

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), THOMAS ULEN (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CAGLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO),
MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La giurisdizione sui “regolamenti sanzionatori” di Consob spetta al giudice amministrativo. Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1355.

Spetta alla giurisdizione amministrativa l'esame dei vizi dei regolamenti sanzionatori di Consob quando l'oggetto del giudizio sia l'atto regolamentare o amministrativo “a monte” della determinazione punitiva. Il pregiudizio che deriva recta via dal regolamento sul procedimento - senza alcuna connessione con l'adozione del provvedimento sanzionatorio - trova la sua causa nel cattivo esercizio del potere la cui cognizione è riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo (annulla T.A.R. Lazio, sez. II-quater, 6 aprile 2018, n. 4269).

1. Con la pronuncia in epigrafe il Consiglio di Stato ha riformato una sentenza del T.A.R. Lazio, confermando la giurisdizione del Giudice Amministrativo sui regolamenti che disciplinano i provvedimenti sanzionatori di Consob (e Banca d'Italia)¹; risulta, così, corretto il contrario orientamento del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio secondo cui i profili di illegittimità dei regolamenti sarebbero “attratti” nel sindacato del Giudice Ordinario, cui compete la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori delle due Autorità di vigilanza sul mercato finanziario e bancario.

Per il Consiglio di Stato non esistono spazi per interpretazioni derogatorie delle norme sulla giurisdizione amministrativa (art. 7,

¹ Nella stessa direzione e sul medesimo argomento della pronuncia annotata si veda, Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 962, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini, si segnala anche Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 5800, in www.giustizia-amministrativa.it, che annulla una sentenza di primo grado declinatoria della giurisdizione sul regolamento sanzionatorio di Banca d'Italia. E', ancora, da evidenziare, come, prendendo posizione sulla questione della “giustiziabilità” dei regolamenti sanzionatori dell'autorità bancaria, la seconda sentenza richiami una precedente decisione della stessa sezione – Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 - relativa a quelli della Commissione nazionale per le società e la borsa. Sempre in tema di giurisdizione sui “regolamenti sanzioni” di Banca d'Italia, si vedano anche le conformi conclusioni di Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017 n. 3822, in www.giustizia-amministrativa.it.

comma 1, cod. proc. amm.). In particolare, non è consentito - valorizzando la strumentalità del procedimento rispetto all'adozione del provvedimento - pretendere di concentrare in sede di opposizione alla sanzione pecuniaria (*ex art. 195, commi 4 - 7-bis, TUF*) anche le censure alle regole che disciplinano l'azione amministrativa. È, in altri termini, escluso che gli eventuali vizi del regolamento siano rilevabili unicamente in sede di opposizione al provvedimento sanzionatorio, "risalendo" da esso all'illegittima configurazione delle fasi e degli atti procedurali che li hanno preceduti².

Discostandosi dall'impostazione riduttiva/declinatoria del T.A.R. Lazio, il Consiglio di Stato non dubita che i ricorrenti sanzionati da Consob con l'irrogazione di significative pene pecuniarie possano anche veder scrutinare – in via principale – dal giudice amministrativo i motivi di censura del "regolamento sanzioni" di tale Autorità.

L'ordinamento prevede una tutela differenziata, destinata a svilupparsi sia innanzi al giudice ordinario che a quello amministrativo stante la "*naturale convivenza nell'ambito del procedimento sanzionatorio di posizioni di interesse legittimo (rispetto agli atti presupposti) e di interesse soggettivo (rispetto agli atti conclusivi del procedimento)*".

Sulla base di tale impostazione sistemica³, l'impugnazione in sede di opposizione della determinazione punitiva innanzi alla corte

² Per il T.A.R. Lazio, 4269/2018 cit. (motivazione, p. 4) in www.giustizia-amministrativa.it, "Ad avviso del Collegio la giurisdizione del giudice ordinario non può non estendersi - in linea di principio - a tutte le questioni attinenti alla conduzione e allo svolgimento del relativo procedimento amministrativo. Ciò essenzialmente in quanto il procedimento è finalizzato al provvedimento, mentre quest'ultimo, per converso, presuppone il procedimento". Dunque, risulta inammissibile l'impugnazione degli atti amministrativi che ineriscono a determinazioni punitive sindacabili dall'A.G.O. perché, "l'unitarietà del potere sanzionatorio, esercitato attraverso l'adozione di atti funzionalmente diretti all'adozione della decisione finale conclusiva del procedimento, comporta, sul piano processuale, che la competenza funzionale della Corte d'appello sui ricorsi in opposizione alle sanzioni della Consob si estende anche ai relativi atti endoprocedimentali, costituenti estrinsecazione di un medesimo potere sanzionatorio, sicché la relativa cognizione non può non essere attratta nell'ambito di cognizione del giudice munito di giurisdizione sull'opposizione proposta avverso il provvedimento sanzionatorio, nel quale confluiscono eventuali vizi degli atti prodromici e funzionali alla sua adozione".

³ Logica di sistema, si deve sottolineare, con fondamento costituzionale, *ex art. 103, comma 1 e dell'art. 113 Cost.*

d'appello assume rilevanza “confermativa”, ma non “preclusiva”, rispetto al giudizio amministrativo, ponendosi quale elemento che “*consolida l'interesse ad impugnare il regolamento*”⁴. L'adozione del provvedimento sfavorevole integra l'interesse ad agire. Invero, prima di tale atto non è dato immaginare quale utilità concreta il ricorrente potrebbe trarre da una pronuncia a lui favorevole in ordine all'illegittimità di una o più disposizioni del regolamento⁵.

2. L'affermazione della sussistenza della giurisdizione amministrativa sui regolamenti “sanzionatori” della Consob è sorretta da una motivazione lineare, al limite dell'ovvio, ma tuttavia indispensabile per arginare la tendenza del T.A.R. Lazio a schivare l'onere di esercitare un sindacato pieno sui regolamenti delle Autorità di vigilanza “finanziaria”.

Una tendenza – erronea sotto il profilo strettamente giuridico – fondata su una sorta di deferenza nei confronti delle decisioni delle Autorità di vigilanza, motivata con la loro tecnicità, da cui discende il

⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 5800/2018, cit. (motivazione, par. 7).

⁵ Si ricorda, infatti, che lo stesso Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n.1595/2015 (motivazione, par. 34 – 35), cit., ha escluso l'ammissibilità dell'impugnazione delle disposizioni del regolamento sanzioni Consob prima dell'adozione della misura affittiva, richiamando i principi in materia relativi agli atti normativi o generali, presupposti di atti ad incidenza puntuale. Per il Collegio, “*La questione relativa alla impugnabilità da parte dei singoli delle norme regolamentari è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha affermato che il singolo non è, di regola, legittimato ad impugnare le norme regolamentari in quanto la generalità e l'astrattezza delle prescrizioni normative impedisce di ravvisare sia l'attualità della lesione sia una posizione differenziata rispetto al quisque de populo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Commissione speciale, parere 14 febbraio 2013, n. 3909/11).*”

La lesione che radica l'interesse al ricorso deve, infatti, essere attuale e non può discendere da un pregiudizio allo stato meramente eventuale ed incerto.

Nel caso in esame, la lesione si attualizzerà soltanto se e quando verrà eventualmente inflitta la sanzione, fonte di effetti immediatamente e direttamente lesivi”. In termini, conformi, si veda, anche, Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2019, n. 969 (motivazione par. 3), in www.giustizia-amministrativa.it, che, richiamato l'arresto del 2015, ricorda come l'adozione della misura affittiva rappresenti il momento in cui si attualizza la lesione e, dunque, in cui sorge l'interesse all'impugnazione.

“salvacondotto” dell’insindacabilità⁶ [ignorando gli apporti della più recente dottrina sull’articolazione e graduazione delle valutazioni tecniche]⁷. O, ancor peggio mossa dal timore dell’impopolarità di pronunce di accoglimento dei ricorsi che ricadrebbero “a cascata” sull’efficacia di sanzioni “popolari” perché irrogate nei confronti della “casta” bancaria o finanziaria.

Sullo sfondo può esservi anche il timore di riaccendere il dibattito sulla legittimazione del G.A., stante l’accusa che il mondo politico ha mosso alla magistratura amministrativa d’essere un “freno per l’economia”⁸.

Per arrivare all’affermazione, “scontata”, della spettanza alla giurisdizione generale di legittimità del Giudice Amministrativo della cognizione degli eventuali vizi dei regolamenti sanzionatori della Consob, il Consiglio di Stato ricorda come il potere normativo ed il potere sanzionatorio, per una consolidata e tradizionale impostazione abbiano caratteristiche e natura diversa: discrezionale il primo, vincolato il secondo⁹.

⁶ Sulla problematica e le sue ricadute operative, per tutti, F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica* in *Enc. Dir.*, Annali II/2, Milano 2009, p 471 e ss.

⁷ Deferenza che, come sottolinea la dottrina – S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d’Italia e Consob*, in AA. VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, p. 14 e in Id., *Le trasformazioni delle banche*, Pisa 2018 – risulta ancora più evidente se si esaminano le sentenze dell’A.G.O. che concludono i procedimenti d’opposizione alle sanzioni amministrative comminate da Consob e Banca d’Italia.

⁸ In tal senso, si veda la provocatoria esortazione di Romano Prodi che, in più occasioni, ha sollecitato una riforma del sistema della giustizia italiana, con il superamento della giurisdizione amministrativa, vista come un laccio alla crescita dell’economia domestica. Cfr. *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all’Italia* (2013), in www.romanoprodi.it. Per una condivisibile critica alla proposta si veda, F. VOLPE, *Perché è sbagliato abolire o ridurre la fase cautelare nel processo amministrativo* (2014), in www.lexitalia.it. Per una difesa del G.A., tra gli ultimi, si segnala C. DEODATO, *La necessità della giustizia amministrativa* (2017), in www.federalismi.it.

⁹ E’, peraltro, da segnalare come, diversamente dalla giurisprudenza, la dottrina, da tempo, s’interroghi sulla reale natura del potere sanzionatorio. Per una ricostruzione del dibattito, nonché per ulteriori riferimenti, si veda l’ampio lavoro di S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017, spec. p. 91 ss. e p. 384 ss. Da ultimo, manifesta dubbi sulla natura del potere sanzionatorio, in ragione delle complessità degli accertamenti demandati alle autorità di vigilanza, diversamente da quanto accade per quelli semplici (ad es. violazione di

L'effettività dell'ordinamento finanziario si realizza – nel caso di Consob - tramite il concorso di due diverse funzioni attribuite alla medesima Autorità.

La prima si concreta nel potere discrezionale (normativo) di autoregolamentazione del proprio modo di procedere; la seconda è manifestazione di un potere (ad incidenza puntuale) di applicazione, di una eventuale sanzione, stabilita in base alla legge (art. 23 Cost.). Sanzione, si sottolinea, che è solitamente il risultato di un apprezzamento teso a valutare unicamente la gravità della condotta stigmatizzata¹⁰. A fronte della violazione di una regola di comportamento non vi è, quindi, spazio per una qualunque forma di ponderazione di interessi – che è il nocciolo della discrezionalità – poiché la P.A. può solo modulare l'entità della pena pecuniaria concretamente applicabile, avendo riguardo al disvalore della condotta, all'atteggiamento del soggetto passivo ed alle conseguenze dell'illecito. Il potere di ponderazione degli interessi¹¹ è invece, attribuito alla P.A. e poi esercitato, quando il soggetto pubblico che ne è investito stabilisce

un limite di velocità), M. CLARICH, *Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo* in AA. VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, cit., pp. 153 - 154. L'autorevole giurista rileva, infatti, come l'accertamento sia diverso in funzione del tipo d'illecito da stigmatizzare. In particolare, gli illeciti di natura complessa – quali le violazioni di norme *antitrust* – involgendo l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati, attribuiscono alla P.A. uno spazio valutativo molto più ampio rispetto al mero accertamento del superamento di un limite di velocità.

¹⁰ Per l'applicazione del criterio della discrezionalità ai fini della distinzione tra misura afflittiva personale e misura di amministrazione attiva a carattere limitativo si veda, Cort. cost., 20 novembre 2018, n. 240 (motivazione, par. 4.2), in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Ad esempio, contemperando l'esigenza di celerità del procedimento che richiede la fissazione di termini quanto più brevi con le necessità difensive dell'indagato che, al contrario, necessita di un tempo adeguato per poter visionare la documentazione a disposizione della P.A. procedente e per poter rappresentare, in fase istruttoria o decisoria, le proprie argomentazioni e controdeduzioni.

con il proprio regolamento¹² *“il percorso procedimentale prodromico all’adozione del provvedimento sanzionatorio”*¹³.

E’, dunque, dalla diversità di posizioni giuridiche del soggetto passivo del procedimento rispetto ai due distinti poteri che si può trarre conferma della persistente validità dei tradizionali criteri di riparto della giurisdizione anche nei casi in cui l’Autorità sia stata abilitata dalla legge a *“disciplinare le modalità di sviluppo dell’istruttoria e della fase*

¹² Come ha evidenziato la più autorevole dottrina – S. AMOROSINO, op. cit., p. 22 – criticando la posizione declinatoria del T.A.R. Lazio, non è dato individuare *“(.) alcun motivo per il quale la situazione giuridica di chi impugna un atto amministrativo generale di natura regolamentare non sia quella “ordinaria” di interesse legittimo, ma debba essere quella di diritto soggettivo, per l’unica ragione “attrattiva” che il regolamento impugnato disciplina un procedimento sanzionatorio “finanziario”, il sindacato sul quale spetta al G.O. [mentre – ad esempio – spetta al G.A. se riguarda la regolamentazione dell’attività edilizia (che inerisce allo ius aedificandi) o, invece, dell’esercizio del commercio nel centro storico (che inerisce al diritto d’impresa)]. In tutti (...) i casi – sanzioni della Consob o di Banca d’Italia, attività edilizia, esercizio del commercio – la natura e la funzione giuridica dei regolamenti sono analoghe: disciplinare un tipo di attività, oggetto di leggi amministrative di settore, ed affidarne il “controllo” ad una amministrazione (anche la medesima che lo ha emanato). L’“attrazione” del sindacato sui “Regolamenti sanzioni” della Consob e della Banca d’Italia nella giurisdizione del G.O., soltanto perché hanno ad oggetto la disciplina della procedura ordinata all’irrogazione di sanzioni (che incidono su posizioni di diritto soggettivo), appare una forzatura logico-giuridica, all’origine della quale è la messa “fuori campo” dei principi generali dell’azione amministrativa e l’erronea riconduzione dei procedimenti sanzionatori in questione, previsti da una normazione “speciale” e disciplinati da regolamenti di Autorità di vigilanza indipendenti, al solo “modello generale” della l. 689/1981”.*

¹³ Il rapporto di alterità tra poteri normativi ed applicativi è ben evidenziata dal seguente passo della motivazione della sentenza che, muovendo dal diritto soggettivo all’integrità del patrimonio del soggetto passivo, giunge a considerare il modo tramite cui viene definito – con le prescrizioni regolamentari – la via attraverso cui viene attualizzato – con la sanzione pecuniaria – l’obbligo di pagamento: *“Sul piano delle situazioni giuridiche soggettive, tale discrezionalità (...) fronteggia posizioni che - anche ai fini della giurisdizione - sono qualificabili di diritto soggettivo alla «integrità patrimoniale». La sanzione in “senso stretto” è comunque irrogata tramite un procedimento diverso da quello previsto dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, è garantita dai principi di legalità, personalità e colpevolezza (per quanto mutuati dalla legislazione ordinaria e non dalla Costituzione), è suscettibile di integrale riesame giudiziale (senza, cioè, alcun limite di “merito” amministrativo), ma ciò non toglie che l’Autorità alla quale la legge attribuisce il potere di infliggere la sanzione non possa disciplinare, nel rispetto dei principi contenuti nella l. 689/1981, il percorso procedimentale prodromico rispetto all’adozione del provvedimento sanzionatorio”.*

di adozione del provvedimento sanzionatorio” e la stessa legge preveda che l’opposizione al provvedimento sanzionatorio vada proposta all’autorità giudiziaria ordinaria. Infatti – ferma la cognizione di merito dell’A.G.O. sulle decisioni sanzionatorie di Consob (e Banca d’Italia) – “qualora, sussistendo i presupposti di cui all’art. 100 c.p.c., qualcuno sostenga di essere pregiudicato recta via dal regolamento sul procedimento, senza alcuna connessione con l’adozione di un provvedimento sanzionatorio, non può che rilevare il binomio cattivo esercizio del potere-interesse legittimo, con conseguente giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo a conoscere la relativa controversia”¹⁴.

Ancora, la pronuncia annotata, nel confermare la persistente validità del criterio normativo del riparto della giurisdizione, evidenzia come l’attualità di esso sia stata implicitamente confermata anche dalla decisione della Consulta (Cort. cost., 11 marzo 2014, n. 94) che ha ritenuto illegittimi gli artt. 133, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. – per un asserito difetto di delega – che ricomprendevano tra le materie di giurisdizione esclusiva anche i procedimenti di opposizione alle sanzioni di Consob e Banca d’Italia.

La sentenza n. 94/2014 non ha tuttavia riguardato l’attribuzione al Giudice Amministrativo della giurisdizione di legittimità sulla correttezza delle scelte - effettuate con lo strumento regolamentare – con cui la P.A. disciplina la procedura sanzionatoria¹⁵. Al giudice

¹⁴ Criterio di riparto, peraltro, recentemente confermato da una recentissima sentenza – Cass., sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040, in www.giustizia.it – chiamata dirimere in via preventiva il quesito in merito al giudice investito della decisione delle questioni relative all’affidamento degli incarichi dirigenziali dei poli museali ed istituti statali di rilevanza nazionale (art. 14-bis, d.l., 31 maggio 2014, n. 83). Per la Corte regolatrice la previsione espressa del potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario dell’atto illegittimo presupposto non elide la giurisdizione amministrativa quando lo stesso atto sia oggetto d’impugnazione in via principale. Impugnazione, si può aggiungere, che non risulta testualmente esclusa od assorbita dal sindacato incidentale di legittimità dell’A.G.O., se si considera che lo stesso legislatore presuppone la concorrenza dei rimedi quando dispone che «l’impugnazione davanti al giudice amministrativo dell’atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo».

¹⁵ Nello stesso senso della pronuncia commentata si veda Cons. Stato, 1595/15, cit., per il quale in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2012 risulta “(...) esplicitamente escluso che «la giurisdizione riservata al giudice ordinario sul provvedimento sanzionatorio possa estendersi anche agli atti

amministrativo spetta un sindacato che non si sostanzia in “*una forma di inammissibile c.d. «doppia tutela avverso il medesimo atto, ovvero della surrettizia riproposizione del criterio del riparto, ormai abbandonato, fondato sul c.d. petitum formale [come aveva ritenuto il T.A.R. Lazio]*” ma è chiamato a “gestire” un rimedio diverso e concorrente stante la “*(...) naturale convivenza nell’ambito della materia procedimentale sanzionatoria di posizioni di interesse legittimo (rispetto agli atti presupposti) e di diritto soggettivo rispetto agli atti conclusivi del procedimento*”. Infatti, il G.O. può procedere alla disapplicazione dell’atto illegittimo (art. 5, all. E, l. 20 marzo 1865, n. 2248) mentre il sindacato principale del G.A. può condurre all’annullamento del regolamento impugnato (art. 29, cod. proc. amm.)¹⁶.

3. Azzardando un’osservazione di carattere generale, si può dire che la sentenza in commento deve essere apprezzata non solo per la sua coerenza con i principi normativi e le coordinate costituzionali, ma anche perché conferma l’ineludibilità di un sindacato approfondito ed effettivo su tutti gli atti delle autorità amministrative indipendenti.

amministrativi” o regolamentari che non costituiscono diretta e concreta espressione della potestà sanzionatoria”, aggiungendo “che «la sanzione inflitta e gli atti del procedimento sanzionatorio, ma non anche gli atti a monte del procedimento medesimo, sono espressione di poteri di diversa natura (regolamentare o amministrativa appunto) e rispetto ai quali sussistono certamente posizioni di interesse legittimo la cui tutela spetta, secondo gli ordinari criteri di riparto, alla giurisdizione del giudice amministrativo» ed, inoltre, che la giurisdizione del giudice ordinario sulle sanzioni non può ritenersi «una giurisdizione di carattere esclusivo, in grado di estendersi a tutti gli atti comunque afferenti alla materia procedimentale sanzionatoria» (...), a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva vantata dall’interessato.

¹⁶ Ricordata la complementarietà delle tutele, infatti, la pronuncia in epigrafe (p. 7) puntualizza come “*in definitiva laddove la fonte diretta della lesione e, quindi, l’oggetto del giudizio, sia il provvedimento sanzionatorio, la giurisdizione è del giudice ordinario al quale spetta anche il potere di disapplicare gli atti amministrativi o regolamentari illegittimi di cui conosce in via incidentale. Nel caso in cui, invece, la fonte diretta della lesione e, quindi, l’oggetto del giudizio, sia l’atto regolamentare o amministrativo a monte, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, con conseguente possibilità di annullamento del provvedimento o del regolamento impugnato*”.

La riaffermazione della imprescindibile esistenza di un potere di controllo pieno impone l'assunzione da parte del giudice amministrativo di una responsabilità "sociale" non meno rilevante di quella di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'azione amministrativa¹⁷.

L'affermazione della giurisdizione amministrativa sui regolamenti sanzionatori di Consob e Banca d'Italia, risulta tanto più significativa a fronte, poi, di una sempre più evidente svalutazione, da parte del Giudice Ordinario, della disciplina procedimentale, essendo tale giudice orientato nel senso della sanabilità di ogni vizio della decisione impugnata in sede di giudizio di opposizione, nel quale si realizza (o meglio si dovrebbe realizzare) quella *full jurisdiction* da cui derivano i più ampi "effetti taumaturgici"¹⁸.

La giurisprudenza ordinaria ama ripetere che il giudizio di opposizione non è incentrato sull'atto ma sul *rapporto*, per poi negare immediatamente la rilevanza del procedimento nella dinamica del rapporto amministrativo poiché non c'è vizio che non possa essere sanato dal "fuoco" purificatore del processo¹⁹.

In questo quadro la giurisdizione amministrativa, con il sindacato sugli eventuali vizi dei regolamenti delle procedure sanzionatorie, compensa in parte l'omissione del G.O. che rinuncia praticamente allo svolgimento di qualunque forma di sindacato incidentale sui vizi del procedimento conclusosi con il provvedimento sanzionatorio²⁰.

¹⁷ Tutela, si deve ricordare, che per la nostra Costituzione (art. 113, comma 2) non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi d'impugnazione o per determinate categorie di atti come invece, nella sostanza, pretende la pronuncia del T.A.R. Lazio, annullata dal Consiglio di Stato.

¹⁸ Cfr S. AMOROSINO, op. cit., p. 13 e 17. Il tema del "superamento", tramite un processo di piena giurisdizione, dei vizi del procedimento – nonché dei limiti dell'effetto sanante - è uno dei più indagati in dottrina. Oltre ai riferimenti rinvenibili nel lavoro citato, d'obbligo è il rinvio ai lavori di M. ALENA, Art. 6 CEDU. *Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, spec. p. 70 ss.; F. GOISIS, *La tutela dei cittadini nei confronti delle sanzioni amministrative*², Torino, 2015, p. 109 ss. Ulteriori e più recenti riflessioni sul tema possono reperirsi nel fascicolo n. 2/2018, della rivista ad accesso libero *P.A. Persona e Amministrazione* [<http://ojs.uniurb.it/index.php/pea>] e nel fascicolo n. 1/2018 di *Diritto amministrativo*.

¹⁹ Tra le tante si segnala, Cass., 13 giugno 2017, n. 20675 (par. 2 motivazione), in www.giustizia.it.

²⁰ Si reputa, infatti, acquisito che l'accertamento incidentale del G.O. si debba estendere ad ogni vizio dell'atto amministrativo su cui è fondata la pretesa dedotta in

Il giudice ordinario a fronte di censure relative allo svolgimento del procedimento afferma costantemente che le violazioni procedurali possono rilevare solo se il ricorrente dimostra il tipo di lesione che gli è derivato dalla violazione denunciata²¹. Tanto meno viene presa in considerazione la violazione, da parte della P.A. – in sede di formulazione delle regole sulla propria azione – dei principi cui essa si deve conformare²².

giudizio e, dunque, rilevino non solo l'incompetenza e la violazione di legge ma anche l'eccesso di potere, F. FRIGORILLI, *Gli altri giudici delle controversie con l'amministrazione*, in AA. VV., *Giustizia amministrativa*⁷, Torino, 2017, pp. 54 – 55. In giurisprudenza, si veda Cass., 3 giugno 2015 n. 11489, in www.giustizia.it, per cui, “La giurisprudenza di questa Corte, quanto meno a partire da Cass., sez. un., 21 settembre 1970, n. 1646, è ferma nel ritenere che il controllo sulla legittimità degli atti amministrativi e dei regolamenti devoluto al giudice ordinario, sia pure al solo fine della loro disapplicazione, è consentito per accertare non solo se la PA da cui l'atto promana avesse in astratto il potere di emetterlo, ma anche se ricorressero i presupposti di legge per la sua emissione, nonché per accertare l'osservanza della legge durante lo svolgimento del procedimento amministrativo, "estendendosi così sia alla forma, sia al contenuto degli atti". Al predetto potere di controllo va ravvisato un solo limite, quello della impossibilità per l'A.G.O. di sindacare le valutazioni della PA, che involgano apprezzamenti discrezionali (vedi, tra le tantissime: Cass. 16 giugno 1983, n. 4143; Cass. 21 marzo 1985, n. 2066 e di recente, in senso analogo: Cass. 1 aprile 2010, n. 7997; Cass. SU 30 novembre 2011, n. 2273; Cass. 7 luglio 2014, n. 15427 ed infine anche recentemente Cass. n. 9112 del 2015)”.

²¹ A titolo esemplificativo, si segnala, Cass., 25 novembre 2015, n. 24048 [motivazione, par. 13 (a)], in www.giustizia.it, che a fronte della censura di una norma procedimentale per violazione del principio di c.d. “parità delle armi” e del contraddittorio, ne afferma l'infondatezza “in quanto la ricorrente non sembra aver prospettato alcuna concreta lesione del diritto di difesa in conseguenza della mancata comunicazione dei risultati dell'istruttoria”.

²² Come evidenziato in dottrina - S. AMOROSINO, op. cit., p. 18 – la giurisprudenza, subordina la rilevanza del vizio ad una prova diabolica, poiché è impossibile dimostrare retrospettivamente quale difesa avrebbe potuto articolare l'incolpato, nell'ambito del procedimento, se avesse avuto piena conoscenza, ad esempio, di tutti gli atti – che in parte magari - gli sono stati negati o degli altri documenti non tempestivamente ostesi, perché reputati irrilevanti dall'amministrazione precedente ai fini della contestazione dell'addebito. All'evidenza l'impostazione riferita risulta assolutamente distante dal diverso approccio serbato dal giudice amministrativo chiamato ad occuparsi di vizi dei regolamenti sanzionatori di Consob. Questo, infatti, li ha ritenuti rilevanti al fine dell'assunzione della decisione cautelare, a prescindere dalla dimostrazione da parte dei ricorrenti della concreta lesione giuridica loro inferita, come rilevato da W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente*

Ed ancora: pressoché tutti i vizi di natura procedimentale vengono accantonati affermandone l'irrilevanza tramite la loro riconduzione alla categoria dei vizi formali. La Cassazione²³ elimina ogni spazio per un controllo sulla disciplina regolamentare con una "storpiatura" delle indicazioni ritraibili dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990. Ora – a prescindere dal dubbio sulla qualificabilità di tutti i provvedimenti sanzionatori come atti vincolati – si deve sottolineare l'erroneità d'un'interpretazione che pretende di trarre da una disciplina di carattere generale – qual è quella della l. 241/1990 – un principio destinato ad operare in un ambito oggetto di disciplina speciale onnicomprensiva posta dalla l. 689/1981. Disciplina speciale che la stessa Corte²⁴ ha in passato "valorizzato" sostenendone l'"impermeabilità" ai principi della trasparenza, tra cui a rigore si dovrebbero ricomprendere anche quelli dell'art. 21-*octies*, l. 241/1990.

giurisprudenza interna e sovranazionale, Dir. proc. amm., 2015, p. 597 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

²³ Per Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929 (par. 6.2, motivazione), in www.giustizia.it, per effetto dell'art. 21-*octies*, l. 241/1990, "gli eventuali vizi del provvedimento riferibili a vizi del procedimento (ovvero sulla forma degli atti) non sono, nella specie, rilevanti, in quanto risulta palese tanto la natura vincolata del provvedimento impugnato quanto la immodificabilità del relativo contenuto". Nello stesso senso, più di recente, si veda, Cass., 14 dicembre 2015, n. 25142 (par. 3.1, motivazione), *ivi*.

²⁴ Cass., 4 marzo 2015, n. 4363 (par. 6), in www.giustizia.it, ove viene, appunto, sottolineato il rapporto di specialità, ai fini della individuazione dei tempi dell'azione dell'autorità, in quanto, "la disciplina dettata dalla L. n. 241 del 1990 non è applicabile nell'ambito di un procedimento sanzionatorio retto dai principi di cui alla L. n. 689 del 1981 (a nulla rilevando la circostanza che la stessa Consob, nell'erroneo convincimento di dover regolare ai sensi della L. n. 241 del 1990 i tempi del procedimento concernente la formulazione della proposta di sanzione spettante alla sua competenza, abbia emesso il regolamento che ha fissato in 360 giorni il termine in questione, stante l'inidoneità del regolamento a modificare le disposizioni procedurali dettate dalla L. n. 689 del 1981)". Da ultimo, in senso conforme, si esprime Cass., 23 gennaio 2018, n. 1621, *ivi*, ricordando che è "consolidato orientamento" della Corte regolatrice ritenere che, per il principio di specialità, i procedimenti di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie siano compiutamente retti dalla l. 689/1981.