celerità ed effettività dell'attività amministrativa, mi sembra altresì innegabile che la fase valutativa propria

del (sub)organo deputato alla determinazione della sanzione dovrebbe pur sempre consentire la replica (e quindi la difesa) dell'interessato in ordine alle *conclusioni* raggiunte dal distinto (sub)organo che ha invece curato la fase istruttoria.

4.3. Ad oggi manca poi una disciplina concernente la *devoluzione* delle somme ricavate dall'esecuzione delle sanzioni irrogate.

L'unica disposizione in punto mi sembra l'art. 27, l. 262/2005, in forza della quale il governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti per l'istituzione di un *Fondo di Garanzia per i risparmiatori e gli investitori* (d.lgs. n. 179/2007).

È ivi previsto che il finanziamento del Fondo avvenga esclusivamente con il versamento della *metà* degli importi delle sanzioni irrogate per la violazione delle norme di cui alla Parte II del t.u.f. (disciplina degli intermediari).

A mio avviso, la previsione avrebbe potuto essere ben più incisiva, disponendo una più mirata destinazione dei proventi delle sanzioni amministrative derivanti da tutte le infrazioni in materia finanziaria e bancaria (in materia assicurativa, l'art. 328 Codice delle assicurazioni (d.lgs. 209/2005) prevede espressamente il vincolo di destinazione delle somme riscosse dal pagamento delle sanzioni inflitte in applicazione degli articoli di cui al Capo IV, a favore della CONSAP per la gestione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada).

4.4. Un'ultima notazione.

Ai sensi dell'art. 187-*octies*, co. 6, t.u.f. in materia di *abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato*, è attribuito alla Consob, qualora sussistano elementi che facciano presumere l'esistenza di violazioni della relativa normativa, il potere di ordinare *in via cautelare* la cessazione della condotta (presunta) illecita.

Tale potere non risulta tuttavia attribuito in via generale alla Consob ed alla Banca d'Italia anche in relazione alle ulteriori fattispecie sottoposte al loro controllo.

Qualcuno ha criticato questa limitativa scelta di *policy*; suggerendo l'attribuzione di un più diffuso potere inibitorio in capo alla Consob ed alla Banca d'Italia.

Personalmente, non credo che detto potere inibitorio vada incoraggiato ed ampliato.

Se infatti è indubbio che, almeno in principio, l'attribuzione di un tale potere di ingiunzione cautelare potrebbe senz'altro rappresentare un efficace strumento di prevenzione nell'ottica di evitare "a monte" il

compimento della violazione a valle (con poi conseguente irrogazione di una sanzione), occorre tuttavia domandarsi se – in materia di *corrente* e *normale* attività (bancaria o finanziaria) – l’inibizione di attività (potenzialmente sanzionabili) sia davvero un bene, ovvero se non finisca per rappresentare un strumento eccessivo di regolamentazione. Con poi il rischio di applicazioni incontrollate.

Le sanzioni amministrative nel settore bancario *

ENRICO GALANTI

Ringrazio il prof. Nigro per avere pensato a me per questo intervento al quale potrei dare il sottotitolo *Cinque pezzi facili su sorvegliare e punire*, perché dividerò le mie considerazioni in cinque punti.

1. Storia.

Ritengo utile introdurre l’argomento con qualche *flash* storico ¹.

Iniziamo quindi dalla l.b. del 1926 che, inserendo per la prima volta nell’ordinamento lo strumentario degli istituti di vigilanza (capitale minimo, ROB, limite di fido, obblighi informativi, ecc.), a chiusura del sistema, prevede, che in caso di violazione delle sue disposizioni rilevata dalla Banca d’Italia che ne da comunicazione al Ministro, un potere di: “*provvedere, con proprio decreto, all’applicazione di pene pecuniarie*”, stabilite in cifra fissa ovvero in misura percentuale rispetto all’infrazione rilevata. È anche previsto che: “*Qualora la violazione delle norme predette rivesta, a giudizio insindacabile del Ministro, carattere di eccezionale gravità, può essere anche disposta la revoca dell’autorizzazione all’esercizio dell’azienda*”. Si è quindi di fronte ad una revoca-sanzione, mentre ancora non sono previste procedure di crisi speciali. Il modello non manca di tratti di tipo autoritario in sintonia con il clima del venten-

* Le opinioni espresse sono esclusivamente dell’autore e non impegnano l’istituto di appartenenza (Banca d’Italia)

¹ Per una più ampia ricostruzione storica della materia, cfr. CECI IAPICHINO, *Le sanzioni amministrative*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, Padova, 2008, p. 1421. per un’ampia trattazione in materia di sanzioni bancarie, cfr., di recente, BALDASSARRE, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di Fratini, Padova, 2011, p. 471 ss.

nio dato che: “*Contro l’applicazione delle sanzioni ... non è ammesso alcun gravame né in sede amministrativa, né in sede giudiziaria*”.

La l.b. del 1936-38, introducendo provvedimenti speciali di gestione delle crisi, li differenzia dalle sanzioni amministrative pecuniarie e, significativamente, colloca queste ultime nell’ambito delle “Sanzioni penali” (Tit. VIII) insieme ai reati veri e propri. A tale legge risale un’ampia delega di normativa secondaria alle autorità di controllo (contenuta nell’art. 32, che trova oggi corrispondenza nell’art. 52 t.u.b.) e, di conseguenza, la copertura tramite sanzione amministrativa pecuniaria non solo delle violazioni della legge primaria ma anche di tutte le disposizioni di normativa secondaria emanate dall’autorità di controllo in base alla legge stessa (art. 87, co. 1, lett. b).

Tale sistema verrà mantenuto nel t.u.b. ed è stato criticato da parte della dottrina che lo ha ritenuto non del tutto conforme ai principi di determinatezza e tassatività sanciti dalla l. n. 689/1981² ancorché la giurisprudenza l’abbia sempre ritenuto in linea con tali principi³. Essa tiene fermo lo schema procedimentale basato sull’istruttoria e la proposta dell’autorità tecnica (BdI) e la decisione di quella politica (decreto del Ministro del tesoro, su autorizzazione del CICR) ed introduce la fase giurisdizionale del reclamo alla Corte di appello di Roma quale giudice unico che segue il rito dei procedimenti civili in camera di consiglio. Tale ultima previsione comporterà poi, nel tempo, che, sino alle modifiche al giudizio di cassazione introdotte dal d.lgs. n. 40/2006, il decreto della Corte d’appello sia ricorribile in sede di legittimità solo con il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. e, quindi, non per tutti i motivi previsti dall’art. 360 c.p.c.⁴

La terza tappa di questo percorso storico può essere considerata l’emanazione della legge generale sulle sanzioni amministrative, la n. 689/1981 che, secondo alcuni⁵, mutua alcuni schemi procedimentali proprio dalla l.b. e, comunque, non cambia il quadro di riferimento di settore, svolgendo un ruolo integrativo e suppletivo a livello di principi generali ed anche di singole disposizioni procedimentali

² Cfr., ad es., MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative bancarie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 695.

³ Oltre a numerose pronunce della Corte di appello di Roma e ad alcune della Corte di Cassazione, cfr. anche la fondamentale Corte Cost. 4.3.1999, n. 49.

⁴ Limitazione questa considerata non contraria alla Costituzione da Corte Cost. n. 49/1999, cit.

⁵ CECI IAPICHINO, *Le sanzioni*, cit., p. 1436.

che si applicano ove la l.b. (in quanto legge speciale) non disponga diversamente.

Sul piano applicativo, la dottrina segnala che, dopo un certo attivismo iniziale, la Vigilanza fa scarso uso del potere sanzionatorio che viene invece rivalutato a partire dagli anni Ottanta del XX secolo, in concomitanza al passaggio, in ossequio agli orientamenti comunitari, dalla vigilanza strutturale a quella prudenziale, caratterizzata da un minor grado di discrezionalità⁶. Quasi che le autorità di controllo avessero voluto compensare la perdita di parte della loro discrezionalità con il maggior utilizzo dello strumento sanzionatorio a garanzia dell'efficacia di un sistema di regole basato sull'applicazione di parametri più oggettivi.

Va quindi ricordato come il ns. ordinamento, già per effetto della l.b. del 1936-38, debba considerarsi adeguato a quella previsione della II Dir. banche (la DIR. 89/646/CEE), secondo la quale: "*gli Stati membri prevedono che le rispettive autorità competenti possano erogare sanzioni nei confronti degli enti creditizi, o dei loro dirigenti responsabili ...*" (art. 17).

Il t.u.b. (d.lgs. n. 385/1993), preceduto dal d.lgs. n. 481/1992, si limita quindi a razionalizzare e aggiornare l'impianto della precedente l.b. che viene tuttavia lasciata fermo nelle sue linee fondamentali, tramite: *a*) la miglior collocazione sistematica della materia (nel Tit. VIII) con una più chiara distinzione fra reati (essenzialmente l'abusivismo) e sanzioni amministrative pecuniarie; *b*) l'individuazione dei soggetti responsabili basata sul criterio funzionale (coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nonché dei dipendenti), anziché su quello soggettivo-nominalistico (dirigenti, liquidatori, commissari, institori, impiegati, sindaci); *c*) l'adeguamento dell'importo delle sanzioni con ampia differenza fra il minimo ed il massimo (attualmente da € 2.580 a € 129.110) con esclusione della facoltà di pagamento in misura ridotta prevista dall'art. 16 della l. n. 689/1981 e previsione della pena accessoria della pubblicazione (sul bollettino di Vig., o anche su 2 quotidiani, in caso di violazione di disposizioni sulla trasparenza), con conseguente maggior afflittività, anche sul piano reputazionale, della sanzione; *d*) una migliore definizione del procedimento con: la previsione della fase delle contestazioni e delle controdeduzioni dell'interessato (in ossequio ai principi e sulla falsariga delle disposizioni della l. n. 689/1981) e l'abolizione del parere del CICR.

Dopo l'emanazione del t.u.b. un fenomeno importante, al quale accennerò appena per non invadere il campo del collega della CONSOB, è

⁶ CECI IAPICHINO, *Le sanzioni*, cit., p. 1436, nt. 21.

quello dell'estensione degli istituti e dei meccanismi procedurali bancari al settore finanziario e del mercato mobiliare (la l. n. 216/1974 conteneva solo norme penali e la l. n. 1/1991 istitutiva delle SIM adottava un sistema misto di sanzioni amministrative pecuniarie ed interdittive) che anzi diventerà poi campo di sperimentazioni ed innovazioni che verranno trasferite, con un movimento di tipo circolare, al settore bancario.

Va quindi ricordata la l. n. 262/2005 (c.d. riforma del risparmio) che trasferisce alle autorità di controllo (Banca d'Italia, CONSOB), che prima formulavano una proposta al Ministro dell'economia, ad adottare direttamente i provvedimenti sanzionatori (art. 26).

L'ultima tappa di questo percorso storico può essere considerata il cambio di giurisdizione con l'attribuzione da parte del c.p.a. dei reclami in materia di sanzioni alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a far data dal 16.9.2011⁷. Anche qui non vorrei sconfinare nel territorio del prof. Clarich al quale vorrei però porre un quesito sul senso della giurisdizione estesa al merito ex art. 134, co. 1, lett. c) c.p.a. A mio modesto avviso potrebbe trattarsi di un caso in cui il Legislatore *minus voluit quam dixit*, nel senso che la possibilità del giudice di estendere il proprio sindacato al merito dovrebbe ritenersi limitata alla quantificazione della pena (con il conseguente potere di rideterminarla direttamente, come già facevano le Corti d'appello), senza estendersi – al di là di quanto non avvenga già in base al sindacato intrinseco ma non così forte da toccare il cuore delle determinazioni amministrative – alle valutazioni discrezionali sulla configurabilità della sanzione o se sanzionare o meno. Lui concorda con questa impostazione?

⁷ Va dato qui conto del fatto che, successivamente allo svolgimento del seminario, la Corte costituzionale, con sentenza del 27.6.2012, n. 163, ha dichiarato «*l'illegittimità costituzionale degli articoli 133, comma 1, lettera l), 135, comma 1, lettera c), e 134, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), e dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo d.lgs. n. 104 del 2010*». La sentenza, che è motivata in base ad un vizio di eccesso di delega, crea incertezza anche per quanto riguarda la perdurante giurisdizione del giudice amministrativo sulle sanzioni bancarie (ex art. 145 t.u.b.), formalmente non toccate dalla pronuncia ma "trasferite" al giudice amministrativo in base alla stessa norma di delega ritenuta non rispettata dalla Corte costituzionale.

2. Dati.

Irregolarità rilevate "in ispezione"

Il Gruppo Esame Irregolarità (ispettivo)	2008	2009	2010	2011	di cui: 2011	
					I° sem.	II° sem.
Numero revisioni ispettive	196	193	215	203	125	78
Riunioni GEI	196	193	215	172	125	47
N. intermediari oggetto di procedure sanzionatorie	76 (38%)	91 (47%)	109 (50%)	77 (37,9%)	46	31
Riferimenti altre Autorità	137	145	162	100		
di cui: Ag	94	103	99	70		
di cui: COSOB	22	22	18	13		
di cui: UIF	21	20	45	17		

Ritengo ora utile mostrare un po' di dati inediti che ritengo indispensabili per inquadrare il fenomeno e per capire: *"Di cosa parliamo quando parliamo di sanzioni bancarie"*⁸.

La prima tabella riguarda le pratiche provenienti dall'Ispettorato esaminate nel corso delle riunioni dell'apposito gruppo per l'esame delle irregolarità. La riga interessante è la terza. Mostra il numero di procedure sanzionatorie aperte ogni anno sulla base dei rapporti ispettivi.

Fra parentesi è segnato il dato percentuale che oscilla fra il 37-38 ed il 50%. Il che vuol dire che su 100 rapporti ispettivi si hanno sino ad un massimo di 50 avvii di procedure sanzionatorie (una ogni due rapporti).

Irregolarità rilevate "a distanza"

Il Gruppo Esame Irregolarità (cartolare)	2008	2009	2010	2011	di cui: 2011	
					I° sem.	II° sem.
Numero segnalazioni esaminate	265	358	305	225	126	99
Riunioni GEI	30	37	31	24	11	13
proposte di:						
avvio procedura sanzionatoria	34 (13%)	74 (21%)	51 (17%)	30 (13%)	22	8
riferimenti in CEI	19 (7%)	30 (8,4%)	40 (13%)	9 (4%)	7	2
segnalazioni ad altre Autorità	22 (8,3%)	46 (13%)	82 (27%)	92 (41%)	42	50
Altro (es. archiviazioni)	190	208	132	94		

⁸ I dati delle prime due tavole derivano dalle statistiche di lavoro del Servizio Vigilanza REA (ringrazio la dr.ssa Alfonsina Orefice per la loro disponibilità). Essi sono stati riscontrati con alcuni dati di lavoro dell'Ispettorato Vigilanza, cortesemente fornitimi dal dr. Domenico Roselli. Le statistiche della terza tavola sono quelle del Servizio Consulenza legale (l'Avvocatura della Banca d'Italia).

La seconda tabella mostra le irregolarità riscontrate in base alla c.d. “Vigilanza cartolare” (segnalazioni periodiche o loro mancato invio, rapporti degli ispettorati interni, del Collegio sindacale o del Revisore *ex art. 52 t.u.b.*, ecc.). Anche in questo caso, la terza riga mostra il numero di procedimenti sanzionatori avviati ogni anno e le relative percentuali rispetto alle segnalazioni. Come si vede, si va dal 13 al 21%, che è come dire, al massimo un avvio di procedura ogni quattro segnalazioni.

Provvedimenti sanzionatori e opposizioni

	2008	2009	2010	2011
Provvedimenti sanzionatori emessi	58	113	145 (*)	116 (**)
Ammontare delle sanzioni inflitte (in mln di euro)	9	9,7	18,2	15,7
Opposizioni	66	39	96 (66,2%)	82 (70,6%)

(*) Nel complesso i procedimenti sanzionatori chiusi nel 2010 sono stati 194; n. 49 procedimenti (25%) si sono conclusi con l'archiviazione.

(**) I procedimenti sanzionatori chiusi nel 2011 sono stati 137; n. 21 procedimenti (15%) si sono conclusi con l'archiviazione.

La terza tabella mostra il numero di provvedimenti sanzionatori emessi ogni anno e le relative opposizioni. Ovviamente, dato il termine di 60 gg. per il ricorso, i dati relativi alle opposizioni non possono essere giustapposti meccanicamente a quelli dei provvedimenti, ma, siccome si prendono in considerazione svariati anni, fare delle percentuali ha comunque un senso. Qui, il primo dato interessante è quello relativo alle archiviazioni (cfr. le note evidenziate con asterischi) che sono, per gli ultimi due anni disponibili (2010 e 2011), rispettivamente del 25 e del 15%. Ciò sembra testimoniare che il procedimento non è un mero rituale, atteso che sino ad uno su quattro di essi si chiude con un'archiviazione a seguito dell'esame delle ragioni addotte dagli esponenti con le controdeduzioni.

Dall'esame dei dati della Consulenza legale è possibile anche ricavare i tassi di soccombenza che sono i seguenti: nel 2009 su 87 decreti emessi all'esito di altrettanti giudizi si è avuto solo un annullamento e 16 riforme parziali (per lo più rideterminazioni della pena pecuniaria) il che porta, rispettivamente, ad un tasso di soccombenza del 98,50% (se consideriamo quella totale) dell'82% (se consideriamo anche la soccombenza parziale). Nel 2010 abbiamo un solo annullamento giudiziale a fronte di 33 pronunce (tasso di soccombenza del 97%). Nel 2011 due annullamenti su 37 pronunce (tasso di soccombenza del 95%). Come si

può interpretare questa buona resistenza dei provvedimenti sanzionatori al controllo giudiziale? Direi innanzitutto con il fatto che le procedure sanzionatorie vengono avviate a fronte di irregolarità serie e diffuse e che, quindi, i relativi provvedimenti sono solidamente motivati. Ciò risulterà più chiaro da quanto si osserverà fra poco in punto di discrezionalità dell'autorità di controllo nell'avvio della procedura. Una seconda spiegazione potrebbe risiedere nell'esistenza di un'avvocatura interna altamente specializzata e adusa a difendere l'ente in cause del genere.

3. Discrezionalità.

Vorrei ora parlare brevemente, non più di qualche suggestione perché il tempo fugge, sulla discrezionalità nell'esercizio del potere sanzionatorio. Tutti sanno che dottrina e giurisprudenza si sono spesso divise sul tema. Per semplificare si può dire che si contrappongono due tesi: quella più rigoristica, che ritiene la discrezionalità dell'Amministrazione nell'esercizio del potere sanzionatorio di tipo tecnico nel decidere se la fattispecie concreta rientra in quella sanzionabile e poi, al massimo, limitata alla quantificazione della pena pecuniaria⁹ e quella che invece ritiene l'Amministrazione dotata di discrezionalità anche in ordine all'*an* della sanzione – una volta constatato che la fattispecie concreta rientra in quella sanzionabile¹⁰. La prima tende ad equiparare l'esercizio del potere sanzionatorio alla giurisdizione e ricorda il P.M. che ha l'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.) – la seconda sottolinea che un conto è l'obbligo di procedere, altro quello di irrogare comunque la sanzione. Questa seconda fase, come tutta l'attività amministrativa, non è sottratta all'esercizio di un potere che rimane discrezionale.

⁹ A favore di questa tesi: CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p. 125 e DESIDERIO, *Giurisprudenza e dottrina sulle sanzioni amministrative della legge bancaria alla verifica della nuova legge di depenalizzazione*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 234. Per un approfondito esame delle varie posizioni dottrinali sul punto, cfr. CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte di appello di Roma*, Banca d'Italia, *Quad. ric. giur.*, n. 22, Roma 1991, p. 23 ss.

¹⁰ Questa tesi, è sostenuta, fra gli altri da ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924 e da BASSI, *Sanzioni amministrative e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, I, p. 484.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, in passato, sostenuto la prima tesi ma mancano pronunce recenti mentre quella amministrativa, prima dell'emanazione del C.P.A., tendeva ad analizzare il tema ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, distinguendo tra sanzioni punitive e misure ripristinatorie, riconoscendo solo nel secondo caso la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto, nel caso di sanzioni punitive, è configurabile un carattere meramente afflittivo ed un collegamento al verificarsi concreto della fattispecie legale, restando esclusa ogni discrezionalità in ordine alla loro irrogazione se non quanto alla misura ¹¹. Mi sembra che questo quadro debba essere rimeditato proprio alla luce dell'entrata in vigore del C.P.A. che, nelle materie, che ci interessano, ha devoluto anche le mere sanzioni pecuniarie alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Va detto subito che la Banca d'Italia, nell'esercizio del potere sanzionatorio riconosciutole dalla legge, da sempre, più per buon senso pratico che per adesione ad una teoria ben precisa, ritiene questo esercizio non scevro da discrezionalità. In questo caso di tratta di un utilizzo della discrezionalità che mi sembra appropriato definire *in bonam partem* giacché, se così non fosse, essa si vedrebbe costretta ad applicare sempre e comunque una sanzione, anche nei casi di violazioni minime che non abbiano messo a rischio il bene tutelato, salvo poi applicare, in concreto, il minimo della pena edittale. Quelle statistiche che abbiamo visto sarebbero, allora, assai diverse, il numero di decreti sanzionatori ben più alto, gli intermediari vessati da una raffica di provvedimenti sanzionatori, i giudici sommersi di ricorsi: l'intero sistema rischierebbe una perdita di efficacia e credibilità ¹².

Devo dire che questo approccio mi sembra del tutto giustificato alla luce di due considerazioni.

¹¹ Cons. St., sez. VI, 9.8.1986, n. 642; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 21.11.1997, n. 497; TAR Lazio, sez. I, 27.9.1999, n. 2131; TAR Lazio, sez. II, 3.3.2005, n. 1641; TAR Lazio, sez. I, 15.2.2006, n. 1110 (in materia di sanzioni CONSOB nei confronti dei promotori finanziari la cui cognizione spetterebbe al giudice ordinario «*non sussistendo nella scelta della sanzione alcuna discrezionalità amministrativa*»); TAR Veneto, sez. II, 18.1.2007, n. 129.

¹² È interessante notare come la successiva relazione dell'avv. Carriero evidenzi il fatto che un simile principio, al quale la Banca d'Italia si attiene per una prassi risalente, è stato codificato dal codice delle assicurazioni (d.lgs. 7.9.2005, n. 209) il cui art. 326, co. 1 prevede che: «*L'ISVAP, ad eccezione dei casi di assoluta mancanza di pregiudizio per il tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza o per gli interessi degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative ... provvede alla contestazione degli addebiti ...*».

La prima è che la l. n. 689/1981, che detta i principi della materia, non contiene nessuna norma che imponga all'amministrazione di sanzionare sempre e comunque qualora riscontri una violazione anche minima. Così come non contiene un altro principio cardine del diritto penale, quello dell'applicazione della legge successiva più favorevole al reo. E, difatti, la giurisprudenza ritiene che in materia si applichi piuttosto il principio *tempus regit actum*.

La seconda è che siamo in presenza di una materia particolare, la vigilanza sulle banche, dove l'amministrazione fa applicazione di scienze non esatte (la ragioneria, l'aziendalistica) e di criteri giuridici (per lo meno in parte) indeterminati (la "*sana e prudente gestione*", l'adeguatezza degli assetti organizzativi ecc.,) che costituiscono il cuore della discrezionalità. Una cosa è infatti la circolazione stradale, o la tutela dall'inquinamento atmosferico dove anche aver superato di poco le soglie di tolleranza fissate dalla legge può rilevare ai fini sanzionatori (chi non ha mai preso una sanzione per aver sfiorato anche di poco i limiti di velocità?). Altra cosa è la Vigilanza sugli intermediari dove l'infrazione va sempre contestualizzata e rapportata da un lato all'andamento complessivo del soggetto e, dall'altro, all'idoneità del suo comportamento ad inficiare quella trasparenza che deve sempre esistere fra l'intermediario stesso e la Vigilanza.

Non ogni infrazione, anche minima, dovrà, allora, essere colpita da sanzione. Si pensi, ad esempio, alla segnalazione delle partite anomale non a voce propria (una delle infrazioni riscontrate e sanzionate più di frequente). È chiaro, ai fini sanzionatori, non saranno rilevanti tutte le rettifiche ispettive ma solo quelle che, per il loro ammontare, non abbiano consentito alla Vigilanza un corretto apprezzamento del livello complessivo di rischio dell'intermediario.

L'utilizzo di una prudente discrezionalità, attenta all'osservanza di una sostanziale parità di trattamento, è così in grado di conciliare l'esigenza che tutte le disposizioni di vigilanza siano assistite da sanzioni (e quindi *perfectae*) con quella di colpire, nel caso concreto, solo i comportamenti che abbiano comportato un effettivo rischio o una lesione per il bene tutelato.

4. Trasparenza e "rilevante inosservanza".

Il quarto argomento che volevo affrontare è di particolare attualità e riguarda il significato da attribuire all'espressione "*rilevante inosservanza*" o "*condotte... che rivestano carattere rilevante*" che figura-

no nel nuovo testo art. 144, co. 3 e 3-*bis*, come modificato dal d.lgs. n. 141/2010. E cioè che senso dare a questo inedito parametro della rilevanza recentemente introdotto dal legislatore per la sanzionabilità delle infrazioni in materia di trasparenza bancaria e nella prestazione dei servizi di pagamento¹³.

Qui, per brevità, imposterò il discorso in modo unitario per quanto riguarda la trasparenza nell'ambito dei servizi di pagamento e quella bancaria ricordando tuttavia che questo parametro fu introdotto per la prima volta (ad opera dell'art. 32 del d.lgs. 27.1. 2010 n. 11 di attuazione della PSD proprio nell'ambito dei servizi di pagamento e che tale materia è, appunto, di diretta derivazione comunitaria. Nel momento in cui, come si è visto, anche l'applicazione in generale delle sanzioni bancarie è connotata da quella discrezionalità che ben consente di non sanzionare violazioni che per la loro tenuità si connotino come irrilevanti che senso dare a questo nuovo parametro della rilevante inosservanza introdotto dal legislatore solo per quanto riguarda alcune materie?

La dottrina che si è occupata dell'attuazione della PSD ha evidenziato l'opportunità che i criteri di definizione della rilevante inosservanza siano definiti dalla normativa secondaria mettendo altresì in luce come non sia sufficiente fare ricorso ai parametri di qualificazione della gravità della violazione previsti dalla legge per guidare il giudice o l'amministrazione in sede di quantificazione della pena (art. 133 c.p. o 11 l. n. 689/1981)¹⁴.

In attesa che i criteri di individuazione della gravità vengano definiti dalla Banca d'Italia, autorità chiamata ad applicare le sanzioni, con le nuove *Istruzioni di Vigilanza* sulle sanzioni, ritengo utile cercare di risalire alla *ratio*, cercare cioè di capire perché il legislatore nel momento stesso in cui faceva assurgere la "*trasparenza delle condizioni contrattuali*" e la "*correttezza dei rapporti con la clientela*" a finalità della vigilanza (nuovo art. 127, co. 1, t.u.b.) ha sentito il bisogno di prevedere che, ai fini della sanzionabilità, la violazione di queste norme debba essere rilevante.

¹³ Sulla nuova disciplina in materia di trasparenza, cfr. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza?*, in *Dir. banc.*, 2011, p. 11 e BALDASSARRE, *Commento all'art. 127*, in *Commentario al t.u.b.* a cura di Capriglione, Padova, 2012, p. 2012 ss. Per gli aspetti sanzionatori, cfr. CONDEMI, *Commento all'art. 144*, *ivi*, p. 2389 ss.

¹⁴ D'AMBROSIO, *Commento all'art. 32 del d.lgs. n. 11/2010*, in *La Nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 390 ss.

Possiamo allora ipotizzare varie ragioni. La prima è, forse, che la trasparenza stessa, per quanto di importanza sempre crescente, non rientra fra le finalità primarie della vigilanza e, sembra significativo, dal punto di vista sistematico, che questa integrazione non sia avvenuta inserendo trasparenza e correttezza nelle finalità elencate all'art. 5 ma facendone autonoma e più limitata menzione nell'articolo dedicato alle norme generali in materia di trasparenza.

La seconda è che, in questa materia, l'azione dell'autorità si inserisce nel delicato rapporto banca cliente che la legge già presidia da un lato con sanzioni di tipo civilistico¹⁵, spessissimo attivate dall'O.d.V. stesso all'esito delle ispezioni di trasparenza sui singoli sportelli – va qui sottolineato come “*l'ordine di restituzione delle somme indebitamente percepite*” ora espressamente previsto dall'art. 128-ter, co. 1, lett. a t.u.b. appartenesse già da tempo alla prassi di Vigilanza – e, dall'altro, con sanzioni inibitorie anche limitate a “*singole aree o sedi secondarie*” (cfr. sempre art. 128-ter, co. 1, lett. a t.u.b.). La sanzione pecuniaria, in quest'ottica di graduazione, starebbe quindi in una posizione intermedia fra quella civilistica e quella inibitoria, in ossequio al principio di proporzionalità.

Penso allora che, tenendo anche presente la prassi dell'O.d.V. in materia di controlli di trasparenza, che è quella di procedere con verifiche mirate sugli sportelli, un primo criterio di rilevanza possa senz'altro essere quello relativo alla diffusione della violazione nel senso che, in presenza di una rete di vendita un minimo estesa, non potrebbe essere considerata rilevante una violazione riscontrata in un numero limitato di sportelli. Va tenuto presente che la diffusione attinge spesso anche alla causa delle violazioni nel senso che se questa è estesa, o addirittura generalizzata, spesso le carenze dipenderanno dal centro e non dalla periferia (tipico il mancato aggiornamento di procedure ed applicazioni informatiche).

Penso che un secondo criterio di qualificazione della gravità che emerge dalla prassi applicativa possa essere individuato nel permanere o meno dell'irregolarità rispetto ad un precedente accertamento, quindi in altre parole della sua reiterazione (il che trova espliciti agganci normativi sia nell'art. 8-bis della l. n. 689/1981 che 133, co. 2 n. 2 c.p. che fa riferimento ai “*precedenti*”). È ovvio infatti che, in presenza di una nor-

¹⁵ Sull'importanza delle sanzioni civilistiche nella nuova disciplina della trasparenza DOLMETTA, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 125. (in partic. par. 4, p. 134 ss.).

mativa tanto dettagliata e pervasiva quanto soggetta a continui cambiamenti (che di solito arricchiscono le forme di tutela del contraente debole) un conto è che una determinata violazione venga riscontrata una volta un conto che essa persista e non venga eliminata sia nelle azioni di c.d. *follow up* ispettivo sia, a maggior ragione, in una successiva verifica.

5. Autorità europee.

Mi piace concludere questo mio intervento con alcuni brevi accenni alle problematiche della sanzionabilità dei Regolamenti emanati dalla Commissione UE su proposta dell'EBA e delle decisioni di quest'ultima ai sensi del Regolamento UE n. 1093/2010 istitutivo dell'EBA. È chiaro infatti che dobbiamo sempre più pensare all'insieme delle autorità europee di Vigilanza come entità che producono un diritto immediatamente applicabile negli Stati membri, senza più la mediazione della Direttiva da recepire poi in disposizioni nazionali.

È altrettanto chiaro che essendo, di regola, le autorità dell'Unione sprovviste, di poteri sanzionatori diretti salvo eccezioni (antitrust, aviazione civile, prodotti farmaceutici, e l'ESMA esclusivamente per quanto riguarda le agenzie di *rating*) le sanzioni stesse dovranno essere previste dai singoli Stati membri. Questa opzione sembra infatti necessaria al fine di assicurare quell'effettiva applicazione degli atti delle Autorità europee richiesta dall'art. 17 del Regolamento istitutivo EBA e, più in generale, per tener fede al principio di leale cooperazione, sancito dall'art. 4 TUE che impone agli Stati membri di assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione¹⁶.

Ritengo che il modo migliore di assicurare questo presidio sanzionatorio nazionale alle disposizioni europee sia, per quanto riguarda le banche (ma la soluzione dovrebbe essere analoga ed omogenea anche negli altri settori), l'introduzione nel t.u.b. di una norma sanzionatoria parallela all'art. 144 nella quale operare un richiamo alle fonti dell'Unio-

¹⁶ Come ha ricordato CGCE, sentenza 21 settembre 1989, causa 68/88, Commissione c. Grecia. In tale pronuncia i giudici comunitari hanno ritenuto che gli Stati membri, pur conservando la scelta delle sanzioni, debbano assicurare che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva.

ne ai sensi delle relative disposizioni (artt. 10 e 15 del Reg. istitutivo EBA) e nelle stesse materie per le quali la legge già assicura copertura alle disposizioni delle autorità di controllo nazionali. Utile sarebbe, probabilmente, anche un aggiornamento dell'art. 6 del t.u.b. in materia di rapporti con il diritto comunitario che tenga conto della crescente efficacia diretta delle fonti dell'Unione in materia bancaria e del ruolo di integrazione e di garanzia dell'efficacia che l'ordinamento interno è chiamato a svolgere.

Le sanzioni amministrative nel settore assicurativo

GIUSEPPE CARRIERO

1. La problematica identificazione delle finalità sanzionatorie.

1. Sulla scorta degli indirizzi e dei principi contenuti nell'art. 4, co. 1, lett. *b*) della legge di delega n. 229 del 29 luglio 2003, il codice delle assicurazioni private ha razionalizzato e modernizzato l'assetto strutturale e funzionale relativo alla materia sanzionatoria (in precedenza asimmetrico e frammentario anche in quanto disperso nei molteplici rivoli di non sempre coerenti disposizioni legislative) soprattutto enfatizzando il nesso tra la misura repressiva e gli interessi pubblici sottesi alla sua adozione, risultando questa organicamente inserita nel plesso degli strumenti conferiti all'autorità di settore per il perseguimento della funzione di controllo del relativo mercato. Molteplici indicatori normativi militano nel senso indicato. La stessa giurisprudenza di legittimità non esita ad affermare l'immanenza del potere autoritativo dell'autorità pubblica non solo a fini di "accertamento della sussistenza dell'illecito, nell'identificazione dell'autore e del responsabile di esso, nell'applicazione della relativa sanzione", ma anche "nella determinazione della misura della sanzione che, pur stabilita *ex lege* nel tipo e nei due estremi quantitativi, rimane, non di meno, rimessa, per ciascun caso concreto, all'ampia discrezionalità nella scelta tra il minimo e il massimo edittali"¹⁷.

Tale complementarità dovrebbe caratterizzare (anche in quanto, sul piano positivo, indotta dalla devoluzione operata dalla legge sulla tutela

¹⁷ Così Cass., 29 novembre 2007, n. 24816, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 125.

del risparmio alle rispettive autorità di settore della competenza esclusiva in materia) l'intero mercato finanziario e così determinare ricadute importanti sul piano dell'efficacia delle linee di *policies* perseguite nell'adozione del procedimento sanzionatorio in termini di loro idoneità a soddisfare, nel rispetto dei diritti soggettivi incisi, gli stessi obiettivi della supervisione. Dovrebbe altresì imporre nuove metodiche di analisi, non essendo scontato che l'incremento dei procedimenti sanzionatori (e degli ammontari monetari comminati) rappresenti sempre un significativo indicatore dell'efficienza del sistema, potendosi anzi (almeno sotto il versante teorico) argomentare un rapporto tra i due insiemi inversamente proporzionale, nel quale maggiori sanzioni potrebbero – per contro – essere segnaletiche di importanti inefficienze di sistema. Mancano tuttavia (e se ne avverte la lacuna) indagini empiriche utili a indirizzare il legislatore nelle future rivisitazioni (ora prevalentemente di matrice europea) della disciplina. Manca soprattutto, anche in questa materia, una visione d'insieme del mercato finanziario unitariamente inteso.

2. Disciplina e giurisdizione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 20 giugno 2012.

Passando, con la sintesi del caso, a identificare le principali caratteristiche della disciplina sanzionatoria assicurativa e le relative differenze (o analogie) con le corrispondenti norme in essere nei settori bancario e mobiliare, è indispensabile muovere dall'art. 325 del codice delle assicurazioni il quale (diversamente da t.u.b. e t.u.f., nonché dalla stessa l. n. 689/1981) identifica quali destinatari delle sanzioni (al netto della residuale eccezione rappresentata dalla violazione da parte degli incaricati, a diverso titolo, dei controlli sulla società) le imprese di assicurazione e gli intermediari per le violazioni dei propri dipendenti e collaboratori. Trattasi di responsabilità diretta ed esclusiva tesa, per un verso, a operare un'importante semplificazione quanto all'individuazione del responsabile; per altro verso a uniformare questa disciplina alle più recenti evoluzioni legislative in materia di diritto penale dell'impresa¹⁸. La responsabilità di imprese e intermediari torna a essere indiretta nei soli casi in cui i destinatari delle sanzioni “dimostrino che la violazione è

¹⁸ V. il parere del Consiglio di Stato sullo schema del codice delle assicurazioni, 14 febbraio 2005, n. 11603 e la stessa relazione illustrativa.

stata commessa da propri dipendenti o collaboratori con abuso dei doveri di ufficio e per trarne personale vantaggio” (art. 325, co. 2), nonché quando l’inosservanza “sia stata posta in essere da soggetti ai quali siano state affidate funzioni parzialmente comprese nel ciclo operativo delle imprese di assicurazione o riassicurazione” (art. 325, co. 3).

Ulteriore importante prescrizione che conferma sia la maggiore modernità del codice rispetto ai corrispondenti insiemi disciplinari di banca e finanza sia, *per tabulas*, la ricorrenza di discrezionalità amministrativa pure in un contesto (quale quello in rassegna) pregno di diritti soggettivi è quella contenuta nell’art. 326, dove “l’assoluta mancanza di pregiudizio per il tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza o per gli interessi degli assicurati e dei loro aventi diritto a prestazioni assicurative” rappresenta una causa di non punibilità riguardo a fatti formalmente conformi al tipo legislativamente previsto ma sostanzialmente giudicati inoffensivi quanto al perseguimento delle finalità di supervisione. Anche in ragione di tale espressa esimente e della sottesa rimessione all’Isvap della valutazione del pubblico interesse prevalente nella relativa comparazione (il giudizio sulla mancanza di pregiudizio, che deve essere “assoluta”, quindi totale, è sindacabile nei noti limiti costruiti dalla giurisprudenza amministrativa), mi sembra che la conseguente devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sancita dall’art. 326, co. 7 sia – come detto – necessitata. Questa disposizione anticipa la scelta poi adottata con il codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010) di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con cognizione estesa al merito) e alla competenza funzionale del Tar del Lazio (sezione di Roma) anche le omologhe controversie in materia di sanzioni amministrative bancarie (irrogate dalla Banca d’Italia) e del mercato mobiliare (irrogate dalla Consob). È noto, per la sua risonanza anche nell’ambito dei mezzi di comunicazione di massa, che il giudice delle leggi, con la recente sentenza n. 162 del 20 giugno 2012¹⁹, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle relative norme limitatamente alle sanzioni irrogate dalla Consob sia – sul piano formale – per l’eccesso di delega *in parte qua* ravvisato per non avere il legislatore delegato tenuto conto, “nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e

¹⁹V., ad es., *Il Sole 24 ore* del 28 giugno 2012, *Sanzioni Consob, la competenza è del giudice ordinario*, p. 37. La decisione della Corte, successiva all’incontro di studio, è intervenuta mentre veniva approntato il testo scritto della relazione svolta.

giudici amministrativi”, del diritto vivente rappresentato dalla diversa giurisprudenza della Corte costituzionale e delle magistrature superiori sia – su quello sostanziale – perché tali sanzioni vanno applicate “sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa”. In attesa della quasi certa seconda puntata attinente al sindacato sulle non dissimili prescrizioni in materia bancaria, mette conto anticipare che omologhi risultati non dovrebbero essere estensibili al settore assicurativo. Diversamente dalla giurisprudenza formatasi nel settore mobiliare (e in quello bancario), gli orientamenti delle magistrature superiori²⁰ hanno – con riferimento alla giurisdizione amministrativa già sancita dall’art. 6, l. 5 marzo 2001, n. 57 – confermato la coerenza con i principi della legge fondamentale e dell’assetto ordinamentale dell’attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sui relativi provvedimenti sanzionatori. Argomentando (è appena il caso di ribadirlo) proprio in ragione della riconosciuta discrezionalità in capo all’autorità di supervisione che con il codice delle assicurazioni private sicuramente si accresce, certo non affievolisce. La decisione della Corte costituzionale corre peraltro il rischio di sollevare problemi interpretativi non banali in ordine al giudice competente. Ricordo solo incidentalmente che, a seguito della devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione relativa a “blocchi di materie” operata col d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 prima, con la l. 21 luglio 2000, n. 205 poi, dottrina e giurisprudenza si interrogarono (con esiti contrastanti) circa l’eventuale passaggio a questo giudice delle attribuzioni contemplate dalle leggi speciali (artt. 144 t.u.b. e 195 t.u.f.) a favore della(e) corte(i) d’appello in ordine alla materia sanzionatoria. Tanto che, a fronte della conseguente incertezza, il legislatore sentì il bisogno di ribadire – in sede di riforma della disciplina processuale del diritto societario – la esclusiva appartenenza alla corte d’appello di tutte le controversie sanzionatorie in materia bancaria e finanziaria (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003). Questa norma è stata tuttavia abrogata dall’art. 54 della l. 18 giugno 2009, n. 69 di delega al governo della riforma dei riti del processo civile e il successivo decreto delegato 1° settembre 2011, n. 150 ha stabilito, all’art. 6, che l’opposizione alle ordinanze ingiunzione si svolga secondo il rito del lavoro innanzi, a seconda delle competenze, al giudice di pace o al tribunale. Da ciò il legittimo dubbio che, in luogo della corte d’appello, sia ora competente a

²⁰ Trattasi della già menzionata Cass., 24816/2007 con riferimento a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594.

decidere dette controversie questo diverso giudice facendo applicazione dell'indicato nuovo rito. Il problema, di non facile soluzione, appartiene all'esperto di diritto processuale. In ogni caso, quand'anche (come ritengo preferibile) si concluda per la competenza della corte d'appello, il rischio, che avevo in passato avuto modo di segnalare ²¹, è che – a fronte di un mercato (quello finanziario) unico (ancorché segmentato *in partes tres*) al quale partecipano intermediari polifunzionali – venga riproposta (pure a fronte della ridetta devoluzione dei procedimenti sanzionatori alla competenza delle autorità settoriali) una anacronistica divaricazione di riti e giudici priva di ogni ragionevolezza. Con costi (in termini di tempi, di specialità dei procedimenti, di diversità degli orientamenti giurisprudenziali) a totale carico della collettività.

Tornando al codice delle assicurazioni, è da segnalare che il menzionato co. 7, *sub* art. 326 prevede altresì la innovativa (e, con riferimento agli altri comparti, inedita) norma che devolve *ex lege* la difesa dell'Isvap ai propri legali nelle controversie *de quibus*. Ciò implica l'inderogabile necessità di contemplare, nell'organigramma dell'Istituto, un apposito settore composto da avvocati iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo e organizzato secondo le norme che regolano l'esercizio della relativa attività. Da ultimo, in questa fugace e auspicio non troppo approssimativa rassegna degli istituti più innovativi del codice, merita speciale menzione l'art. 327 nella parte in cui consente al trasgressore, in un particolare caso di concorso materiale omogeneo (che consegue all'accertamento di più violazioni della stessa disposizione attraverso una pluralità di azioni o omissioni) determinato dalla medesima disfunzione organizzativa, di evitare i rigori connessi all'applicazione del cumulo materiale delle sanzioni. In questo caso può infatti essere applicata un'unica sanzione d'importo inferiore alla sommatoria di quelle previste per i singoli illeciti ove egli ponga in essere un'opera di eliminazione strutturale delle cause della rilevata violazione, validata dall'Isvap.

3. Le principali regole del procedimento.

Originariamente strutturato dalla legge istitutiva della vigilanza sulle assicurazioni private (l. n. 576/1982) in termini non dissimili da quanto

²¹ V. il mio *Mifid, attività assicurativa, autorità di vigilanza*, in *Dir. banc.*, 2008, p. 425 ss, ora anche in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, p. 283 ss.

contemplato (per le sanzioni bancarie) dalle corrispondenti disposizioni contenute nella legge del 1936 (r.d. n. 375/1936 e successive modificazioni) prima, nel testo unico poi e – quanto al mercato mobiliare – dal corrispondente testo unico della finanza, il procedimento sanzionatorio viene, con il codice delle assicurazioni, ad assumere connotazioni affatto peculiari. Il già menzionato art. 326 circoscriveva l'intervento dell'autorità di settore alle fasi dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, devolvendo (a fronte del reclamo avverso la contestazione degli addebiti) la valutazione dei fatti contestati a una Commissione consultiva (nominata dal ministro dello sviluppo economico e composta da un magistrato che la presiedeva e da due dirigenti, di derivazione dello stesso ministero e dell'Isvap). Tale organismo, acquisite le risultanze istruttorie, esaminati gli scritti difensivi e sentite le parti, poteva disporre l'archiviazione della contestazione; chiedere l'integrazione dell'istruttoria o trasmettere al ministro (competente all'adozione dell'ordinanza ingiuntiva) la proposta motivata di determinazione della sanzione amministrativa. La separazione tra momento istruttorio e momento decisorio acquisiva così totale e manifesta evidenza non solo sotto il versante soggettivo ma anche sotto quello oggettivo, essendo rimessa a tale imparziale organismo la valutazione della completezza istruttoria e la sua idoneità, in un contesto di procedimento "giusto" e nel pieno rispetto del diritto di difesa, a poter determinare l'adozione del provvedimento finale. Questo innovativo procedimento, ispirato a omologhi modelli di derivazione transalpina, ha avuto vita brevissima giacché, ad appena quindici giorni dalla sua entrata in vigore con il codice (avvenuta il primo gennaio del 2006), è stato radicalmente modificato dalla legge sulla tutela del risparmio (n. 262/2005) e dalla conseguente devoluzione – anche nel comparto assicurativo – del potere decisorio alle autorità di settore.

Le fonti che disciplinano il procedimento sanzionatorio sono rappresentate, oltre che dal codice delle assicurazioni private, dalla legge sulla tutela del risparmio, dal regolamento dell'Isvap n. 1/2006 e dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, la quale agisce in guisa di disciplina supplementiva (o di *default rule*) per i profili non diversamente regolamentati. Non trovano invece applicazione, per la giurisprudenza amministrativa, le regole del procedimento stabilite dall'omologa legge 7 agosto 1990, n. 241 (e successive modificazioni e integrazioni), costituendo la l. n. 689/1981 disciplina speciale prevalente con garanzie "di livello non inferiore a quelle stabilite da quest'ultima legge"²².

²² Cfr. TAR Lazio, sez. I, 2 luglio 2008, nn. 8662 e 8786.

L'avvio del procedimento è disciplinato dall'art. 3 del regolamento Isvap. Prevede che i servizi dell'istituto che rilevino fatti suscettibili di sanzione predispongano l'atto di contestazione, il quale va notificato ai destinatari entro 120 giorni (180 per i residenti all'estero) dall'accertamento dei fatti. La componente valutativa dell'attività di accertamento, siccome non prefissata per legge, "è soggetta a un apprezzamento di congruità e ragionevolezza in base alla complessità oggettiva e soggettiva della fattispecie violata, al grado di conoscenza dell'illecito già maturata in sede acquisitiva, nonché alla rilevanza oggettiva dell'adempimento accertativo"²³. La notifica dell'atto di contestazione segna la data d'avvio del procedimento. L'atto dovrà contenere l'esposizione delle circostanze giuridiche e fattuali della violazione riscontrata; il termine entro il quale l'interessato può esercitare i diritti d'intervento e di partecipazione al procedimento; l'indicazione del responsabile del procedimento. L'istruttoria, regolata dall'art. 4, è caratterizzata dall'acquisizione da parte delle competenti strutture dell'istituto del materiale afferente a tale fase del procedimento. Entro 60 giorni dalla notifica della contestazione, i destinatari possono far pervenire memorie difensive e formulare richiesta di essere sentiti personalmente o per il tramite di propri rappresentanti. È appena il caso di ricordare che possono accedere al fascicolo e alla relativa documentazione senza alcuna opponibilità del segreto d'ufficio²⁴. Entro i successivi 90 giorni dal ricevimento delle memorie difensive (o, se successiva, dall'audizione personale), le risultanze istruttorie vengono compendiate in una relazione motivata che conclude questa fase del procedimento e, con la trasmissione al servizio sanzioni, apre la fase conclusiva (quella decisoria) dello stesso. Questo servizio, "verificata la ritualità e la completezza degli adempimenti istruttori compiuti e valutate le risultanze dell'istruttoria dei servizi dell'istituto, predisporre gli atti conclusivi del procedimento sanzionatorio sottoponendoli al presidente per la decisione" finale (art. 5), che è adottata e notificata entro 90 giorni dal ricevimento (da parte del ridetto servizio) della relazione istruttoria.

Si ricorda che una giurisprudenza di merito (peraltro formatasi sul non dissimile procedimento sanzionatorio regolato dalla Consob) ha fat-

²³ SCALISE e MARIANO, *L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (Isvap)*, in *Le autorità amministrative indipendenti, Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cirillo e Chieppa, Padova, 2010, p. 901.

²⁴ V. Corte Cost., 3 novembre 2000, n. 460, in *Foro it.*, 2001, I, 3055 e Cons. St., Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6562, in *Giur. it.*, 2007, 743 ss.

to discendere la violazione del principio del contraddittorio dalla circostanza che non è tutelato il diritto dell'interessato all'ostensione della relazione istruttoria e delle conclusioni del servizio sanzioni ²⁵. Diversamente opinando, i giudici di piazza Cavour con una successiva decisione a sezioni unite hanno tuttavia ribadito la coerenza di tale preclusione con la disciplina primaria e con gli stessi principi affermati nella legge sulla tutela del risparmio sia perché il procedimento *de quo* continua a essere amministrativo e non giurisdizionale; sia perché il rispetto del principio del contraddittorio non implica la necessità di interlocuzione in ogni fase del procedimento; sia infine perché la tutela di tale principio in fase endoprocedimentale è da ritenersi rispettata se e nella misura in cui il contraddittorio si appunti sull'atto che cristallizza, sulla scorta degli elementi in fatto, il *thema probandum*, vale a dire l'atto di contestazione ²⁶.

La separazione della fase istruttoria da quella decisoria è, presso l'Isvap, offerta dalla riferimento del servizio sanzioni – per il tramite del responsabile del coordinamento giuridico – al solo presidente. I termini del procedimento, tranne quello finale della conclusione in due anni dal suo avvio, sono ordinatori.

Le sanzioni amministrative pecuniarie nel settore finanziario

MARCO FRATINI

Premessa

Il tema delle sanzioni amministrative pecuniarie nel settore finanziario, esaminato in una prospettiva attualizzante e futuribile, può essere idealmente suddiviso e articolato in tre parti: i) in prima battuta, si esaminerà il quadro normativo europeo sul tema; ii) la seconda parte è destinata all'analisi delle prospettive di riforma di tale quadro normativo, per poi sottoporre a virtuale prova di resistenza il quadro normativo

²⁵ V., in particolare, App. Genova, 21 febbraio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, 76 con nota di LENER. Sulla questione, in dottrina, GROSSI, *Il procedimento sanzionatorio Consob al vaglio delle corti di merito*, in *Società*, 2008, p. 860, e SCHIONA, *Le garanzie procedurali nell'impugnazione di sanzioni amministrative pecuniarie da parte dell'Isvap*, in *Assicurazioni*, 2009, I, 339 ss.

²⁶ Cass., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Intermediazione finanziaria*, n. 158.

nazionale in tema di sanzioni nel settore finanziario alla luce della prospettiva di riforma del quadro normativo europeo, al fine di verificare se l'ordinamento nazionale possa risultare compatibile con la riforma della cornice normativa europea ²⁷; iii) la terza parte è dedicata alle prospettive di riforma dell'assetto normativo nazionale, alla luce della legge comunitaria per il 2010, che ha delegato il Governo ad adottare una riforma del sistema sanzionatorio finanziario ispirata ai seguenti principi: la revisione dei minimi e dei massimi edittali, l'estensione dell'istituto degli impegni, previsto in materia di antitrust, per le violazioni procedurali e organizzative poste in essere dagli intermediari finanziari, l'estensione e l'applicazione generalizzata dell'istituto dell'oblazione, l'introduzione del principio penalistico del *favor rei*.

1. Il quadro normativo europeo delle sanzioni amministrative nel settore finanziario.

Procedendo con ordine e traendo l'abbrivo dalla ricostruzione del quadro normativo europeo, occorre evidenziare che nella costruzione

²⁷ La prospettiva di riforma del quadro normativo europeo interessa l'intero sistema del diritto dei mercati finanziari, investendo sia il settore degli intermediari, sia i mercati regolamentati, sia il settore degli emittenti quotati.

Nel dettaglio, sono state elaborate in sede europea le seguenti proposte: a) proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (n. COM (2011) 651 definitivo); b) proposta di Direttiva (c.d. MAD II) del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (n. COM (2011) 654 definitivo); c) proposta di Regolamento (c.d. MiFIR) del Parlamento europeo e del Consiglio sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (EMIR) sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni (COM(2011) 652); d) proposta di Direttiva (c.d. MiFID II) del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari che abroga la direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2011) 656); e) proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2004/109/CE sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato e la direttiva 2007/14/CE della Commissione – COM (2011) 683 def.; f) proposta di Regolamento (c.d. EMIR) del Parlamento europeo e del Consiglio sugli strumenti derivati OTC, le controparti e i repertori di dati sulle negoziazioni (COM (2010) 484 definitivo); g) proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati (COM(2011) 778 definitivo).

del mercato unico dei servizi finanziari l'UE ha operato lungo due direttrici: da un lato, sono state armonizzate le regole prudenziali e le norme di condotta applicabili nei confronti degli intermediari finanziari; dall'altro, è stato accentrato il potere di vigilanza in capo a un'autorità europea (ESMA), realizzando una nuova architettura della c.d. "supervisione finanziaria europea"²⁸. Più che di supervisione, in realtà, deve parlarsi di "super-vigilanza", dal momento che l'autorità europea è titolare di penetranti poteri, volti a garantire la stabilità e l'efficienza del mercato finanziario, nella prospettiva della tutela dei risparmiatori. Per l'assolvimento di tali compiti il legislatore ha munito l'organo europeo di poteri: a) di proposta normativa e di regolazione delegata; b) di *soft law* (raccomandazioni e pareri, che sono resi indirettamente vincolanti attraverso il meccanismo del *comply or explain*); c) di indirizzo e "super-vigilanza"; d) di intervento d'urgenza; e) di coordinamento e di risoluzione delle controversie tra Autorità nazionali di vigilanza; f) di sostituzione alle

²⁸ Sul finire di settembre 2010, dopo aver promosso per più di un anno una riforma radicale della supervisione finanziaria europea, il Parlamento Europeo ha approvato un pacchetto legislativo (Direttiva 2010/78/UE; Regolamento UE n. 1093/2010; Regolamento UE n. 1094/2010; Regolamento UE n. 1095/2010) che modifica sostanzialmente, a decorrere dall'anno 2011, il controllo e la vigilanza su banche, imprese assicurative e mercati finanziari, istituendo tre Autorità europee di vigilanza (AVE) – l'Autorità bancaria europea, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali e l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati – in sostituzione dei preesistenti comitati con poteri consultivi.

Accanto alle tre Autorità di vigilanza – che assolvono una funzione di controllo di tipo micro-prudenziale – è stato istituito un Comitato europeo per il rischio sistemico (CESR), chiamato a vigilare sui mercati finanziari in prospettiva macro-prudenziale, al fine di allertare in caso di rischio per l'economia europea. Il CESR – in seno al quale un ruolo decisivo è svolto dalla Banca centrale europea – ha il compito di monitorare e di valutare il mercato per mitigare l'esposizione del sistema al rischio di fallimento delle componenti sistemiche e aumentare la resistenza del sistema finanziario agli *shock*.

Il nuovo sistema dovrebbe garantire una protezione più efficace ed evitare il ripetersi di decisioni unilaterali come quella presa dal governo tedesco sul divieto delle *naked short sales*. Allo stesso tempo, le nuove regole dovrebbero rafforzare il mercato interno per i servizi finanziari e garantire miglior protezione per gli investitori.

Sul nuovo assetto della vigilanza, CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in ASTRID, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Chiti e Natalini, Bologna, 2012; BILANCIA, *Il sistema europeo di regolamentazione dei servizi finanziari*, in *Dir. economia*, 2008, p. 45; OCCHIENA, *La riforma della vigilanza finanziaria dell'Unione europea*, in *Dir. economia*, 2010, p. 637

Sul tema, sia consentito anche rinviare a FRATINI, *Sub art. 2*, in *Il Testo Unico della Finanza*, a cura di Fratini, Gasparri, Torino, 2012, p. 92.

Autorità nazionali nell'esercizio dei poteri di controllo nei confronti dei soggetti da essa vigilati.

Tali poteri, tuttavia, non sono assistiti e completati da una potestà sanzionatoria, che resta delegata all'autorità di vigilanza nazionale ²⁹.

Tale circostanza ha profondamente inciso sulla configurazione del quadro normativo europeo sulle sanzioni amministrative nel settore finanziario, che si presenta non solo non accentrato, ma anche non armonizzato; il che rende difficile la ricostruzione del quadro stesso. Volendo effettuare un tentativo ricognitivo, si possono identificare quattro gruppi di norme europee: 1) quelle che risolvono i conflitti sul regime sanzionatorio applicabile, cioè stabiliscono quale sia il regime applicabile nell'ipotesi in cui il soggetto che ha posto in essere una violazione svolga attività frontiera e quale sia l'autorità deputata all'applicazione delle sanzioni amministrative ³⁰; norme, queste, che si configurano come di diritto internazionale privato, più che di armonizzazione; 2) norme che obbligano gli Stati ad applicare sanzioni amministrative, ma non prevedono né il tipo, né la misura della sanzione stabilendo solo un generale e astratto obbligo di punire ³¹; 3) norme che prevedono specifiche sanzioni in presenza di specifiche violazioni ³²; 4) norme che dispongono la pubblicazione delle sanzioni amministrative, specie di quelle pecuniarie, attribuendo quindi alla pubblicazione una funzione di sanzione ulteriore e aggiuntiva, cioè una sanzione nella sanzione ³³.

Il delineato quadro normativo è stato messo in discussione dal gruppo europeo di esperti ³⁴ che, in una recente relazione, ha posto in evidenza le criticità e i limiti di questo quadro, rilevando l'assenza di un'armonizzazione e, al contempo, l'esigenza di un potenziamento del regime sanzionatorio nel settore dell'attività finanziaria, perché solo l'armonizzazione e il potenziamento di tale regime possono garantire

²⁹ Con la sola eccezione delle agenzie di rating, in relazione alle quali il regolamento 513/2011/CE ha accentrato il potere sanzionatorio in capo all'ESMA.

³⁰ Cfr. art. 16 della direttiva sugli abusi di mercato; artt. 30 e 132 della direttiva sui requisiti patrimoniali; art. 62 della direttiva MiFID; art. 21 della direttiva OICVM; art. 23 della direttiva prospetto.

³¹ Cfr., ad esempio, art. 50 della MiFID; art. 136 della direttiva OICVM.

³² Cfr. artt. 62 e 258 della direttiva 2009/138/CE; art. 99 della direttiva OICVM; art. 8 della direttiva 2002/92/CE sulla intermediazione assicurativa.

³³ Cfr., ad esempio, art. 51 della direttiva MiFID; art. 25 della direttiva prospetto, art. 28 della direttiva *trasparenza*; art. 14 della direttiva sugli abusi di mercato.

³⁴ V. Relazione del gruppo di esperti di alto livello sulla vigilanza finanziaria nell'Unione europea, presieduto da Jacques de Larosière, del 25 febbraio 2009, punto 201.

la stabilità del settore finanziario. Implicitamente, quindi, il gruppo di esperti sostiene la centralità del sistema sanzionatorio nell'architettura complessiva della vigilanza e la sua rilevanza ai fini della stabilità del mercato finanziario. In altri termini, l'attività sanzionatoria viene concepita come complementare all'attività di vigilanza e centrale nell'esercizio di tale attività³⁵, divenendo uno strumento posto a tutela della integrità del mercato.

2. Le prospettive di riforma del quadro normativo europeo e la prova di resistenza dell'ordinamento nazionale.

La prospettiva di riforma del delineato quadro normativo europeo³⁶, nel tendere all'armonizzazione delle discipline nazionali sulle sanzioni amministrative, involge anzitutto le violazioni di rilevante gravità, per le quali si prevede che negli Stati membri debba essere necessariamente prevista, da un lato, la revoca alla persona giuridica dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività finanziaria e, dall'altro, nei confronti della persona fisica l'espulsione dal mercato.

Tentando la prova di resistenza dell'ordinamento nazionale a tale prospettiva di riforma, l'esito è positivo, perché è ivi già prevista la revoca dell'autorizzazione in presenza di determinate violazioni di rilevante gravità ed è altresì prevista l'"espulsione" della persona fisica, per effetto delle sanzioni amministrative accessorie interdittive (impossibilità per il soggetto che ha commesso la violazione di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nelle società e perdita dei requisiti di onorabilità). Occorre, tuttavia, sottolineare che tali sanzioni amministrative interdittive sono previste solo in relazione alle violazioni in materia di offerte pubbliche e di abusi di mercato e, quindi, presentano nel nostro ordinamento un ambito di applicazione limitato a taluni illeciti.

La seconda proposta di riforma del quadro normativo europeo riguarda l'entità delle sanzioni amministrative pecuniarie, le quali, nella prospettiva dell'Unione europea, devono essere contemporaneamente efficaci, proporzionate e dissuasive. Per assumere tali caratteri, secondo

³⁵ Con evidenti riflessi sul riparto di giurisdizione in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Consob, nel senso della devoluzione di tali sanzioni alla cognizione del giudice amministrativo.

³⁶ V. nt. 2.

la prospettiva di riforma in esame, deve essere prevista una misura elevata nel massimo edittale della sanzione, che deve risultare maggiore del beneficio potenziale che potrebbe derivare all'autore della violazione dall'illecito posto in essere: in altri termini, occorre scoraggiare un'eventuale accettazione del rischio di una sanzione pecuniaria.

Ponendo a prova di resistenza il nostro ordinamento anche sotto questo ulteriore profilo di riforma del quadro europeo, si può constatare come la normativa nazionale in materia preveda già dei massimi editali generalmente elevati, in alcune ipotesi molto elevati. È il caso degli abusi di mercato, in cui il massimo edittale è di per sé già "milionario": per l'illecito di manipolazione può essere irrogata una sanzione fino a 25 milioni di euro, con l'aggiunta di un meccanismo moltiplicatore per cui la stessa sanzione può essere elevata fino a 10 volte il massimo edittale se è stato conseguito un profitto elevato. Attraverso il meccanismo del moltiplicatore, l'ordinamento nazionale ancora l'entità della sanzione a quel beneficio cui si riferisce la prospettiva di riforma europea.

In più, nel nostro ordinamento è prevista anche la confisca per equivalente: all'autore dell'abuso di mercato viene applicata la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo; quando non sia possibile eseguire la confisca in natura, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente (art. 187-*sexies* del t.u.f.). La confisca dell'equivalente (al pari della confisca in natura) costituisce una misura obbligatoria. In questo modo, essa finisce per configurarsi come una sanzione amministrativa accessoria pecuniaria, che si va a sommare alla sanzione amministrativa principale. La sanzione complessiva finale, per l'effetto, rischia di diventare "più che proporzionata" rispetto alla violazione commessa.

La terza proposta di riforma del quadro europeo riguarda proprio il criterio della proporzione della sanzione rispetto alla gravità della violazione: sotto tale profilo, vengono individuati i criteri di proporzionalità.

Il primo criterio è rappresentato dal beneficio finanziario derivante dalla violazione: nell'applicare la sanzione l'autorità amministrativa deve tener conto del beneficio conseguito dal soggetto autore dell'illecito.

Il secondo criterio è indicativo della solidità finanziaria del trasgressore: più il soggetto è economicamente solido, più deve essere elevata la sanzione, più il soggetto è economicamente debole, più deve essere contenuta la sanzione.

Il terzo criterio è costituito dal comportamento collaborativo, dovendosi valutare a fini premiali nella quantificazione della sanzione se l'autore della violazione abbia posto in essere comportamenti volti a eliminare e attenuare le conseguenze negative. La quarta tipologia di criterio

di proporzionalità è la durata della violazione: più la violazione dura nel tempo e più deve essere elevata la sanzione.

Nel sottoporre, sotto tale profilo, a prova di resistenza il quadro normativo nazionale, occorre considerare i criteri di quantificazione delle sanzioni previsti dalla legge 689/81, il cui art. 11 prevede come primo paradigma la gravità della violazione, comprendente anche la durata (in conformità, dunque, con i criteri europei).

Il secondo canone previsto dalla legge 689/1981 è l'opera svolta dall'autore dell'illecito per eliminare o attenuare le conseguenze dell'illecito, ovvero il comportamento collaborativo di cui alla proposta di modifica dell'ordinamento europeo: quindi, anche sotto questo profilo, c'è compatibilità tra i due sistemi.

Terzo criterio individuato dalla legge 689/1981 sono le condizioni economiche del reo: anche sotto tale profilo risulta perfetta corrispondenza con il criterio enunciato dalla prospettiva di riforma europea.

Occorre evidenziare che la legge 689/1981 indica un criterio di proporzionalità aggiuntivo rispetto a quanto previsto in sede di proposta di riforma europea e, al contempo, ne omette uno. Nel nostro ordinamento, infatti, è previsto il criterio della personalità dell'autore dell'illecito, che non compare in sede europea, ma tra i criteri generali di quantificazione delle sanzioni non è presente il beneficio finanziario conseguito dall'autore della violazione: la legge 689/1981 non prende in considerazione il vantaggio conseguito dall'autore dell'illecito. Sotto questo profilo, quindi, l'ordinamento nazionale si discosta dal panorama europeo.

Nella quarta proposta di riforma del sistema sanzionatorio in ambito europeo si prevede che le sanzioni siano applicabili sia nei confronti delle persone fisiche, sia nei confronti delle persone giuridiche. Nel nostro ordinamento, nel settore finanziario le sanzioni possono già essere irrogate nei confronti delle persone fisiche³⁷ e dei soggetti che svolgono nella società un'attività di direzione, amministrazione o controllo³⁸. Inoltre, è prevista la responsabilità in solido della società nell'ipotesi in cui la sanzione sia applicata direttamente nei confronti della persona fisica³⁹, nonché la responsabilità della società ai sensi della legge 231/2001. Non v'è dubbio, quindi, che sotto tale profilo il nostro sistema "resiste" alle proposte di modifica in sede europea.

³⁷ Cfr. artt. 191 e 192 del t.u.f.

³⁸ Cfr. artt. 190 e 193 del t.u.f.

³⁹ Cfr. art. 195, co. 9, del t.u.f.

L'ultima proposta di modifica in ambito sovranazionale riguarda la pubblicazione delle sanzioni, che deve costituire la regola, salva un'eccezione: che la pubblicazione della sanzione possa mettere gravemente a rischio la stabilità e l'integrità del sistema finanziario. Nel nostro ordinamento è già prevista, nel settore finanziario, la pubblicazione della sanzione⁴⁰ e si prevede anche l'eccezione indicata in sede di proposta europea, cioè si esclude la pubblicazione delle sanzioni quando dalla stessa possa derivare un danno al mercato. In aggiunta, però, si prevede un'ulteriore eccezione, non contemplata nel panorama di riforma europeo: si può escludere la pubblicità della sanzione quando dalla stessa possa derivare danno sproporzionato alle parti⁴¹. La prospettiva del legislatore nazionale, dunque, si profila più garantista nei confronti del soggetto sanzionato rispetto alla prospettiva europea.

3. La prospettiva di riforma del quadro normativo nazionale.

Come anticipato in premessa, l'art. 6, co. 1, lett. *D*, l. 15.12.2011, n. 217 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee – legge comunitaria 2010) ha delegato il governo ad adottare le modifiche alla disciplina sanzionatoria dettata dal t.u.f. necessarie ad assicurare l'armonizzazione dei criteri applicativi e delle relative procedure sanzionatorie, ad introdurre efficaci misure di deflazione del contenzioso, a garantire l'adeguamento ai modelli normativi dell'Unione europea della disciplina dei controlli, della vigilanza e delle forme e dei limiti della responsabilità dei soggetti preposti⁴².

3.1 L'estensione del principio del *favor rei*.

Il legislatore delegato è stato anzitutto chiamato a prevedere l'estensione del principio del *favor rei* alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob. Tale estensione risulta quanto mai opportuna e necessaria, alla luce dell'art. 1 della legge 689/1981 che, in materia di sanzioni

⁴⁰ Cfr. artt. 187-*septies* e 195 del t.u.f.

⁴¹ Per una lettura critica, sia consentito rinviare a FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, p. 324.

⁴² Si segnala che, al momento in cui si scrive, i termini per l'esercizio della delega conferita dal legislatore sono inutilmente spirati.

amministrative, non consente l'applicazione del principio "penalistico" del *favor rei* e prevede che il fatto contemplato come irregolare venga sanzionato sulla base della norma vigente al tempo del fatto medesimo, nonostante sopravvenienze normative più favorevoli all'autore della violazione.

L'affermazione della regola del *tempus regit actum* scolpita nella legge generale sulle sanzioni amministrative entra in conflitto con l'art. 2, co. 2, ultimo alinea, del reg. n. 2298/95/CE, che al contrario consente l'applicazione al sistema sanzionatorio amministrativo comunitario del principio del *favor rei*. Tale disposizione, infatti, prevede che "in caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose".

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, il principio dell'applicazione retroattiva della sanzione più lieve fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, cosicché esso deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce il rispetto e che il giudice nazionale è tenuto ad applicare⁴³.

La delega conferita dal legislatore con l'art. 6 della legge comunitaria per il 2010, ove esercitata, avrebbe consentito di conformare, in materia di sanzioni amministrative applicate dalla Consob, il quadro normativo nazionale ai principi dell'ordinamento dell'Unione europea, sotto il profilo della legge applicabile all'illecito.

Ad ogni modo, essendo il *favor rei* un principio generale dell'ordinamento europeo, la sua immediata applicabilità nell'ordinamento nazionale comporta la disapplicazione automatica dell'art. 1 della legge 689/1981.

3.2 L'estensione dell'oblazione.

Nella prospettiva di deflazionare il contenzioso, l'art. 6, co. 1, lett. D), della legge comunitaria 2010 prevede l'estensione dell'istituto dell'oblazione alle fattispecie illecite per le quali tale istituto non è espressamente

⁴³ Cfr. Corte Giustizia, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02. Il principio dell'applicazione retroattiva della sanzione più lieve deve essere applicato dal giudice nazionale quando questi debba sanzionare un comportamento non conforme alle disposizioni dettate dalla normativa comunitaria (cfr. Corte di Giustizia, 8 marzo 2007, C-45/06).

previsto dal t.u.f. Nell'ambito del sistema penale, la facoltà di effettuare il pagamento in misura ridotta, denominata tecnicamente "oblazione" (artt. 162 e 162 *bis* c.p.), produce l'effetto di mutare il reato in illecito amministrativo, elidendo l'antigiuridicità penale del fatto e risolvendo sul piano "monetario" il disvalore sociale del fatto stesso. Per tale via, lo Stato rinuncia a far valere la propria potestà punitiva che si concreta nell'esercizio dell'azione penale, in considerazione della non rilevante gravità dei reati per i quali è prevista la facoltà di oblazione a favore dell'autore della violazione.

Nel sistema sanzionatorio amministrativo, invece, la facoltà di effettuare il pagamento in misura ridotta, prevista dall'art. 16 della legge 689/1981, non incide sulla natura dell'illecito, che conserva il proprio carattere amministrativo, ma impedisce che il procedimento sanzionatorio segua il proprio *iter* approdando all'adozione del provvedimento sanzionatorio.

La possibilità di effettuare il pagamento in misura ridotta costituisce una forma di conciliazione volta a definire il rapporto obbligatorio/ sanzionatorio, onde evitare la successiva fase amministrativa di irrogazione della sanzione, ed eventualmente quella giudiziaria. Eseguito il pagamento, l'obbligazione derivante dall'accertamento della violazione si estingue, con preclusione dell'ulteriore corso del procedimento sanzionatorio, mentre il mancato pagamento nel termine è causa di decadenza dal diritto "de quo" (decadenza rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento giudiziario eventualmente instauratosi, vertendosi in materia sottratta alla disponibilità delle parti).

L'arresto del procedimento sanzionatorio e l'estinzione della correlata pretesa non incide, tuttavia, sull'accertamento della violazione, che permane integro sia come fatto storico sia quanto agli effetti che la legge collega ad esso.

Dal momento che il pagamento in misura ridotta anticipa e previene l'adozione del provvedimento sanzionatorio, dovrebbe escludersi, a seguito di tale pagamento, anche l'applicazione da parte dell'amministrazione procedente delle sanzioni accessorie che la legge fa discendere dall'applicazione della sanzione primaria pecuniaria. Va detto, tuttavia, che una tale conseguenza appare eccessivamente vantaggiosa per l'autore della violazione, giacché l'accertamento della violazione si è compiuto e tale violazione è stata in qualche modo riconosciuta dal soggetto che ha provveduto al pagamento in misura ridotta.

Del profilo delle sanzioni accessorie non si occupa l'art. 6 della legge comunitaria 2010, se non per quanto attiene al regime di pubblicità dei procedimenti conclusi con l'oblazione, in relazione ai quali il legislatore

delegato è chiamato a introdurre una nuova disciplina, fermo restando quanto previsto dall'art. 187-*septies*, co. 3, ultimo periodo, del t.u.f.

3.3 L'ingresso dell'istituto degli impegni

Sempre in prospettiva deflattiva, la legge comunitaria 2010 prevede l'ingresso nel t.u.f., con i necessari adattamenti, dell'istituto degli impegni, previsto dall'art. 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per le violazioni di natura organizzativa o procedurale della disciplina degli intermediari e dei mercati.

Nell'ottica di garantire una soluzione più tempestiva dei problemi concorrenziali o di tutela del consumatore discendenti da infrazioni non connotate da particolare gravità, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può concludere un'istruttoria senza accertamento dell'infrazione accettando gli impegni proposti dalle parti e rendendoli obbligatori per le stesse. Gli impegni, per poter essere accettati, devono essere idonei a risolvere i problemi evidenziati in sede di avvio dell'istruttoria: l'accettazione degli impegni deve essere sempre mantenuta all'interno di un nesso di implicazione e/o presupposizione che riconduca gli impegni stessi all'esigenza di eliminazione dei profili anticompetitivi individuati nell'atto di avvio. Il che comporta l'impossibilità di accettare impegni estranei rispetto ai sospetti di anticoncorrenzialità, che avevano indotto l'Autorità ad avviare l'istruttoria.

Né l'accettazione degli impegni risulta integralmente rimessa alla libera scelta dell'Autorità. In ragione del rinvio all'ordinamento comunitario contenuto nell'articolo 14-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità, infatti, è tenuta al rispetto dei vincoli in esso previsti, non potendo, ad esempio, accettare gli impegni in presenza di un cartello segreto, che integra sicuramente gli estremi di una fattispecie antitrust particolarmente grave.

L'istituto degli impegni consente alle imprese di evitare l'accertamento dell'infrazione e all'Autorità di anticipare il proprio intervento alla fase istruttoria.

Discipline speciali e normativa generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie

MARIA ALESSANRA SANDULLI

Devo innanzi tutto rivolgere un sincero ringraziamento all'amico e collega Alessandro Nigro per l'invito a partecipare a questo interessante

dibattito e per l'utilissimo stimolo di riflessione che mi ha offerto. Anche se mi sono tradizionalmente occupata di sanzioni amministrative, avevo lasciato il tema un po' in disparte, seguendolo negli ultimi anni solo in ambito professionale, salvo un recente approfondimento delle sanzioni antitrust (M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni Antitrust*, in *www.federalismi.it*, nonché in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Barucci – Rabitti Bedogni, Torino, Giappichelli, 2010).

Sono quindi particolarmente lieta di quest'occasione, che mi ha dato ancora una volta modo di accostarmi ad una materia di indubbia rilevanza, consentendomi di riscontrare che la giurisprudenza costituzionale e comunitaria ha compiuto passi molto interessanti al riguardo, offrendo autorevole conferma delle conclusioni espresse nei miei primissimi studi sul tema (M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, Jovene, 1981 e *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedimentali*, Napoli, Jovene, 1983).

Non posso però mancare di ringraziare Alessandro Nigro di avermi coinvolto anche per un'altra ragione, che si aggiunge ai sentimenti di stima, di amicizia e di affetto che da anni ci legano, che anzi ne originano: ho cominciato i miei studi di diritto e di giustizia amministrativa con il prof. Mario Nigro e gran parte della mia capacità di riflessione è sicuramente dovuta al Suo insegnamento. Desidero pertanto rivolgere un commosso e grato ricordo a questo grandissimo e carissimo Maestro.

Tornando all'oggetto del mio intervento, anche per cercare di rispettare i tempi assegnatimi con questo tema così importante, comincerei proprio dagli stimoli offertici dalla relazione del prof. Morera.

Occorre invero prendere la mosse dalla natura delle sanzioni amministrative per ricavarne le regole di disciplina: le sanzioni amministrative pecuniarie, ma in generale tutte le sanzioni di carattere afflittivo e quindi tutte le misure che, a prescindere dalla eventuale riparazione dell'interesse leso, hanno come scopo primario quello di punire il contravventore, sono soggette alle regole comuni alle sanzioni penali.

Mi ha fatto piacere che il prof. Morera ha ricordato la pacifica applicabilità anche a tali sanzioni dell'art. 25, co. 2 della Costituzione: quando (alla fine degli anni '70) ho intrapreso i miei studi sulle sanzioni, rilevandone l'equiparabilità, a questi fini, a quelle penali, mi sono scontrata con diverse pronunce contrarie della Corte costituzionale e con opinioni dottrinarie perplesse su questo punto, perché l'art. 25 Cost., facendo specifico riferimento alla materia penale, è stato per un lungo lasso di tempo ritenuto inapplicabile alle sanzioni amministrative (sulle ragioni di tale orientamento, vd. *amplius infra*).

La l. 689 del 1981, nel disciplinare le sanzioni amministrative pecuniarie, ha poi dato ragione ad alcune mie riflessioni. Negli stessi sensi si espresse poi anche Aldo Travi, nel volume sulle sanzioni amministrative del 1983. La l. 689 afferma, sia pure senza rango costituzionale, il principio di legalità e i corollari principi di tassatività e di irretroattività delle sanzioni amministrative.

In realtà si è dovuto attendere molti anni per una piena consapevolezza della necessaria estensione dei suddetti principi a tutte le sanzioni amministrative. Alla fine la riferita teoria dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio ha trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale e nella giurisprudenza della Corte EDU, oltre che della Corte di Giustizia UE, che ripetutamente, a partire dalla fine degli anni Novanta, si è espressa in tal senso. Per la Corte di Giustizia cito per tutte una decisione dell'8 luglio 1999 in causa C-199/92 a proposito delle sanzioni a tutela della concorrenza irrogate dalla Commissione europea.

Quanto alla Corte EDU, un elevato numero di decisioni afferma, a partire dagli anni 2005 e 2006, l'equiparazione o meglio l'indifferenza della qualificazione dell'illecito della sanzione fatta dagli ordinamenti interni (significativa, per tutte, la sentenza *Ziliberberg c. Moldavia*. L'importante, rileva correttamente la Corte EDU, è la natura della misura: se la misura è punitiva, la sua è una funzione di deterrenza e di afflizione e questa funzione la unifica a prescindere dalla sua qualificazione come penale o amministrativa; con conseguente necessità di applicare a tale misura tutti principi sostanziali e procedurali che presiedono all'applicazione delle sanzioni penali: il tema è trattato compiutamente da GOISIS, *Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di Cagnazzo e Toschei, Torino 2012, p. 32 ss.).

Merita in proposito in particolare segnalare che, secondo il Giudice dei Diritti fondamentali, non si può distinguere il procedimento di applicazione della sanzione amministrativa dal giusto processo penale; di talché anche i principi costituzionali dettati dagli artt. 24 e 111 a tutela del giusto processo devono trovare applicazione al procedimento sanzionatorio amministrativo, imponendo, tra l'altro, una specifica procedura e una rigorosa tempistica di contestazione degli addebiti che consenta all'interessato un effettivo esercizio del diritto di difesa (le leggi di settore la prevedono per le sanzioni in materia finanziaria e la l. n. 689, richiamata per le sanzioni delle *Authorities*, la prevede per la generalità delle sanzioni pecuniarie, ma alcune discipline di settore, pur contemplando misure gravemente afflittive, non ne fanno menzione: mi

riferisco ad esempio alle nuove sanzioni applicabili dal GSE, ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2011, per la violazione delle norme sulle richieste di tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici).

Analogamente imprescindibile (ma non sempre garantita) è la separazione tra il momento accusatorio, il momento istruttorio e il momento sanzionatorio. Di nuovo, è emblematico in senso omissivo il citato d.lgs. n. 28 del 2011; e ancor più lo sono le sanzioni alternative introdotte dalle norme sul processo in materia di contratti pubblici in alternativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto, che il Consiglio di Stato può anche in grado di appello decidere di applicare, senza alcun passaggio di carattere procedimentale. Questo tema era stato affrontato dalla giurisprudenza in riferimento al mutamento del regime delle sanzioni ISVAP, dal tempo in cui le applicava il Ministro all'attuale regime che ne prevede l'applicazione diretta da parte dell'Istituto. Sulla questione si sono espressi prima il TAR (nel 2010) e successivamente, in sede di appello, il Consiglio di Stato del 2011 (sentenza n. 1904), che, correttamente richiamando i principi del giusto processo anche per le misure sanzionatorie amministrative, ne hanno in quella particolare ipotesi ritenuto il rispetto, in quanto il regolamento ISVAP ha previsto una distinzione tra la fase accusatoria e la fase sanzionatoria.

Per i principi che devono trovare applicazione nei confronti delle sanzioni amministrative, più che alla 689/91, mi piace però fare richiamo direttamente a norme sovranazionali e a norme di rango superiore, come le disposizioni costituzionali e quelle delle fonti di diritto europeo. La Corte costituzionale, con un'interessante e argomentata pronuncia, la sentenza n. 196/2010, ha invero recentemente riconosciuto a pieno titolo l'applicabilità dell'art. 25 co. 2 alle sanzioni amministrative, proprio richiamando sapientemente la Carta EDU (artt. 7 e 49), e l'art. 7 della Carta di Nizza. Ancora, sempre per citare la giurisprudenza recente, la sentenza n. 338 del 2011 della Corte costituzionale, a proposito di misure di politica fiscale, ha sottolineato la necessità di rispettare i criteri di ragionevolezza e proporzionalità fra il comportamento tributario illecito e la sanzione. Questo è invero un altro fondamentale problema di diritto sostanziale: si è parlato di procedimento e di misure procedimentali, ma non è meno importante il problema della ragionevolezza e della proporzionalità della sanzione, perché spesso accade che non ci sia nella legge di previsione delle misure sanzionatorie e/o nella sua applicazione un attento grado di considerazione della gravità dell'illecito e della condotta, e dunque da un lato dell'elemento oggettivo, dall'altro di quello soggettivo.

In ciò sicuramente, per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie, la legge 689 offre un grande aiuto, perché stabilisce principi abbastanza

chiari, anche se non è direttamente operante se non come linea interpretativa, come guida al lettore, nei confronti delle sanzioni diverse da quelle pecuniarie. In ogni caso evidentemente i principi affermati dal legislatore del 1981 per le sanzioni depenalizzate vanno letti proprio nell'ottica di un trasferimento dei principi tipici delle sanzioni penali alle sanzioni amministrative, con l'unico limite della loro compatibilità con un sistema non legato alla violazione e alla conseguente riprovazione dell'ordinamento generale. La l. 689 può dunque costituire una chiara linea guida per l'individuazione dei principi – sostanziali e procedurali – che devono governare l'applicazione di tutte le misure afflittive, anche non pecuniarie, per garantire il rispetto di quelle norme del diritto costituzionale e del diritto europeo che si impongono in via generale ad ogni intervento punitivo, a prescindere da ogni distinzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Assume a questi fini valore dirimente, come recentemente emerso nel noto contrasto tra AGCM e AGCOM (e Banca d'Italia) per la competenza a giudicare – ed eventualmente a reprimere – le violazioni alle regole a tutela del consumatore (contrasto risolto a favore delle Autorità di settore dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze 11-16 del 2012), l'art. 9 della legge 689, che, in applicazione del divieto di *bis in idem* sostanziale che presiede al principio di specialità in materia penale, ne ha significativamente affermato l'operatività anche tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, dimostrando l'unitarietà del sistema e la sostanziale identità di natura tra le due sanzioni. La Cassazione ha così ad esempio riconosciuto la specialità dell'illecito amministrativo costituito dal prelievo abusivo di acque pubbliche (caratterizzato dalla natura del bene e dalla finalità industriale dello spossessamento), rispetto al furto.

Trattandosi di un principio non costituzionalizzato, può naturalmente accadere che la legge preveda espressamente l'applicazione di una doppia sanzione per lo stesso illecito (come tipicamente avviene per gli illeciti edilizi), come può accadere che l'illecito rientri in due fattispecie simili, ma non identiche, legittimando l'applicazione di entrambe le misure comminate per la relativa commissione. Faccio un esempio recentissimo: una commissione tributaria provinciale in Emilia Romagna, con una decisione di qualche mese fa, si è pronunciata a proposito del d.lgs. 74/2000 che ha introdotto il principio di specialità per le sanzioni tributarie, precisando che esso non opera se si raffigurano due illeciti, per esempio reati per l'emissione di fatture inesistenti e l'illecito amministrativo per omessa dichiarazione degli illeciti correnti conseguiti. Si è affermata cioè la possibilità di configurare due illeciti anche quando

non è previsto espressamente il cumulo di sanzioni, se la fattispecie è punibile tanto con l'illecito amministrativo quanto con l'illecito penale.

Resta comunque ferma l'unitarietà del sistema punitivo, a prescindere dalla qualifica dell'illecito come penale o come amministrativo, ai fini dell'applicabilità alle sanzioni amministrative dei principi costituzionali sulle sanzioni penali.

La ragione per cui la giurisprudenza della Corte costituzionale, che pure aveva inizialmente affermato l'applicabilità del art. 25, co. 2 Cost. anche alle sanzioni amministrative (sentt. 66 del 2006 e 78 del 2007), aveva assunto dopo il 1970 un atteggiamento di maggiore prudenza (sentt. 68 del 1984 e 477 del 1988) è del resto ormai venuta meno, perché quella prudenza era legata alla necessità di identificare la legge cui fa riferimento l'art. 25, co. 2 come legge statale, per assicurare la riserva allo Stato della potestà legislativa in materia penale ed evitare che, riportando le sanzioni amministrative all'art. 25, co. 2, le Regioni potessero pensare di potere legiferare anche in campo penale (CERBO, *Principio di legalità e nuove inedite fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Forum di quaderni costituzionali.it*). Questo timore è stato chiaramente superato dalla riforma del titolo V della Costituzione, che ormai sancisce la riserva allo Stato della potestà legislativa in materia penale nell'art. 117, co. 2 l. 1, consentendo, come sopra ricordato, alla Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 196 del 4 luglio 2010, di richiamare espressamente artt. 6 e 7 della CEDU e affermare testualmente “*il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo e afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto e non è quindi più ammissibile il totale rinvio al regolamento o all'atto amministrativo subordinato da parte della legge, in quanto tale tecnica di normazione viola il principio di determinatezza della fattispecie, desumibile anch'esso dall'art. 25, co. 2 Cost., determinando incertezze sul contenuto essenziale dell'illecito*”.

La “calcolabilità” o “prevedibilità” delle conseguenze penali della condotta, sottesa alla previsione costituzionale del principio di irretroattività (GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011) costituisce invero un altro principio fondamentale in materia di sanzioni, che è valido in campo penale, ma è ancora più valido, paradossalmente, per le sanzioni amministrative, che in molti casi sono ancora più gravi di quelle penali, assumendo una valenza deterrente ancora maggiore, soprattutto se si considera che la sanzione privativa della libertà personale per reati diversi da quelli contro la persona, a fronte di un illecito commesso da una persona anziana o incensurata, è spesso evitabile, mentre non lo è la sanzione amministrativa che vie-

ne applicata direttamente dall'autorità competente, a prescindere dalle condizioni del trasgressore.

Nell'ordinamento attuale si riscontra peraltro frequentemente un'assoluta imprevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, perché sempre più spesso non è dato comprendere l'effettivo contenuto delle disposizioni che regolano la condotta (basti pensare all'emblematica disciplina della s.c.i.a., su cui mi permetto rinviare a M.A. SANDULLI, *Dalla D.I.A. alla S.C.I.A., una liberalizzazione a rischio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 6/2010 e *Primissima lettura dell'Adunanza plenaria n. 15 del 2011*, *ivi*, 2-3/2011) e non è dato comprendere, con la chiarezza imposta dal diritto europeo (UE e CEDU), in che modo un illecito debba essere sanzionato, senza parlare delle modifiche giurisprudenziali e degli interventi di carattere retroattivo sulle norme base di regolazione della condotta.

Si è già richiamata in proposito la sentenza n. 78/2012 della Corte costituzionale ed è importante segnalare la recente decisione n. 4685/2012 della Corte di cassazione a proposito dell'incertezza normativa oggettiva – da distinguere dall'ignoranza della legge – che in materia tributaria esclude l'applicabilità delle sanzioni: il legislatore lo prevede espressamente in materia tributaria, ma i principi generali lo impongono per tutte le sanzioni, ostando *in primis* alle misure imprevedibili e retroattive.

In sintesi, in uno Stato di diritto, non si può che accogliere con il massimo favore la riconduzione ad unità dei principi che informano l'applicazione delle misure sanzionatorie, a prescindere dalla qualificazione che i singoli ordinamenti danno all'illecito.

E nello stesso spirito deve essere apprezzata la previsione, in alcune leggi di settore (come quelle che regolano gli illeciti nel campo finanziario), dell'obbligo di regresso della persona giuridica obbligata in solido al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti del responsabile.

Mi piace in proposito ricordare le critiche che, circa trent'anni fa, avevo mosso sulla diversa disposizione della l. 689, che qualifica il regresso come mero diritto.

In conclusione, i più diversi elementi spingono alla rilettura unitaria delle regole in campo sanzionatorio, rendendo auspicabile, anche nella riferita ottica di "certezza", una riconsiderazione più generale della disciplina delle sanzioni amministrative non limitata a quelle pecuniarie.

Le sanzioni amministrative pecuniarie nelle attività finanziarie: problemi di giurisdizione *

MARCELLO CLARICH

1. Premessa.

La giurisdizione in materia di sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob ha avuto in anni recenti un andamento "altalenante" a causa delle ripetute oscillazioni soprattutto del legislatore che l'ha attribuita al giudice amministrativo e a quello ordinario, senza un criterio univoco apparente.

Anche la coerenza di assetto che sembrava raggiunta con il codice del processo amministrativo (approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) è, infatti, venuta meno a seguito del recente intervento della sentenza costituzionale n. 162 del 27 giugno 2012, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni che devolvono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob, riportando in vita la previgente normativa che le attribuiva alla Corte d'Appello territorialmente competente ⁴⁴.

Per inquadrare il tema è opportuno fare un passo indietro e analizzare il contesto normativo nel quale si sono inserite le novità del codice.

2. Lo scenario precedente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, si registrava, in termini più generali, una tendenza del legislatore a optare per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per esempio relativamente ai provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287) e delle autorità di regolazione dei servizi pubblici (art. 2, co. 25, della leg-

* A una prima revisione del testo sbobinato ha collaborato Francesca Marano.

⁴⁴ Per un primo commento cfr. CLARICH e PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

ge 14 novembre 1995, n. 481 e art. 1, co. 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249). Nel settore assicurativo, poi, l'art. 6 della legge 6 marzo 2001, n. 57 (oggi art. 209 del Codice delle assicurazioni private) ha introdotto una disposizione che devolve al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva anche relativamente ai giudizi di opposizione alle sanzioni anche pecuniarie.

Invero, l'opzione a favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche per i provvedimenti non sanzionatori delle autorità indipendenti non riscontrava il favore generale. Anzi, soprattutto, in materia antitrust si erano levate varie voci critiche⁴⁵. In ogni caso, per effetto dell'evoluzione legislativa recente, quella amministrativa stava assumendo il ruolo di giurisdizione "naturale" delle Autorità amministrative indipendenti⁴⁶.

Nel campo più specifico delle sanzioni pecuniarie si segnalavano però due eccezioni molto rilevanti in materia bancaria e finanziaria.

Infatti, nel settore creditizio e mobiliare, gli artt. 145 d.lgs. n. 385 del 1993 e 195 d.lgs. n. 58 del 1998 prevedevano la giurisdizione ordinaria, e segnatamente la competenza della Corte d'Appello di Roma, per quanto attiene le sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, e la Corte d'Appello nel cui distretto ha sede il ricorrente, per quelle irrogate dalla Consob. Ciò sulla base di una tradizione che nel caso della Banca d'Italia risaliva addirittura alla legge bancaria del 1936 (art. 90 del r.d.l. n. 375 del 1936) e nel caso della Consob al 1996 (art. 44 d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415)⁴⁷.

Queste due eccezioni erano state oggetto di un tentativo da parte della giurisprudenza amministrativa di trasferirle nell'alveo della giurisdizione del giudice amministrativo. L'occasione fu l'estensione delle giurisdizione esclusiva (operata dall'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dalla legge 21 luglio 2000, n. 205) alla materia dei servizi pubblici. Per effetto della pronuncia "manipolativa" della Corte costituzionale (sentenza 4 luglio 2004, n. 204), la giurisdizione esclusiva del

⁴⁵ Cfr., per tutti, GHIDINI - FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, pp. 317 ss.

⁴⁶ Su ulteriori riferimenti questi temi cfr. CLARICH, *Autorità indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 188 ss.

⁴⁷ Per alcune giustificazioni di tale scelta, confermata in sede di emanazione dei testi unici vigenti, ma in epoca antecedente all'evoluzione legislativa più recente, cfr. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa, soc.*, 1995, p. 70.

giudice amministrativo includeva anche *la vigilanza sul credito*⁴⁸.

Sulla base di quest'ultima disposizione, la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto superata la competenza esclusiva e funzionale della Corte d'appello in materia di sanzioni bancarie. In particolare, secondo il Consiglio di Stato la disposizione aveva inteso concentrare presso un'unica autorità giudicante la totalità dei rapporti litigiosi inerenti la materia dei servizi pubblici. Ciò perché sembrava artificiosa la distinzione tra attività di vigilanza, attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo, e attività sanzionatoria, rimessa al giudice ordinario, essendo quest'ultima *"intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti"*⁴⁹.

Anche per le sanzioni irrogate dalla Consob si stava formando un orientamento analogo⁵⁰.

In occasione della riforma del diritto societario, il legislatore ha posto fine a questo filone interpretativo ripristinando la competenza esclusiva della Corte d'appello per le sanzioni in materia creditizia e mobiliare (art. 1, co. 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), scelta poi confermata anche dalla legge sul risparmio (art. 24, co. 5 e 6, della legge 28 dicembre 2005, n. 262). Quest'ultima legge precisa anche che, salvo alcune eccezioni, alle sanzioni amministrative irrogate dalle autorità di vigilanza finanziarie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta contenute nell'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che com'è noto, contiene il regime generale in materia di sanzioni amministrative.

Questi interventi legislativi si inserivano però all'interno della tendenza opposta, già segnalata, ad ampliare ulteriormente la giurisdizione del giudice amministrativo includendovi, per esempio, non più soltanto i provvedimenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ma anche quelli del ministero di settore⁵¹.

In presenza di oscillazioni così vistose era necessario un ripensamento complessivo come quello effettuato con il d.lgs. n. 104 del 2010 che ha operato una scelta netta devolvendo tutte le controversie relative

⁴⁸ La dizione precedente, molto più ampia, faceva riferimento ai *"servizi (...) afferenti al credito"*.

⁴⁹ Cfr. Cons. St., VI, 13 maggio 2003, n. 2533.

⁵⁰ Cfr. App. Napoli, sez. I, 5 luglio 2001, in *Corr. giur.*, 2002, p. 500 ss, con nota di DI AMATO.

⁵¹ Così, in particolare, l'art. 9 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

ai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, incluse le sanzioni pecuniarie in materia creditizia e mobiliare, alla competenza esclusiva del giudice amministrativo, garantendo maggiore coerenza al sistema. Conviene ripercorrere brevemente questa vicenda.

3. Il quadro normativo dopo l'entrata in vigore del Codice.

L'art. 44 della legge n. 69 del 2009, ha investito il legislatore delegato del compito di riordinare il sistema normativo esistente, sulla base di criteri in apparenza molto elastici, incluso quello, utilizzato come si vedrà dalla Corte Costituzionale nella sentenza sopra citata, di tener conto degli orientamenti giurisprudenziali delle giurisdizioni superiori.

Tra gli obiettivi prioritari perseguiti dalla legge delega vi era proprio quello di assicurare la concentrazione della tutela innanzi ad un'unica autorità giudiziaria di ogni forma di tutela delle situazioni giuridiche soggettive relative alla medesima fattispecie. Il principio di concentrazione è enunciato nel codice come espressione del principio di effettività (art. 7, co. 7). Nel contesto delle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, esso poteva essere inteso anche come esigenza di non creare uno iato tra la tutela riferita all'attività di vigilanza, che si sostanzia nell'adozione dei provvedimenti autoritativi necessariamente rientranti nella giurisdizione amministrativa, e quella relativa all'attività sanzionatoria, precedentemente attribuita al giudice ordinario. In fondo, in molti casi, il fatto costitutivo del potere di intervento in sede di vigilanza (per esempio un commissariamento) può essere lo stesso del fatto sussunto come illecito amministrativo. E può essere fonte di incoerenze, oltre che di duplicità di accertamenti, che nel primo caso la tutela sia rimessa al giudice amministrativo (trattandosi di regola di situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo), nel secondo caso al giudice ordinario.

Seguendo questa impostazione, dunque, il d.lgs. n. 104 del 2010 è intervenuto sul tema della giurisdizione in materia di provvedimenti delle autorità indipendenti con le seguenti disposizioni.

In primo luogo, l'art. 133, co. 1, lett. *D*), c.p.a., devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti i rapporti di impiego privatizzati, adottati dalle Autorità indicate dalla norma. Tra queste sono menzionate espressamente anche la Banca d'Italia e la Consob. Di conseguenza, il codice ha abrogato le disposizioni della legge sul risparmio già richiamate che, come visto, attribuivano al giudice ordinario, in particolare la giurisdizione in materia di sanzioni pecuniarie irrogate

da queste due autorità finanziarie (art. 4, co. 1, n. 35 dell'Allegato 4 del codice).

In secondo luogo, l'art. 134, co. 1, lett. c), c.p.a., prevede che la giurisdizione in materia di sanzioni pecuniarie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, incluse quelle di competenza delle Autorità amministrative indipendenti, sia estesa anche al merito, ciò che comporta la possibilità del giudice di sostituirsi all'amministrazione (art. 7, co. 6, del codice). Questa disposizione ha lo scopo di risolvere una volta per tutte alcuni dubbi riferiti in particolare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato circa il potere del giudice amministrativo di modificare l'entità della sanzione irrogata. La formulazione letterale della disposizione non è peraltro felicissima perché essa usa l'espressione *sanzioni amministrative*, senza specificare se si tratta solo dell'ammontare delle medesime o anche più in generale dei provvedimenti che le irrogano ⁵².

In terzo luogo, l'art. 119 include i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti nell'elenco delle controversie per le quali il codice prevede il rito speciale abbreviato che prevede il dimezzamento dei termini processuali e altre regole particolari volte a limitare ai casi di estrema gravità e urgenza l'adozione di misure cautelari. Rispetto alle tempistiche usuali della Corte d'appello riferite ai giudizi di opposizione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, i tempi del processo amministrativo cautelare diventano molto più serrati per l'amministrazione che si deve dunque attrezzare al proprio interno per rendere possibile l'acquisizione degli elementi necessari per poter svolgere una difesa efficace.

Una conseguenza di queste innovazioni è che viene recuperato il doppio grado di giudizio non garantito in passato dalla competenza della Corte d'Appello. Si potrebbe ritenere che ciò non sia un beneficio perché allunga i tempi di una risoluzione definitiva della controversia in materie come quelle finanziarie in rapida evoluzione, tanto più che nel dibattito sulle autorità indipendenti si era levata in passato anche qualche voce ed era stata avanzata qualche proposta tesa ad attribuire direttamente al Consiglio di Stato, come giudice unico, le controversie

⁵² Il dubbio non può essere sciolto del tutto andando a esaminare le espressioni utilizzate dall'art. 133 relativo alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva nel quale compare sia l'espressione "*provvedimenti, compresi quelli sanzionatori*" (lett. d), sia l'espressione "*sanzioni amministrative*" affiancata a quella di "*provvedimenti*" (lett. n) riferita all'organismo di regolazione in materia di infrastrutture ferroviarie.

relative agli atti delle autorità indipendenti ⁵³. Ciò in quanto il procedimento amministrativo dinanzi a quest'ultime già garantisce un contraddittorio molto ampio (più di quello assicurato in termini generali dalla legge 7 agosto 1990, n. 241) e data la loro natura "paragiurisdizionale".

4. Profili problematici conseguenti la nuova disciplina codicistica.

Un punto delicato riguarda l'oggetto e l'estensione del sindacato del giudice amministrativo e dunque la questione se la giurisdizione di quest'ultimo assicuri una maggiore o minore effettività della tutela rispetto a quella offerta dal giudice ordinario.

In termini generali, sull'oggetto del giudizio di impugnazione-opposizione alla sanzione dinanzi al giudice ordinario ai sensi della legge n. 689 del 1981 si sono formati nel tempo, com'è noto, due orientamenti contrapposti.

Secondo un primo indirizzo, a lungo sostenuto anche dalla giurisprudenza, oggetto del giudizio è solamente l'atto impugnato, ossia l'ordinanza-ingiunzione, e non il fatto illecito accertato. L'opposizione viene concepita quindi come un giudizio a carattere impugnatorio, volto all'accertamento della legittimità formale e sostanziale del provvedimento sanzionatorio, del quale il giudice si limita a verificarne la conformità alla legge.

L'orientamento giurisprudenziale, ormai maggioritario, in materia di sanzioni pecuniarie sembra ormai di segno opposto. La Corte di Cassazione infatti ritiene che, nei giudizi aventi ad oggetto la comminazione di sanzioni amministrative, il sindacato verta non solo sul provvedimento sanzionatorio, ma anche sullo stesso fatto illecito accertato. La cognizione attribuita al giudice è quindi piena: non si limita all'atto contro cui è diretta l'opposizione ma investe l'intera pretesa sanzionatoria, a prescindere dai motivi di opposizioni dedotti, e consente un riesame integrale del rapporto giuridico controverso e dell'assetto sostanziale della situazione soggettiva delle parti in causa. Ciò comporta tra l'altro una svalutazione pressoché totale dei vizi relativi al procedimento e alla motivazione che invece, secondo l'altro orientamento, giustificano l'annullamento dell'ordinanza-ingiunzione.

⁵³ Per esempio la proposta era stata avanzata nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle autorità indipendenti avviata dalla Camera dei deputati nel 2000: *Atti parlamentari*, XII legislatura, *Indagini conoscitive e documentazioni legislative*, n. 31.

Tale impostazione si fonda su una concezione del provvedimento sanzionatorio quale strumento e occasione di valutazione della situazione sostanziale sottostante; dunque oggetto del giudizio del giudice non è solo l'atto, ma il rapporto presupposto.

Aderendo a tale tesi, il giudizio di opposizione al provvedimento sanzionatorio assume i caratteri tipici di un processo nel quale a una fase rescindente segue una rescissoria, che consente al giudice di ridefinire la sanzione. In sostanza, il sindacato non si limita all'*an*, ma si estende anche al *quantum*.

Con il passaggio della giurisdizione dal giudice ordinario al giudice amministrativo non cambiano in linea di principio le coordinate entro le quali va impostata la questione dell'oggetto del giudizio. Infatti, com'è noto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è una giurisdizione per sommatoria, nella quale cioè alla tutela degli interessi legittimi si aggiunge quella dei diritti soggettivi. Pertanto se sul piano sostanziale il rapporto tra autorità amministrativa che irroga la sanzione e soggetto responsabile dell'illecito è ricostruibile in termini di pretesa creditoria alla quale corrisponde un'obbligazione avente per oggetto il pagamento di una somma di danaro, il mero trasferimento della giurisdizione non può mutare la natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dunque l'oggetto di quest'ultimo.

Del resto, quando negli anni Venti del secolo scorso, venne attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego, la necessità di tutelare i diritti soggettivi (retribuzione, ferie, ecc.) costrinse la giurisprudenza amministrativa ad aprire il processo amministrativo all'azione di accertamento e di condanna, superando così le strettoie del giudizio impugnatorio. Gli atti emanati dall'amministrazione vennero dequotati ad "atti paritetici", privi del carattere dell'autoritarità, in modo da non renderne necessaria l'impugnazione nel termine decadenziale di 60 giorni ⁵⁴.

Se così è, in linea di principio, il giudice amministrativo, i cui poteri di cognizione e istruttori sono stati ampliati notevolmente dal codice proprio in conformità al principio di effettività della tutela e al principio della strumentalità del processo ai bisogni di tutela correlati alla situazione giuridica sostanziale, si deve confrontare nel giudizio avverso le

⁵⁴ Cfr., per tutti, DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 365 ss.

sanzioni pecuniarie delle autorità indipendenti con gli stessi problemi ricostruttivi che hanno travagliato il giudice ordinario.

È certo tuttavia che, per tradizione, ancora oggi il giudice amministrativo è più incline ad applicare i parametri tradizionali del giudizio di impugnazione che ha sempre costituito il nucleo centrale del processo amministrativo. È vero peraltro che il codice del processo amministrativo ha aperto la strada a un'amplissima gamma di azioni di accertamento e di condanna (art. 30 e art. 31) che vanno ben al di là della tradizionale azione di annullamento (art. 29) e dunque il giudice amministrativo dovrà acquisire un nuovo abito mentale ⁵⁵.

Ciò può spiegare tra l'altro una qualche titubanza emersa nella giurisprudenza a procedere a una nuova quantificazione della sanzione inflitta, in caso di accoglimento del ricorso.

Così, per esempio, è stato affermato che in "sede di quantificazione delle sanzioni amministrative, nonostante sussista la giurisdizione piena del giudice amministrativo estesa anche al merito, nel caso in cui non si tratta di rideterminare il quantum di una sanzione ritenuta incongrua o sproporzionata ma di sanzioni che vadano, al contrario, ricalcolate ex novo, sulla base di dati contabili completamente diversi da quelli originariamente considerati, risulta opportuno che le necessarie operazioni di quantificazione e di analisi contabile vengano svolte direttamente dall'Autorità che è in possesso di tutti i dati e di tutti gli strumenti per farlo, e non dal Collegio" (cfr. Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1009).

Del resto, anche nelle controversie risarcitorie, il codice consente al giudice amministrativo di accertare soltanto l'"an" del risarcimento, rimettendo a un accordo tra le parti, almeno in prima battuta, la determinazione del "quantum" in base ai criteri stabiliti dal giudice (art. 34, co. 4).

Per quanto riguarda l'intensità del controllo giurisdizionale, va osservato che in materia di sanzioni pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob l'accertamento dell'illecito non costituisce quasi mai un'operazione pressoché meccanica come accade per gran parte delle sanzioni amministrative collegate alla violazione di leggi amministrative di settore che impongono precetti puntuali ⁵⁶. Si pensi soltanto

⁵⁵ Per un commento organico al codice cfr. *Il processo amministrativo*, a cura di Quaranta – Lopilato, Milano, 2011.

⁵⁶ Per alcuni dubbi sulla possibilità di individuare situazioni giuridiche di diritto soggettivo nel caso delle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob cfr. FRATINI, *Sanzioni*

al criterio della “sana e prudente gestione” in base al quale vanno valutati i comportamenti dei soggetti vigilati che costituisce un esempio tipico di concetto giuridico indeterminato la cui concretizzazione e applicazione al caso di specie risulta pressoché insindacabile. Va ricordato in proposito che le fattispecie nelle quali la giurisprudenza della Cassazione, anche recente, ha optato per il modello del giudizio sul rapporto si riferiscono invece a situazioni (soprattutto le sanzioni disciplinate dalla legge n. 689 del 1981) in relazione alle quali il fatto costitutivo dell'illecito ha una struttura elementare e si presta ad essere accertato, quanto a esistenza o inesistenza, in modo univoco⁵⁷. In generale si tratta di violazioni soprattutto del codice della strada⁵⁸. Tutto ciò spiega perché nel caso dei provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti l'atteggiamento dei giudici, sia ordinari sia amministrativi, appare invece in qualche misura “deferente” nei confronti degli apprezzamenti da esse effettuati⁵⁹.

Il problema non potrebbe considerarsi risolto del tutto nemmeno attraverso il ricorso generalizzato alla consulenza tecnica d'ufficio (ora ammessa anche dall'art. 63, co. 4 e dall'art. 67 del codice del processo amministrativo). Il giudice, infatti, si trova comunque, in molti casi, di fronte al bivio se accettare acriticamente le risultanze contenute nella relazione del c.t.u. o valutarne la logicità, coerenza e attendibilità sulla base degli stessi criteri che gli avrebbero consentito di apprezzare le valutazioni dell'amministrazione. Specie con riguardo alle autorità amministrative indipendenti, dotate di un elevato grado di competenza e di professionalità, non è del tutto chiaro perché le valutazioni del c.t.u. debbano avere un peso maggiore di quelle dell'autorità che ha emanato il provvedimento. Non è un caso che nei giudizi di opposizione avverso le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob anche le corti d'appello ricorrevano di rado a questo strumento.

CONSOB e giurisdizione dopo la legge “sul risparmio”, in *Rass. avv. di Stato*, 2006, 2, p. 355.

⁵⁷ Nel gergo degli amministrativisti una siffatta attività è qualificabile di mero accertamento, piuttosto che di valutazione.

⁵⁸ Si veda per esempio la sentenza della Corte di Cassazione, S.U., 28 gennaio 2010, n. 1786; Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5891, riferita a una sanzione pecuniaria per violazione delle norme in materia di affissioni di manifesti di natura politica.

⁵⁹ In una prima fase anche la giurisprudenza amministrativa aveva posto la distinzione tra “sindacato forte” e “sindacato debole” nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti: CLARICH, *Autorità*, cit., p. 203, ss.

Anche con riferimento al giudice ordinario, dunque, se non siamo in presenza di un controllo di tipo “debole” (cioè estrinseco, cioè di razionalità, coerenza, ecc.) anziché “forte” (cioè di tipo sostitutivo) poco ci manca, e questo anche dando per appurato che i procedimenti sanzionatori non danno spazio a giudizi di tipo propriamente discrezionale (cioè di ponderazione di interessi pubblici e privati rilevanti nella singola fattispecie).

Il dibattito resta in qualche misura aperto e, come anticipato, esso perde in parte di rilevanza, in seguito alla sentenza n. 162 del 2012 della Corte Costituzionale, sulla quale occorre soffermarsi brevemente.

5. Cenni alla sentenza della Corte Costituzionale del 27 giugno 2012, n. 162.

Si è detto che il d.lgs. n. 104 del 2010, conformemente alle prescrizioni della legge delega, ha stilato un elenco meramente ricognitivo delle controversie nelle quali il giudice amministrativo è titolare di una giurisdizione esclusiva. Tra queste – per quanto qui interessa – rientrano quelle aventi ad oggetto i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, delle Autorità amministrative indipendenti, incluse Consob e Banca d'Italia.

Tale assetto, tuttavia, è stato messo nuovamente in discussione dalla Consulta la quale ha dichiarato l'incostituzionalità per eccesso di delega “...*degli articoli 133, comma 1, lettera l), 135, comma 1, lettera c) e 134, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB)...*”, specificando altresì, nella parte motiva, che le disposizioni che attribuiscono alla Corte d'Appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Consob “*illegittimamente abrogate, tornano ad avere applicazione*”.

A sostegno della propria decisione, la Corte Costituzionale rileva come il legislatore delegato, nell'attribuire al giudice amministrativo giurisdizione esclusiva in materia di sanzioni irrogate dalla Consob, non abbia tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione sul punto che, come si è già accennato, rappresentava uno dei criteri

previsti dalla legge di delega. Secondo la Corte, infatti, la giurisprudenza afferma che il giudizio di opposizione alle sanzioni spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, in quanto esse devono essere applicate sulla base di criteri "*che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa*" (Cass., S.U., 22 luglio 2004, n. 13703). Una volta esclusa che l'irrogazione di queste sanzioni sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, viene meno, secondo la Corte costituzionale, la possibilità "*di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato*" che si discosta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La sentenza riapre una smagliatura nel sistema e prende nuovamente forma l'originario iato che affidava ad organi giurisdizionali diversi la tutela di posizioni giuridiche uguali; infatti ora tutte le controversie che interessano i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fatta eccezione per quelle che coinvolgono l'attività della Consob, che tornano nell'alveo della giurisdizione ordinaria, con tutte le conseguenze, processuali e sostanziali, che ne derivano.

Ma la sentenza della Corte Costituzionale pone un problema in quanto la norma dichiarata illegittima dalla Corte in *parte qua* – ovvero in relazione alla giurisdizione sulle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob – è la stessa che attribuisce la giurisdizione del giudice amministrativo per le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia. Sebbene la declaratoria di incostituzionalità si sia limitata a colpire la norma rilevante nel processo *a quo*, senza dichiarare l'illegittimità consequenziale dell'intera disposizione, è lecito interrogarsi sulla sorte della giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alle sanzioni bancarie. È facile prevedere che, ove se ne presentasse l'opportunità, la Corte Costituzionale annullerebbe anche le disposizioni del codice riferite alle sanzioni pecuniarie bancarie e in questa fase, anzi, i giudici civili o amministrativi dovrebbero in modo quasi automatico sospendere i giudizi pendenti e rimettere la questione al giudice delle leggi.

Il quadro normativo che si profila al giorno d'oggi è, dunque, ancora più incoerente di quanto non fosse prima dell'approvazione del codice del processo amministrativo. Non resta che confidare, più che in un intervento della Corte costituzionale, in un chiarimento legislativo. La discrezionalità del legislatore non è stata in alcun modo intaccata dalla sentenza della Corte che, al di là della censura relativa all'eccesso di delega, nulla dice sulla costituzionalità della scelta a suo tempo operata dal codice. Alla prima occasione utile il Parlamento potrebbe confer-

marla o, magari, prima che intervenga una nuova pronuncia della Corte costituzionale di analogo tenore, riferita alle sanzioni bancarie, restituire al giudice ordinario anche la cognizione di quest'ultima tipologia di sanzioni. Magari a qual punto, ragioni di coerenza vorrebbero che anche le sanzioni pecuniarie in materia assicurativa irrogate dall'Isvap (ora trasformata in Ivass) vengano assegnate a quest'ultimo.

Considerazioni conclusive

VITTORIO SANTORO

Passo a questo punto alla mia funzione di relatore di sintesi per proporvi qualche breve considerazione.

Abbiamo ascoltato i nostri relatori intervenire sul tema delle sanzioni amministrative pecuniarie e credo di non errare se dico che tutti loro hanno inteso, in primo luogo, metterle a confronto con le sanzioni penali misurandone la rispettiva efficacia.

In ordine a ciò il punto di vista è stato ampiamente condiviso e si può così sintetizzare: negli ordinamenti settoriali inerenti ai mercati finanziari, sotto il profilo della repressione dei comportamenti illeciti, si è abbandonata la visione prevalentemente penalistica a favore di una visione repressiva prevalentemente amministrativistica.

Questa tendenza ha rappresentato un passo avanti, penso che tutti ne siamo convinti. Intendo dire che nelle attività finanziarie un deterrente efficace per prevenire comportamenti illeciti non è dato tanto dallo spauracchio della norma penale, quanto da una sanzione amministrativa ben calibrata e modulata in relazione alla situazione concreta. Condivido qui, in particolare, le osservazioni di Sandulli.

L'efficacia della sanzione amministrativa sta, in primo luogo, nel fatto che viene colpito nel portafogli chi si rende responsabile di comportamenti non corretti e, in secondo luogo, nel fatto che le persone giuridiche sanzionate devono esercitare il regresso nei confronti delle persone fisiche responsabili. Sotto tale profilo, la legislazione dei settori finanziari sta affinando i propri strumenti e si muove complessivamente verso un modello uniforme. A sua volta la prospettiva europea, quale ce l'ha illustrata Fratini, indica una notevole assonanza con le scelte operate nell'ordinamento nazionale.

In termini di efficacia potremmo dire che il legislatore ha usato la stessa logica che usa nel contrasto della criminalità organizzata, quando confisca il profitto delle attività illecite.

Però Nigro e Fratini ci hanno avvertito che non bisogna esagerare perché altrimenti la sanzione sarebbe più che proporzionale se, poi, la combinassimo con la confisca, arriveremmo a importi di carattere spropositato.

Se si considerano, infine, le pene accessorie interdittive che possono colpire le persone fisiche (amministratori, titolari della funzione di controllo, direttori delle società sottoposte a vigilanza) e che comportano l'interdizione di assumere incarichi di amministrazione direzione e controllo delle società medesime, l'effetto deterrente assume davvero una portata notevole, posta la sensibilità dei colletti bianchi a tale tipo di "pena" in ragione dell'impossibilità di continuare a svolgere la propria attività professionale nel settore di elezione, in sostanza essi corrono il rischio di essere colpiti nel portafogli per la seconda volta.

Dal punto di vista della portata di deterrenza delle norme, questo pomeriggio si sono, invece, trascurate le sanzioni civili, certo perché il tema non è oggi all'ordine del giorno. Ma, Sandro Nigro, introducendo il suo discorso, vi ha fatto opportunamente cenno. Personalmente ritengo che questa ulteriore alternativa debba essere approfondita e integrata in un sistema di sanzioni efficiente se è vero, come ci ha suggerito Nigro, che le stesse sanzioni amministrative devono oggi essere lette anche in funzione della tutela di interessi privati e ciò con particolare riguardo alla disciplina di trasparenza nelle relazioni con la clientela.

Anche Galanti ci ha ricordato che le autorità di controllo hanno molto spesso attivato sanzioni di tipo civilistico all'esito di ispezioni di vigilanza quando risultava una divergenza tra le condizioni pubblicate nei fogli informativi e quelle effettivamente applicate, sicché quando non si sanzionava amministrativamente si disponeva, tuttavia, la restituzione del maltolto.

Mi sono chiesto, in un mio recente scritto, se non si possa fare di più vale a dire disporre che la documentazione di cui si sia avvalsa l'Autorità, durante le proprie indagini, siano messe a disposizione dei consumatori, affinché costoro possano avvalersene quale mezzo di prova nelle loro azioni individuali e collettive (tipo *class action*) che sarebbero, per tale via persino incentivate. Occorrerebbe introdurre, poi, una disposizione, di recente adottata negli Stati Uniti con il Dodd-Frank Act, che imponesse al giudice di tenere in debito conto le valutazioni espresse dalle Autorità (che negli US è, tuttavia, un'Autorità a tutela dei consumatori appositamente istituita), al fine di determinare l'eventuale risarcimento del danno a carico delle persone giuridiche e fisiche responsabili di comportamenti scorretti vuoi in termini trasparenza, vuoi in termini di vendita di prodotti non adeguati alla clientela *retail* ecc. È

evidente, tuttavia, che la sanzione civilistica ha senso solo laddove siano direttamente coinvolti gli interessi dei privati.

Resta fermo, a mio avviso, che sanzioni penali, sanzioni amministrative e sanzioni civili devono essere adeguatamente combinate insieme affinché siano disincentivati i comportamenti scorretti.

Accanto al tema dell'efficienza deterrente delle norme, e direi a bilanciamento, l'altro tema maggiormente trattato dai relatori è stato quello delle garanzie da offrire al soggetto sanzionando: quanto più terribile dal punto di vista della deterrenza è la sanzione nella pena edittale, tanto più il giurista deve mostrare attenzione al profilo di garanzia, perché altrimenti lasceremmo disarmato il povero malcapitato contro possibili prevaricazioni, volontarie o involontarie, da parte di chi commina la sanzione.

Sotto tale profilo, Galanti e Carriero hanno posto in evidenza quale sia la prudenza e l'equilibrio, rispettivamente di Banca d'Italia e dell'ISVAP, nella istruttoria e nella comminazione delle sanzioni.

Personalmente mi sembrerebbe più conforme ai principi del nostro ordinamento un sistema che prevedesse un'alterità tra autorità che istruisce la pratica a fini sanzionatori e il soggetto che deve invece comminare la sanzione stessa; si dovrebbe evitare che l'organo che conduce l'istruttoria sia gerarchicamente subordinato rispetto ad altro organo della medesima autorità poi deputato a prendere le decisioni finali. Sotto tale profilo sarebbe stato migliore il modello predisposto per l'ISVAP e che Carriero ci ha ricordato che è restato in vigore solo quindici giorni.

Morera, dal canto suo, ha posto anche in evidenza che nel momento di chiusura della c.d. fase istruttoria e prima della fase decisoria le Autorità di vigilanza non sono tenute a informare l'interessato, cosicché questi è messo nell'impossibilità di presentare, in tale momento, le proprie controdeduzioni, che pure dovrebbero essere oggetto di valutazione in occasione dell'irrogazione della sanzione. Si aggiunga, ancora, che non è garantito l'accesso alla documentazione dell'Autorità di vigilanza da parte del soggetto sanzionando. Sicché mi sembra più che condivisibile l'osservazione avanzata da Morera in ordine al fatto che il principio del contraddittorio non è sempre effettivamente osservato.

Detto questo chiudo qui il nostro incontro di studio, ringraziando ancora una volta i nostri ascoltatori per l'attenzione, il prof. Nigro per l'organizzazione scientifica, la Facoltà di Economia della Sapienza per l'ospitalità e tutti i relatori per le loro puntuali osservazioni.

