

# La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti

Sfide e prospettive  
in materia economico-finanziaria  
nell'ordinamento italiano

a cura di

Mario Bertolissi, Marco Lamandini,  
Roberto Nania

Collana del Dipartimento di  
Sociologia e Diritto dell'Economia  
Università di Bologna



**FrancoAngeli**

OPEN  ACCESS

COLLANA DEL DIPARTIMENTO  
DI SOCIOLOGIA E DIRITTO DELL'ECONOMIA  
ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

SEZIONE GIURIDICA

Tutti i volumi pubblicati sono sottoposti a un processo  
*double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

**FrancoAngeli Open Access** è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più: [Pubblica con noi](#)

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio "[Informatemi](#)" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

# La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti

Sfide e prospettive  
in materia economico-finanziaria  
nell'ordinamento italiano

a cura di

Mario Bertolissi, Marco Lamandini,  
Roberto Nania

*Contributi di:* S. Allegrezza, S. Alvaro, G. Bergonzini,  
B. Bertarini, M. Belletti, M. Bertolissi, A. Bianconi, C. Bottari,  
F. Cameli, A. Castaldo, G. Comazzetto, R. D'Ambrosio,  
P. D'Onofrio, L. Durst, M. Grantaliano, M. Lamandini,  
G. Lasagni, F. Laus, C. Lieto, M. Marinari, D. Messineo,  
P. Mezzanotte, R. Nania, C. Pagliarin, R. Pini, F. Pizzolato,  
S. Providenti, G. Rivosecchi, M.G. Rodomonte, L. Romanò,  
C. Russo, C. Sereni Lucarelli, C. Silva, N. Soldati,  
M.A. Stefanelli, D. Testa, G. Tieghi, E. Tinti, A.C. Visconti.

**Collana del Dipartimento di  
Sociologia e Diritto dell'Economia – SDE  
Università di Bologna**

**FrancoAngeli**

Il presente volume è stato realizzato nell'ambito del progetto PRIN 2017 NAFWC8 “*The essential, and competitive, role of specialised courts and alternative dispute resolution mechanisms in financial law as a precondition for the attainment of social desirable levels of public and private enforcement. Lessons from history in administrative and business law and the future of judicial review in European financial law in light of European and national fundamental rights*”, Principal Investigator Prof. Marco Lamandini.

Mario Bertolissi, Marco Lamandini, Roberto Nania (a cura di), *La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti. Sfide e prospettive in materia economico-finanziaria*, Milano: FrancoAngeli, 2024  
Isbn: 9788835155966 (eBook)

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia.

Publicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate*  
4.0 Internazionale (CC-BY-NC-ND 4.0)

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

# INDICE

Prefazione  
di *Marco Lamandini* pag. 15

**PARTE PRIMA**  
**LE FORME DI TUTELA GIURISDIZIONALE**  
**DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN CAMPO ECONOMICO-FINANZIARIO**  
**TRA TRADIZIONE COSTITUZIONALE EUROPEA**  
**E PROSPETTIVE DI INNOVAZIONE**

Il diritto costituzionale ad azionare diritti: una introduzione a stato di diritto e giurisdizione tra tradizione e linee innovative  
di *Roberto Nania* » 27

Tutela giurisdizionale effettiva e indipendenza del giudice tra principi costituzionali e orientamenti della Corte costituzionale: l'esperienza dell'ordinamento italiano  
di *Maria Grazia Rodomonte* » 43

I requisiti dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici tra principi costituzionali e orientamenti giurisprudenziali: la dimensione sovranazionale  
di *Ludovica Durst* » 65

Il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti in campo economico/finanziario. Quali percorsi per la precettività dell'art. 47 Cost.?  
di *Michele Belletti* » 84

Giusto procedimento e giusto processo: i principi della CEDU e il loro rapporto con le tradizioni costituzionali nazionali (riflessioni a margine dei procedimenti sanzionatori) di <i>Paolo Mezzanotte</i>	pag. 97
Tutela giurisdizionale effettiva e <i>Alternative Dispute Resolution</i> . Il ruolo dei controlimiti costituzionali di <i>Anna Camilla Visconti</i>	» 128

## PARTE SECONDA

### TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA, SPECIALIZZAZIONE E SPECIALITÀ DEI GIUDICI A TUTELA DI DIRITTI NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE.

#### IL CASO EMBLEMATICO DELLA “GIURISDIZIONE SULLE RISORSE”

La giurisdizione sulle entrate e sulle spese di <i>Mario Bertolissi</i>	» 147
La Corte Costituzionale e la tutela dei diritti nell'impiego delle risorse di <i>Guido Rivosecchi</i>	» 159
Libertà economiche ed autonomia locale: strumenti e lacune della tutela giurisdizionale di <i>Filippo Pizzolato, Davide Testa</i>	» 172
La Corte dei conti di <i>Carola Pagliarin</i>	» 188
Il (nuovo?) giudice tributario, tra unità della giurisdizione e indipendenza del giudice speciale di <i>Giuseppe Bergonzini</i>	» 207
Giustizia fiscale e “ <i>new global judicial attitude</i> ”: verso un <i>comparative transformative constitutionalism</i> ? di <i>Giovanna Tieghi</i>	» 229
La prospettiva europea: appunti sul controllo e sulla gestione delle risorse in un sistema multilivello di <i>Giovanni Comazzetto</i>	» 248

**PARTE TERZA**  
**LEZIONI DALLA GIUSTIZIA NEL SINDACATO**  
**DI VALUTAZIONI TECNICHE O ECONOMICHE COMPLESSE**

- Sindacare l'amministrazione è anch'esso amministrare? Il ruolo del sindacato del giudice amministrativo sulla decisione amministrativa, osservazioni su discrezionalità amministrativa e tecnica e breve *focus* sul relativo sindacato nel settore dei contratti pubblici  
di *Federico Laus* pag. 263
- La metamorfosi della giustizia tradizionale e le geometrie della legittimazione dell'*adjudication*  
di *Rolando Pini* » 295
- Profili evolutivi e criticità nel giudizio amministrativo sul fatto. Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della Banca d'Italia  
di *Cecilia Sereni Lucarelli* » 304
- La rideterminazione giudiziale delle sanzioni *antitrust*. Elementi di riflessione tratti dalla prassi  
di *Angelo Castaldo, Marco Grantaliano* » 325
- L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in materia bancaria  
di *Donato Messineo* » 339
- L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in tema di sperimentazione animale alla luce della normativa attuativa della direttiva 2010/63/UE  
di *Carlo Bottari* » 351
- I poteri del giudice amministrativo in sede d'impugnazione delle decisioni dei giudici sportivi  
di *Paco D'Onofrio* » 372



**PARTE QUARTA**  
**TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA**  
**E DIRITTO SANZIONATORIO DEL SETTORE FINANZIARIO.**  
**TEORIA E PRASSI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO**  
**E IN QUELLO ITALIANO**

- Il sistema sanzionatorio nel settore assicurativo: principi e tutele  
di *Claudio Russo* pag. 387
- Tutela giurisdizionale effettiva e diritto sanzionatorio in materia  
bancaria a seguito del regolamento SSM  
di *Raffaele D'Ambrosio* » 398
- L'evoluzione del modello di sanzione nel diritto dei mercati finan-  
ziari e il suo vaglio giurisdizionale  
di *Simone Alvaro, Alessandra Bianconi, Chiara Lieto* » 412
- Il potere sanzionatorio dell'ESMA tra normativa e prassi e il suo  
sindacato nell'ordinamento europeo  
di *Federica Cameli* » 457
- Il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del *golden*  
*power*: effettività della tutela tra ordinamento interno e diritto  
dell'Unione europea  
di *Enrico Tinti* » 470

**PARTE QUINTA**  
**TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA E RISPETTO DEI DIRITTI**  
**FONDAMENTALI NEL PRISMA DELLA SPECIALIZZAZIONE**  
**NELL'INDAGINE E NELLA GIURISDIZIONE PENALE**  
**IN MATERIA BANCARIA E FINANZIARIA: ASPETTI ISTITUZIONALI**  
**DI DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE**

- Dal gioco competitivo al gioco cooperativo: lo scambio di informa-  
zioni fra la BCE e gli organi di giustizia penale nell'ambito delle in-  
dagini bancarie  
di *Silvia Allegrezza, Leonardo Romanò* » 489
- Giusto processo, vigilanza finanziaria e diritto al rimedio effettivo  
di *Giulia Lasagni* » 518

La proporzionalità della pena in materia di abusi di mercato. Profili problematici di un sindacato diffuso di ri-equilibrio sanzionatorio di *Chiara Silva*

pag. 537

**PARTE SESTA**  
**OLTRE LA GIURISDIZIONE: EFFETTIVITÀ DI TUTELA**  
**E STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA**  
**DELLE CONTROVERSIE.**  
**LE LEZIONI DAL SETTORE FINANZIARIO**

- Online Dispute Resolution*. Regolamentazione europea ed evoluzione normativa  
di *Maria Alessandra Stefanelli* » 579
- Il rilievo assunto dagli strumenti giuridici di risoluzione alternativa delle controversie: impatto sulla fiducia dei consumatori nel mercato  
di *Beatrice Bertarini* » 592
- L'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. Profilo ordinamentale, processuale e di merito  
di *Marcello Marinari* » 602
- L'arbitro IVASS: prima forma di giustizia predittiva?  
di *Nicola Soldati* » 617
- L'Arbitro per le controversie finanziarie nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. Lezioni sul piano ordinamentale, processuale e del merito  
di *Salvatore Providenti* » 638



## LA COLLANA

*Ubi societas, ibi jus.* Questo antico adagio romano dimostra oggi tutta la sua validità nell'indicarci quanto sia cruciale, per la scienza e per l'agire pratico, collegare fra loro i cambiamenti sociali studiati dalla sociologia e il diritto che cerca di dare loro una regolazione normativa. I contatti e l'influenza reciproca tra diritto e sociologia stanno crescendo di continuo e i docenti dell'una come dell'altra disciplina sono scientificamente persuasi della loro scelta. L'auspicio è che il dipartimento di sociologia e diritto dell'economia possa esercitare un influsso non trascurabile su alcuni campi della ricerca e della riflessione scientifica di settore, talora soddisfatti del loro status quo (con un atteggiamento spesso isolazionista), talora troppo ancorati alla distinzione tra conoscenza dei principi astratti e conoscenza e fruizione dei fatti e delle pratiche sociali. Già da tempo sono emerse connessioni e mediazioni tra principi e realtà in una proficua reciproca fertilizzazione che è il contrassegno essenziale della posizione culturale del dipartimento; vale a dire una concezione della conoscenza che non è puro e semplice rispecchiamento di una realtà statica fuori e indipendentemente dall'uomo-cittadino ma attività, non solo teorica, essa stessa aspetto della realtà in trasformazione. È così che la conoscenza dei nessi reali, nella dialettica fra le diverse forze umane e le forme di società, assume una sua dignità autonoma, caratteristica del dipartimento. Contro ogni assolutizzazione del metodo di ogni scienza particolare, contro ogni restrizione degli orizzonti e l'impoverimento contenutistico di certa scienza ufficiale. Ciò non toglie che il diritto e la sociologia possano rivendicare la diversità dei metodi di indagine e degli strumenti conoscitivi propri ma al contempo comporta che nella sussidiarietà reciproca possano 'vivere' all'interno dei contesti socio-economici imprimendo il loro rispettivo impulso.

Entrambi possono estroflettere le proprie forze per riconoscere e concorrere a superare le necessità delle collettività e i loro impulsi indifferibili. Si pensi ad esempio alle materie di studio come l'autorità e la famiglia, l'impresa e la società, il lavoro e l'economia, l'imposizione fiscale e la solidarietà sociale, la società attiva e la società acquiescente, l'industria e l'ambiente con i relativi contrasti, il potere della comunità e quello del singolo, il sistema bancario-creditizio e le relative connessioni.

Oggi sembra stiano per cadere o per lo meno oscillano pericolosamente i presupposti di ogni legge eppure la legge risulta una condizione cronica della società contemporanea, dando luogo a situazioni talora paradossali talora sfuggenti all'interno delle quali l'uomo continua a vivere. Sembra essere messo in discussione il legame della legge con il territorio, ma al contempo il legame ritorna quasi in un moto perpetuo sicché il diritto continua a irradiarsi con ordini, condizionamenti, decisioni mentre la società tenderebbe a sottrarsene o a rovesciarli, perché la legge pretende una sorta di eternità dei principi che la sottrendono mentre la società non vorrebbe essere sottratta ai flussi del tempo con intenzioni infuturanti progettuali autonome. È questa una delle tipiche occasioni in cui scienze sociologiche e giuridiche consentono di affrontare 'insieme' e contemporaneamente nuovi campi di possibilità costruttive, in una molteplicità ordinata che assicura la non contraddittorietà logica della possibilità della sua costruzione. Il diritto e la sociologia non sono ricavabili uno dall'altra ma possono riscontrarsi coincidenze proficue nell'equilibrio continuo delle procedure di libera scelta, pensando simultaneamente gli apparenti opposti, ordine-arbitrarietà, possibilità-necessità, affermazione-negazione. Costituiscono l'uno l'altrimenti dell'altra e al contempo la prossimità dell'altra al primo, senza mai sentirsi identici, pur integralmente affidati al lavoro di restaurazione degli istituti. Dispersioni e disaggregazioni possono assillarli, essendo entrambi essenza di se stessi, ciò che rende raro equivocarli, ma si influenzano reciprocamente nell'esposizione con cui si fanno conoscere e con cui sono stati.

Entrambi superano l'astratta separazione tra tempo vero e tempo apparente e sono dediti al presente per comprenderlo e sostanziarlo, abbracciando la vita in sé con la chiarezza che ne divide e ne rapporta le diverse dimensioni.

Sono discipline che realizzano 'il possibile', oltre ogni errante radice, nell'idea del dover essere della pienezza del presente e quindi entrambe contengono principi universali disincarnati da ogni terra e da ogni luogo, liberi dalla crescente instabilità del termine stesso di Stato.

Gli studiosi del dipartimento conoscono la necessità delle domande e la difficoltà frequente delle risposte, ma il domandare e il rispondere sono per loro elementi di una stessa dimensione e quotidiana abitudine di assumerli come un unico contesto.

Domanda e risposta sono due termini incommensurabili, e gli studiosi del dipartimento lo sanno, perciò sono attenti a non sprofondare nella dimensione della domanda, quando è riconosciuta priva di scopo e perciò inutile, avendo come fine la verità in quanto *problème*. Così non percorrono vie di fuga, auspicando che la verità prenda forma, se non oggi, un'altra volta, con la pazienza di ottenerla.

È così che il dipartimento di sociologia e diritto dell'economia può essere inteso come labirinto protettivo degli studiosi rivolti al possibile delle risposte, anche se spesso si celano.

Nella fondamentale proposizione di far coincidere esistenza e costruibilità di cose nuove, con approfondito vaglio critico, nell'equilibrio delle due discipline, aperte una all'altra con lucidità.

Il dipartimento è dunque la forma di accoglienza che facilita e nutre il successo della ricerca, attività istintiva e fertile dei suoi componenti che insieme reagiscono al controllo esercitato sulle questioni dall'abitudine; con le loro narrazioni plurali tra il caos dei diritti, le istituzioni, le tradizioni giuridiche e sociali, i soggetti politici in cerca di legittimazione, i poteri nascosti che così tanto ricordano la crisi attuale, le nuove patrie, le tendenze isolazioniste, l'essere in relazione.

Ed è il luogo dell'ascesa di giovani intraprendenti che con le loro intuizioni creano una grande realtà, né impaludata né burocratica, vero riferimento in una globalità sempre più frammentata, in attesa del futuro, con coraggio morale in tempi squilibrati e storti di società subalterne e dilatate.

Sociologia e diritto dell'economia si sono accostate l'una all'altro nell'ambito di un nuovo dipartimento per la specifica funzione morale e sociale delle discipline e del ruolo dei loro studiosi. L'idea del 'compito' delle due discipline è stata centrale per il loro accostamento; tanto da sembrare strettamente legata e finanche suggerita da un'idea morale della società e del sistema giuridico. A questa idea si è affiancata poi la volontà di una intensa attività pubblica e di una altrettanto viva produzione scientifica.

La prossimità tra sociologi e giuristi ha messo in luce il valore politico delle norme e definita la loro funzione in relazione al sistema sociale ed economico e ha sottolineato il differente grado di adeguatezza pubblico-politica in vista della loro applicazione. Si sono trovati così a lavorare gomito a gomito numerosi intellettuali, in una schiera che ha riunito nella figura dello studioso attitudini di vita e vocazioni in una misura in parte anche lontana dalla tradizione accademica. Le due discipline hanno una propria unità intrinseca, guidate da propri principi originali ma le accomuna uno spirito che è lo sforzo di contrastare con puntuali riferimenti e analisi ogni decadenza, ogni sincretismo sui tempi attuali, articolando un senso nuovo dell'uomo in sé, del mondo, del dualismo tra l'uno e l'altro, del dinamismo societario, della conoscenza della verità sulla condizione umana individuale e collettiva.

L'accostamento delle due discipline può rappresentare l'opportunità di possibili novità nel metodo o nella attualità delle ricerche che sono gli elementi che intendono caratterizzare la Collana, aperta ai lavori anche di sperimentazione, o nella messa a fuoco del *proprium* di ogni disciplina, tutti considerati come compito e come responsabilità di ogni studioso. È questa la risposta a studi mistificatori e sedicenti scientifici di alcuni anni passati che enunciavano il crollo di tutti i principi e di tutte le regole. Questa Collana ha una funzione ordinante, regolatrice e costruttiva nel nostro sistema sociale, economico e giuridico, e vuole essere espressione di un sistema di valori economici, giuridici e sociali subito associati al concetto di persona umana senza restringere l'orizzonte scientifico a una sola epoca storica. È così che le cose possono 'svelare' la loro esistenza a chi le interroga seriamente, visitandole più volte, senza tuttavia svelare del tutto da dove vengono.

Risulta chiaro che la Collana contiene due punti di vista, entrambi necessari, nella comprensione della realtà, ma differenti e vuole superare le difficoltà o le perplessità che

un loro avvicinamento ha più volte suscitato, soprattutto per la diffidenza di alcuni studiosi, nonostante siano coscienti della ormai imprescindibile natura interdisciplinare della ricerca, che si tratti di interdisciplinarietà interna o esterna; anche perché soltanto così si evita sicuramente che ogni scienza rifletta esclusivamente su se stessa e sul proprio ruolo e non prenda in considerazione riflessi, relazioni, interferenze che non possono non stimolare.

La Collana del dipartimento costituisce perciò il punto d'incontro speculativo tra le culture degli studiosi afferenti alla struttura e ha l'ambizione di avvalorare i loro apporti dediti al ritrovamento del senso vero della realtà; così ad esempio il giurista va oltre i classici confini dell'interpretazione della legge che non ne esauriscono obbligatoriamente il compito scientifico e il sociologo va oltre i confini delle regole sociali vigenti in una certa collettività, analizzandone il senso, le funzioni e le finalità di cambiamento della collettività stessa.

Risulta così che le due discipline, diritto e sociologia, possono affrontare nuovi argomenti tra scienza e politica, sottolineando la centralità del concreto rispetto all'astratto in una conclusione armoniosa.

# PREFAZIONE

MARCO LAMANDINI\*

1. È forse possibile che, in Europa, al diritto della finanza “tocchi in sorte” – non domani, ma forse neppure in un futuro troppo lontano – di muovere da avanguardia in una nuova sfida istituzionale, dopo aver assolto con successo al temerario compito di ridisegnare e mettere in opera le forme probabilmente più avanzate e complesse di amministrazione condivisa e di governance pubblica multilivello (il Meccanismo Unico di Vigilanza e il Meccanismo Unico di Risoluzione): quella cioè di sperimentare una progressiva evoluzione in senso più federale anche della giurisdizione. Non un *dual system* di corti federali e statali, come nell’ordinamento statunitense; ma quantomeno un rafforzamento dei presidi *lato sensu* giurisdizionali europei, attraverso un’evoluzione di embrioni di essi già presenti nel sistema.

Il tradizionale, e ingegnoso, apparato giurisdizionale integrato, che vede la Corte di Giustizia al vertice del sistema e i giudici nazionali quali *longa manus* della giurisdizione europea nell’interpretazione e applicazione del diritto euro-unitario, comincia infatti a mostrare oggi, in questa materia, alcuni limiti. Ciò è dovuto ad un duplice e concomitante processo di evoluzione dell’integrazione europea, che per il momento ha avuto modo di compiersi con maggiore profondità, appunto, nel contesto finanziario, e più marcatamente in quello bancario.

Da un lato, l’attribuzione di competenze decisorie in materia di supervisione e risoluzione alle amministrazioni europee (in materia bancaria alla BCE e al Comitato di Risoluzione Unico, ma con qualche esempio anche in altri settori del mercato finanziario, con riguardo alle selettive competenze di supervisione diretta attribuite all’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, e ora anche all’Autorità Bancaria Europea) ha posto in forme più pressanti, anche se certo non nuove in sé, la questione della sufficienza del sindacato giurisdizionale delle Corti europee, specie su valutazioni tecniche ed economiche di notevole

\* Università di Bologna.



complessità, rispetto al paradigma valoriale di una tutela giurisdizionale effettiva, rendendo al contempo particolarmente evidente le esigenze di specializzazione del giudice (ciò che, va riconosciuto per inciso, non è di per sé incompatibile neppure con una corte generalista, se alcuni suoi componenti assicurano la necessaria competenza e riescono a far fronte al relativo contenzioso).

Dall'altro lato, sul fronte del diritto privato della finanza, a norme euro-unitarie sempre più di armonizzazione massima, necessarie per assicurare una effettiva integrazione del mercato interno bancario e finanziario e che postulerebbero un'applicazione uniforme delle stesse da parte dei giudici degli Stati membri, si contrappone una notevole discrepanza applicativa da parte dei giudici degli Stati membri: il principio di autonomia procedurale determina, in tal modo, un effetto di ritardo del processo di armonizzazione, costringendo la Corte di Giustizia a reagire, in tempi recenti dando assai più invasiva (e talora ruvida) applicazione ai principi di equivalenza ed effettività.

2. Quanto al primo tema, quello cioè della tutela giurisdizionale effettiva nel quadro delle *public law disputes* che si originano dal nuovo meccanismo di co-amministrazione europea, ciò che sembra rendere speciale il percorso evolutivo di questo tema in materia bancaria e finanziaria è il fatto che, a differenza di quanto è avvenuto nel diritto della concorrenza, qui la linea di tendenza nell'amministrazione delle regole euro-unitarie è nel senso della centralizzazione, invece che del decentramento; e ciò inevitabilmente porta con sé, invece che un progressivo decremento, un incremento del carico di lavoro delle Corti europee, chiamate ad assicurare appunto tutela giurisdizionale effettiva a fronte di provvedimenti dell'amministrazione europea che possono avere implicazioni economiche sui destinatari di grande rilievo. La Corte di Giustizia è un'istituzione certamente strutturata per far fronte a questa nuova sfida, come è stata in grado di far fronte alle sfide del sindacato sulle decisioni della Commissione in materia di concorrenza e nelle altre materie demandate alla sua amministrazione, e ciò a maggior ragione dopo l'ampliamento del numero dei giudici del Tribunale dell'Unione Europea e le misure di deflazione dei rinvii pregiudiziali destinati alla Corte in fase di approvazione mediante la riforma dello Statuto della Corte.

Eppure, i primi dieci anni di esperienza applicativa dell'Unione Bancaria offrono un'immagine in chiaro scuro. La Corte ha pronunciato alcune sentenze di grande importanza e di non minore impegno<sup>1</sup>, assolvendo bene alla funzione di guida che le spetta. Al contempo, da un lato, il carattere altamente tecnico della

1. Basti richiamare qui la sentenza della Corte, Grande Sezione, del 19 dicembre 2018, Silvio Berlusconi e Fininvest c BCE, C-219/17, ECLI:EU:C:2018: 1023 nonché sentenza della Corte (Prima Camera), 4 maggio 2023, BCE c Crédit Lyonnais, C-389/21, ECLI:EU:C:2023:368

materia e le potenziali implicazioni per il valore fondamentale della stabilità finanziaria inducono un inevitabile atteggiamento di prudenza e *self restraint* nella Corte e favoriscono un sindacato intrinseco più ispirato alla *marginal* che non alla *full review*. Dall'altro lato, visti i carichi di lavoro della corte, si sono dovuti attendere lunghi anni prima di poter avere le prime risposte. Ed è così che, giorno dopo giorno si allunga, e non di poco, la "fila" dei casi – alcuni di grande importanza – che attendono una decisione. In taluni di questi casi, poi, si tratta di decisioni di supervisione o di preparazione alla risoluzione (come l'adozione dei piani di risoluzione o la fissazione dell'ammontare di passività suscettibili di essere utilizzate per la ricapitalizzazione in contesto di risoluzione, c.d. TLAC/MREL) per loro natura ricorrenti, che cioè vengono periodicamente adottate *ex novo* (in genere ogni anno), generando in tal modo una continua rincorsa, attraverso lo strumento della modifica dei motivi di impugnazione in corso di giudizio, tra decisione amministrativa e processo.

Prefigurandosi questi rischi, il legislatore europeo ha fatto ampio uso, in questa materia, delle commissioni interne di ricorso come un utile filtro di revisione amministrativa, demandata ad un organo indipendente e imparziale, eppure interno all'autorità, che è spesso "a cavallo" tra amministrazione e giurisdizione. Limitazioni del Trattato quanto alla BCE, e scelte politiche in sede di regolamenti istitutivi delle altre autorità, hanno tuttavia imposto, le prime, significative differenze funzionali della commissione di riesame della BCE rispetto alle altre commissioni di ricorso (che ne hanno condizionato l'efficacia quale filtro effettivo), e, le seconde, istituito tali commissioni all'interno delle autorità (invece che fuori di esse, come sarebbe stato per degli *administrative tribunals*) e circoscritto l'ambito di competenza della commissione di ricorso del Comitato Unico di Risoluzione (in tal modo, anche qui, condizionandone l'efficacia quale filtro). Come ben illustra in questo volume il saggio di Giulia Lasagni, sussiste poi, almeno allo stato, incertezza circa l'intensità del loro sindacato (che si accompagna anche a divergenti prassi circa i tempi e i modi di esso, che di necessità si traducono anche in un diverso grado di tutela del *due process*), di modo che l'interazione tra sindacato in sede revisione interna e controllo giudiziale da parte della Corte di Giustizia è ancora alla ricerca di un proprio definitivo punto di approdo, nella prospettiva di un pieno realizzarsi del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Tutto questo mostra come, sul piano delle *public law disputes* in materia bancaria e finanziaria, ad un'amministrazione europea che si è venuta a costituire nell'arco di pochi anni con caratteristiche di notevole innovatività e impatto operativo non ha ancora corrisposto una analoga definizione organica degli strumenti giurisdizionali (in senso lato) di revisione. Quale possa essere la risposta organizzativa più adeguata rispetto a questo stato di cose è tema complesso, che chiama in gioco limiti dei Trattati e scelte di politica del diritto di vertice, a livello europeo, alle

quali – in un ideale *continuum* di riflessione con questo lavoro collettivo – si è cercato di dare una prima risposta altrove<sup>2</sup>. Ciò che tuttavia preme qui sottolineare è come la soluzione a questi dilemmi si giova di un dialogo tra dimensione europea e dimensione nazionale, e trova feconde anticipazioni, ricche trattazioni, e molteplici spunti in paralleli dilemmi che nel tempo l’esperienza italiana ha affrontato definendo i confini del sindacato giurisdizionale e della tutela dei diritti rispetto a decisioni amministrative interne in campo economico finanziario.

Questo volume – frutto di un progetto interdisciplinare di ricerca nazionale<sup>3</sup> tra le Università di Bologna, Padova e La Sapienza di Roma e di cui gli autori di questo volume rappresentano i componenti dei tre nuclei di ricerca – ha così inteso raccogliere, in un’aggiornata analisi critica di sintesi, lo stato di queste riflessioni e il loro percorso evolutivo, e così, *in primis*, il ricco materiale che viene dalla nostra tradizione costituzionale, sulla “posizione di centralità che il diritto di azione riveste nella logica dello Stato di diritto in quanto garanzia di realizzabilità dei diritti individuali”, come ben ricorda il saggio di Roberto Nania che apre questo volume, che ne osserva al contempo, e giustamente, la natura di “principio, a tal punto compenetrato con l’identità costituzionale, [che] non solo è in grado di sottrarsi allo stesso potere di revisione costituzionale interno, ma è chiamato anche a precludere l’ingresso di discipline normative o orientamenti giurisprudenziali di derivazione extranazionale che in qualche modo ne possano contraddire il contenuto prescrittivo” (il tema dei controlimiti costituzionali e della tutela giurisdizionale effettiva è ulteriormente ripreso dal saggio di Anna Camilla Visconti). I lavori, piacevolmente densi, di Maria Grazia Rodomonte, Ludovica Durst e Paolo Mezzanotte, in una linea di continuità, illuminano su aspetti dell’indipendenza del giudice e della interpenetrazione tra giusto procedimento (un tema affrontato anche dal saggio di Michele Belletti) e giusto processo misurando gli esiti interpretativi raggiunti su questi temi dalla nostra Corte Costituzionale e dalle Corti sovranazionali, in modi che offrono molteplici spunti di riflessione per la prospettiva evolutiva del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva quantomeno nel nuovo contesto europeo delle *public law disputes* che si originano nell’Unione bancaria.

Parallelamente, il tema, tanto “classico” quanto difficile (e immanente al disegno istituzionale europeo delle commissioni di ricorso in materia finanziaria che sono costituite da specialisti e identifica talune di esse come “primo grado” di giudizio), della specializzazione e della specialità del giudice, è stato affrontato in questo volume in una duplice prospettiva.

2. M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, *Finance, Law and the Courts. Financial Disputes and Adjudication* (OUP, 2023), in specie parte IV.

3. PRIN2017NAFWC8.

Da una parte, nei suoi lineamenti per così dire di disegno ordinamentale, avendo riguardo al caso emblematico, nella prospettiva del diritto interno, della giurisdizione sulle risorse sul duplice versante delle entrate e delle spese. I saggi raccolti in parte seconda di questo volume<sup>4</sup> segnano, come scrive nel suo bel saggio Mario Bertolissi, le “direttrici” circa una molteplicità di “essenziali problemi ereditati dal passato e non ancora risolti che costituiscono una onerosa ipoteca per l’avvenire della società”. Si tratta, d’altro canto, di riflessioni anche particolarmente tempestive, dal momento che consentono di collocare in un più ampio contesto e di meglio comprendere la recente riforma della giurisdizione tributaria di cui alla legge 31 agosto 2022 n. 130 (peraltro ora, non a caso, al vaglio della Corte costituzionale). E ciò non solo nel quadro dell’esperienza costituzionale italiana e del relativo dibattito sulla unitarietà della giurisdizione ma anche nel più ampio contesto del disegno ordinamentale della giustizia, e dei suoi necessari attributi di competenza e indipendenza, in ambito tanto domestico quanto europeo, e in una prospettiva comparata. Del resto, che il tema abbracci passato, presente e futuro è evidente: per avvedersene è sufficiente ricordare (come fanno in questo volume i due saggi di Guido Rivosecchi e Giuseppe Bergonzini), quanto al passato, la discussione sul giudice tributario che animò, con spunti di sorprendente modernità, la Seconda Sottocommissione dell’Assemblea Costituente rispetto ai modelli alternativi del giudice speciale e di quello ordinario specializzato; quanto al presente, la discussione di quel medesimo tema in sede di Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria (quale emerge dalla Relazione conclusiva del 30 giugno 2021); quanto al futuro, gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza per una complessiva riforma del sistema giurisdizionale italiano e le riforme recentemente varate (e ora chiamate alla prova della pratica). Come giustamente osserva nel suo saggio Giovanna Tieghi, dunque, la giustizia fiscale è un campo nel quale da tempo è ben presente l’interrogativo su come assicurare tutela effettiva al più umano dei diritti costituzionalmente tutelati – e cioè quello ad una giurisdizione che renda effettivamente giustizia – e si tratta colà di un tema trasversale, nell’ordinamento e tra gli ordinamenti, che permea di sé tradizione e modernità. Esso sembra poter offrire, di conseguenza, utili risposte anche nella prospettiva evolutiva della giustizia europea in materia bancaria e finanziaria.

Dall’altra parte, il tema è affrontato in questo volume anche facendo un punto aggiornato sulle lezioni che vengono dalla giustizia amministrativa italiana nel sindacato di valutazioni tecniche o economiche complesse. L’esperienza italiana è particolarmente illuminante e, è giusto riconoscerlo, particolarmente avanzata anche in prospettiva comparata. Il saggio di Federico Laus affronta, nel quadro di

4. Che per la loro ampiezza hanno meritato anche una anticipata pubblicazione autonoma, con mia prefazione, in M. Bertolissi (a cura di), *Il destino delle risorse pubbliche*, Jovene, 2023.

ciò che egli descrive come “la benemerita specializzazione del giudice amministrativo”, le linee evolutive del sindacato giurisdizionale della discrezionalità dell’amministrazione, che costituisce, come efficacemente l’ha descritta Sabino Cassese, un vero e proprio “assillo” per i giuristi. E questa analisi del sindacato intrinseco (un sindacato tanto consueto nella nostra giurisprudenza amministrativa quanto complesso e articolato nelle sue ramificazioni in concreto) discute il suo delicato porsi tra la Scilla dei principi di “pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale [che richiedono che il sindacato si estenda] anche all’accertamento dei fatti operato sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico, [...] attraverso la verifica del rispetto dei limiti dell’opinabile tecnico-scientifico attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad es. consulenza tecnica d’ufficio, verifica ecc.)”, di modo che il giudice si avvalga “delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall’amministrazione” e il Cariddi del principio che “tale sindacato non può tuttavia spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell’amministrazione”. Il giudice si deve infatti “limitare a verificare se la risposta [dell’amministrazione] rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica”: limite che è ulteriormente ripreso, e ben esemplificato nei pericoli di un suo eventuale superamento, dal contributo di Carlo Bottari riferita a innovative esperienze nel settore della sperimentazione animale. Ciò che Rolando Pini, nel suo saggio in questo volume, chiama le diverse “geometrie” dell’*adjudication*, sono ulteriormente esplorate, con particolare riguardo alla giurisprudenza amministrativa in materia di provvedimenti di vigilanza bancaria, da Cecilia Sereni Lucarelli con particolare riguardo ruolo che deve essere ascritto, nel contesto della giurisdizione piena sulle sanzioni, al giudizio sul fatto e al sindacato di “maggiore attendibilità” nell’accesso al fatto e da Donato Messineo, beneficiando anche dall’esperienza “dall’interno” della consulenza legale di Banca d’Italia, con riguardo al sindacato delle valutazioni tecniche complesse che stanno alla base di provvedimenti di vigilanza (con una assai ricca analisi di tutti i casi più recenti decisi dal giudice amministrativo italiano in questa materia, letti “controluce” rispetto al sindacato svolto dalla Corte di Giustizia rispetto a decisioni di vigilanza o risoluzione delle autorità europee). Queste considerazioni si saldano, e trovano ulteriore ampio approfondimento, nella parte quarta di questo volume, ove si affronta il tema della tutela giurisdizionale effettiva rispetto al diritto sanzionatorio nel settore finanziario e nella materia del *golden power*. I densi, e assai utili, saggi di questa parte, alcuni dei quali redatti da specialisti della materia che ne sono anche responsabili della quotidiana applicazione pratica presso le autorità competenti, consentono di fare un punto particolarmente approfondito e aggiornato dello stato dell’arte in materia,

e offrono molteplici spunti anche nella prospettiva di politica del diritto. Lo stesso è a dirsi delle considerazioni, che ne costituiscono un'ideale continuazione, dato che le sanzioni amministrative in questa materia sono afflittive e "a colorazione penale", dedicate dalla parte quinta al prisma della specializzazione nella giurisdizione penale in materia bancaria e finanziaria, con uno sguardo attento alle complessità (e ai ritardi) del disegno istituzionale europeo in materia. Il tema della politica criminale unionale si colloca, come giustamente osserva Silvia Allegrezza, in una fase meramente embrionale, che è tanto più sorprendente se si considera come in sede di Unione bancaria l'irrobustimento dell'apparato sanzionatorio amministrativo (che pur presenta le molteplici problematiche evidenziate da Raffaele D'Ambrosio nel suo saggio sulla tutela giurisdizionale effettiva e il diritto sanzionatorio in materia bancaria a seguito del regolamento SSM) "non è stato accompagnato da alcun intervento sul piano repressivo penale". Silvia Allegrezza osserva infatti che "sebbene la recente storia europea, e non solo durante la crisi finanziaria, sia costellata di episodi criminosi che vedono coinvolti grandi istituti bancari, l'iniziativa della UE si è limitata ad una progressiva armonizzazione di alcune fattispecie penali, quali il riciclaggio o l'abuso di mercato, senza però innovare la strategia di contrasto, che rimane parcellizzata entro i confini nazionali. Quello che manca è la centralizzazione dell'enforcement [...], ovvero la creazione di organi che possano indagare e giudicare". E ciò malgrado dal giugno 2021 operi un organo investigativo penale come la Procura europea (EPPO). Non mancano, dunque, le ragioni per una visione che, anche nel diritto bancario penale dell'Unione possa in prospettiva muovere verso un sistema punitivo multilivello (europeo-nazionale) integrato e coerente; ma si tratta di approdi che appaiono ancora incerti e lontani e che inducono allo stato piuttosto a concentrare gli sforzi sul coordinamento e il rafforzamento dei canali informativi esistenti tra autorità e giudice penale. Non per questo, tuttavia, la prospettiva penalistica risulta meno pregnante nell'analisi dei temi oggetto del presente volume, dal momento che, in questa materia, i principi del giusto processo informano profondamente di sé tanto il disegno degli strumenti rimediali, come mostra Giulia Lasagni trattando di giusto processo, vigilanza bancaria e diritto al rimedio effettivo (affrontando anche le incertezze che accompagnano il conseguimento di una giurisdizione piena attraverso il combinato operare di commissioni interne di ricorso e corti europee<sup>5</sup>), e rappresentano il fondamentale "sestante" per orientarsi "nell'intricato labirinto della moltiplicazione sanzionatoria", come mostra Chiara Silva interrogandosi sulle ricadute del principio di proporzionalità della pena e sui profili problematici di un sindacato diffuso di ri-equilibrio sanzionatorio in questa materia.

5. Si v. Corte di Giustizia, 9 marzo 2023, ACER c Aquind, C-46/21 P, ECLI:EU:C:2023:182, che non si riferisce tuttavia a commissioni di ricorso in ambito finanziario.

3. Ma anche sul fronte del diritto privato della finanza, e dunque sul piano delle *private law disputes*, in materia bancaria e finanziaria, a norme euro-unitarie sempre più di armonizzazione massima si contrappone una notevole discrepanza applicativa in sede giustiziale. Ciò sembra poter avere in prospettiva interessanti ripercussioni sul piano ordinamentale della giustizia in materia.

Da un lato, infatti, progressivamente la Corte di Giustizia potrebbe vedersi costretta a far arretrare rispetto ai concorrenti (e prevalenti) principi di equivalenza ed effettività, il principio di autonomia procedurale, ove questo principio, che pur costituisce un caposaldo del tradizionale rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale<sup>6</sup>, finisca sistematicamente con l'aver un effetto di grave ritardo del processo di armonizzazione in concreto. Se ne è avuta di recente una prima avvisaglia, si direbbe, con le sentenze gemelle della Corte del 17 maggio 2022, in *Banco di Desio, Ibercaja Banco, Impuls and Unicaja Banco*<sup>7</sup> che hanno fatto prevalere le esigenze di uniforme applicazione delle disposizioni in materia di clausole abusive nei contratti bancari addirittura sul giudicato interno. Sul piano del disegno ordinamentale, ciò potrebbe forse anche preludere ad un più frequente utilizzo, nella materia finanziaria, di regole processuali armonizzate sulla falsariga di quelle dettate in materia di responsabilità civile delle agenzie di rating dal regolamento 462/2013.

Dall'altro lato, e soprattutto, occorre domandarsi anche con riguardo alle *private law disputes*, e anzitutto con riguardo a quelle “di massa” e che interessano i cittadini europei quali consumatori di servizi bancari e finanziari in materie oggetto di armonizzazione massima, quale sia l'assetto giudiziale in prospettiva più adeguato per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva. E anche qui, fermo il ruolo del giudice nazionale, le lezioni che vengono dall'esperienza italiana “oltre la giurisdizione” dai meccanismi strutturati di *dispute resolution* che si avvalgono dell'assistenza tecnica delle autorità di vigilanza in materia finanziaria appaiono molto confortanti; tanto più ove le si inserisca – come fa in questo volume il bel saggio di Marcello Marinari riguardo all'ABF – nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. È così che le esperienze applicative dei tre arbitri, ben delineate nei saggi di Salvatore Providenti, Nicola Soldati e Marcello Marinari appunto, così come le prospettive della *online dispute resolution*, ben descritte nelle loro promesse e nei primi risultati da Maria Alessandra Stefanelli e Beatrice Bertarini,

6. Ancora ribadito nella materia finanziaria di recente in Causa C-910/19, *Bankia v Unión Mutua* [2021] ECLI:EU:C:2021:433. Su tale sentenza v. M. Lamandini, D.R. Muñoz, “*Can you have a Capital Markets Union without harmonised remedies for securities litigation?*” *EuLawLive*, Weekend Edition, 19 June 2021, 15.

7. Case C-693/19 and C-831/19, *Banco di Desio* [2022] ECLI:EU:C:2022:395 C-600/19, *Ibercaja Banco* [2022] ECLI:EU:C:2022:394; C-725/19 *Impuls* [2022] ECLI:EU:2022:2022:396 and C-869/19, *Unicaja Banco* ECLI:EU:C:2022:397.

pongono in modo sempre più pressante (al pari di quanto avviene, nel contesto delle *public law disputes* con le commissioni di ricorso) la questione di politica del diritto di quale sia, in prospettiva, il giusto ruolo da assegnare, anche a livello ordinamentale europeo andando al di là della direttiva e del regolamento del 2013, “ad un sistema di giudizio più ampio di quello giudiziario” (in senso stretto) posto che, come ricorda Marcello Marinari descrivendo il tramonto di quello che descrive come “l’assolutismo giurisdizionale” “il ruolo del sistema giudiziario ai fini della risoluzione delle controversie, pur senza porne in discussione la centralità, ha ormai cessato di rappresentare (anche sul piano teorico) l’unico strumento di risoluzione, per il sorgere o comunque lo svilupparsi (...) accanto al processo di ulteriori meccanismi”.

4. Nel concludere la breve presentazione di questo volume mi sembra giusto prendere spunto dal richiamo che Mario Bertolissi fa nel suo bel saggio in questo volume a Luigi Einaudi, che da par suo, usava mettere in guardia dalla “mania riformatrice dei dottrinari che, andando in cerca della giustizia e non contenti della giustizia semplice e grossa, che è lo sola concretamente possibile, vogliono la giustizia perfetta, che è complicata”. Si tratta di un monito pragmatico di grande avvedutezza e senza tempo. Ma esso è anche provocatorio, dal momento che, perché i diritti possano essere presi sul serio, è indispensabile che vi sia un giudice competente e indipendente capace di affermarli, tempestivamente. E a questo fine un ordinamento deve adottare coraggiose, e giuste scelte. Non a caso, nel noachismo, e cioè nella più antica delle religioni naturali, la settima e ultima legge divina è quella di istituire tribunali giusti. Vi è ancora molto, a giudicare da questo libro, che si può fare per trarre dal nostro passato e dal nostro presente insegnamenti fruttuosi per il futuro della giustizia, e, così, per provare (almeno) a riparare, con la giustizia, la società.





PARTE PRIMA

LE FORME DI TUTELA GIURISDIZIONALE  
DEI DIRITTI FONDAMENTALI  
IN CAMPO ECONOMICO-FINANZIARIO  
TRA TRADIZIONE COSTITUZIONALE EUROPEA  
E PROSPETTIVE DI INNOVAZIONE



# IL DIRITTO COSTITUZIONALE AD AZIONARE DIRITTI: UNA INTRODUZIONE A STATO DI DIRITTO E GIURISDIZIONE TRA TRADIZIONE E LINEE INNOVATIVE

ROBERTO NANIA\*

SOMMARIO: 1. Lineamenti essenziali del modello dello Stato di diritto e della tutela giurisdizionale dei diritti – 2. La costituzionalizzazione del diritto d'azione e la completezza della tutela giurisdizionale: il diritto d'azione come principio supremo – 3. Il diritto d'azione e l'attività giurisdizionale tra unitarietà e pluralismo: in particolare, giustizia amministrativa e arbitrato – 4. L'apertura dello Stato di diritto: la tutela dei diritti oltre la dimensione nazionale – 5. Moduli alternativi di risoluzione delle controversie e virtualità espansive del diritto d'azione.

## **1. Lineamenti essenziali del modello dello Stato di diritto e della tutela giurisdizionale dei diritti**

È giunta fino a noi, non senza traversie, la classica teorica dello Stato di diritto post-assolutistico con i grandi assiomi generati dall'affermazione del principio di eguaglianza dei cittadini e del canone della divisione dei poteri.

L'attribuzione agli organi della rappresentanza politica del compito di stabilire mediante la legge generale ed astratta le regole della convivenza collettiva e con esse la declinazione delle libertà, dei diritti e degli obblighi destinati a disciplinare l'ordine dei rapporti sociali. Il deferimento a organi giurisdizionali stabilmente precostituiti e dotati dello status di indipendenza, aperti all'accesso da parte di chiunque, del compito applicativo delle regole ed abilitati a risolvere con le giuste modalità procedurali e con esiti vincolanti le controversie che possano insorgere in ipotesi di violazione delle libertà e dei diritti del singolo da parte di privati come da parte del potere pubblico.

Il costituzionalismo del secondo dopoguerra accoglie questo schema fondamentale, come avviene nella costituzione italiana, dove la saldatura tra l'attribuzione della funzione legislativa al Parlamento ed il principio di soggezione del

\* Sapienza Università di Roma.

giudice alla legge (art. 70 e art. 101) vale ad assicurare che le controversie in tema di diritti possano dispiegarsi davanti a un giudice equidistante chiamato ad adottare la corretta soluzione della concreta fattispecie nel quadro legislativo vigente.

Su ambedue questi versanti, viene in evidenza lo sviluppo delle potenzialità costruttive dell'impostazione tramandata: quanto alla legge, accrescendo la vocazione democratico rappresentativa degli organi deputati alla sua elaborazione (l'universalità e la libertà del diritto di voto, la tutela delle opposizioni, il divieto di mandato imperativo per i parlamentari, ecc.); quanto al singolo giudice, predisponendo le misure atte a rafforzare il postulato della indipendenza rispetto al potere politico e della imparzialità rispetto alle parti della controversia (la inamovibilità, la distinzione tra giudici solo per diversità di funzioni, la precostituzione del giudice naturale, ecc.), ed assumendo l'autogoverno della magistratura quale linea distintiva tra l'ordine giurisdizionale complessivamente inteso e gli altri poteri dello Stato.

Sempre in termini necessariamente sintetici è opportuno avanzare due ulteriori notazioni.

La prima è che nel campo delle libertà personali l'applicazione di tali paradigmi prevede esplicitamente la variante della configurazione di una doppia riserva (di legge e di giurisdizione) intesa a richiedere all'atto legislativo talune specifiche connotazioni (dalla tassatività delle previsioni sanzionatorie alla loro irretroattività) ed a precludere interferenze nelle sfere individuali che non siano sorrette da un motivato provvedimento giurisdizionale.

La seconda precisazione è che kelsenianamente anche nell'amministrazione, alla stregua del principio di legalità, è ravvisabile un'attività di concretizzazione della legge per cui sarà magari concettualmente imperscrutabile la differenza con l'attività giurisdizionale, ma, come suggerito dallo stesso Kelsen<sup>1</sup>, la storica appartenenza dell'amministrazione al campo del potere autoritativo ha fatto sì che esclusivamente in capo alla giurisdizione si addensasse l'aspettativa di tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini.

Il compimento delle premesse teorico/pratiche dello Stato di diritto è raggiunto in virtù della saldatura tra la rigidità e la supremazia della costituzione, volte a presidiare la inviolabilità dei diritti che vi sono enunciati, e la introduzione del controllo di costituzionalità sulle leggi. Il che non significa che si disconosca la presunzione della capacità rappresentativa/regolativa dell'intervento legislativo scompaginando la coppia astratto-concreto caratteristica dello Stato di diritto.

1. Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas libri, 1974, 280; ma sull'essenzialità in linea teorica della giurisdizione, e non già dell'amministrazione, ai fini della conferma della giuridicità dell'ordinamento, S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, specialmente 224.

to; vuole dire piuttosto che l'istanza di completamento richiede, se non la soluzione del sindacato diffuso di costituzionalità, la configurazione di un organo – anch'esso operante in forza di garanzie di indipendenza e secondo forme e criteri che ricalcano gli stilemi giurisdizionali – svincolato dal criterio del primato della legge quando lo richiedano gli enunciati di valore dell'assetto democratico pluralistico che legittimano la prevalenza della legalità costituzionale.

Come si vede, risulta inscindibile il nesso che negli ordinamenti della nostra area culturale tiene insieme lo Stato liberale di diritto e un assetto democratico compiutamente realizzato: dove cioè negli atti regolativi non può esprimersi una volontà politica unilaterale ed arbitraria emancipata dalle dinamiche di opinione e dalla diversificazione dei bisogni che percorrono la società, e dove l'indipendenza della sfera giurisdizionale è intesa a contrastare l'insorgenza di pretese di concentrazione di potere di per sé respinte dalla natura intrinsecamente limitata e controllabile che qualifica l'esercizio di un potere democraticamente impostato.

## **2. La costituzionalizzazione del diritto d'azione e la completezza della tutela giurisdizionale: il diritto d'azione come principio supremo**

Come già si accennava, nel quadro sinteticamente richiamato si iscrive il diritto dei singoli di azionare e difendere le proprie posizioni giuridiche davanti a un giudice ai fini della loro reintegrazione, come canonizzato dal nostro art. 24 Cost. in connessione alle successive disposizioni costituzionali (artt. 102, 103, 113) che articolano la funzione giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo (nonché gli altri giudici speciali espressamente indicati).

A parte esenzioni ascritte al nucleo essenziale della decisionalità politica, non si profilano eccezioni alla praticabilità della domanda di tutela in forma giurisdizionale: dai rapporti interprivati, ai rapporti con l'attività esecutiva/amministrativa, ai rapporti con il potere politico legislativo, il sistema delle potenzialità di difesa delle libertà e dei diritti ha l'ambizione di essere immancabilmente presente in ogni dimensione in cui si svolga l'esperienza di relazione della vita della persona<sup>2</sup>: in tal modo ai riconoscimenti testuali dei diritti si viene ad affiancare, almeno sotto l'aspetto delle tecniche legali e delle specifiche prestazioni che sono abilitate ad offrire, la necessaria risorsa della concreta opportunità di rivendicazione.

Si deve aggiungere che quanto esposto vale anche con riferimento ai cosiddetti diritti sociali, ossia a quei diritti di seconda generazione che trovano un più solido radicamento nel costituzionalismo del secondo dopoguerra; benché si tratti

2. Cfr. per uno spunto anticipatore in tal senso, C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, 1984, 181-182.

di diritti preordinati non tanto (o non soltanto) alla preservazione degli ambiti individuali quanto all'acquisizione di prestazioni pubbliche oppure alla richiesta di assolvimento di obblighi privati, anche in questo caso, qualora presentino una sufficiente potenzialità di individualizzazione, la loro attuazione può avvalersi delle consuete tecniche giudiziarie. Dal che deriva che non risulta ormai convincente l'idea che lo Stato di diritto in ragione delle sue matrici liberali sia talmente improntato al paradigma del guscio protettivo della proprietà privata<sup>3</sup> da non essere in grado di incorporare un più complesso spettro di diritti strutturalmente differenziati.

È bene precisare che l'anzidetta presentazione del controllo di costituzionalità quale fattore di ultimazione dello Stato di diritto e del sistema delle tutele giurisdizionali del cittadino – a parte altre implicazioni che in termini di incidenza sulla forma di stato e di governo possono correlarsi all'innesto del giudizio di costituzionalità – potrebbe apparire non perfettamente in linea con la peculiare stilizzazione del meccanismo processuale dell'incidente di costituzionalità che, nel nostro sistema accentrato di *judicial review*, impedisce sia la disapplicazione della legge da parte dei giudici di merito sia l'accesso diretto del singolo alla sede del giudizio di costituzionalità. Sotto questo aspetto, si potrebbe ravvisare una variante derogatoria rispetto alla regola generale di immediata azionabilità dei diritti davanti a una autorità giudiziaria, ma è appena da osservare che si tratta comunque di un circuito valutativo (sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità a carico della legge) che matura nell'ambito di processi pendenti dove è assicurata la delibazione obiettiva in ordine alla ricorrenza dei requisiti appena richiamati e che pertanto, a parte preferenze di ordine comparativo, non compromette la effettività della domanda di giustizia costituzionale.

Vista la posizione di centralità che il diritto d'azione riveste nella logica dello Stato di diritto in quanto garanzia di realizzabilità dei diritti individuali, non può sorprendere che sia stato incluso nella compagine dei principi costituzionali supremi: il che significa che il principio, essendo a tal punto compenetrato con l'identità costituzionale, non solo è in grado di sottrarsi allo stesso potere di revisione costituzionale interno, ma è chiamato anche a precludere l'ingresso di discipline normative o orientamenti giurisprudenziali di derivazione extranazionale che in qualche modo ne possano contraddire il contenuto prescrittivo.

Non è necessario ripercorrere il percorso ampiamente conosciuto che è stato seguito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalla concreta applicazione della teorica alla normativa concordataria e alla sua prospettazione ipotetica con riguardo alla normativa comunitaria. Quel che interessa ai fini della

3. Cfr. ancora una volta, H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 90.

presente esposizione è che, facendo leva sullo status del diritto di azione nei termini anzidetti, di recente se ne è ulteriormente accresciuta la portata garantista: difatti, il diritto d'azione ha investito anche la dimensione dei rapporti tra i cittadini e gli Stati esteri (almeno con riferimento alla materia dei crimini di guerra ed alla violazione dei diritti umani)<sup>4</sup>, con la conseguenza dell'ammissibilità dell'azione civile nei loro confronti fino ad ora preclusa a causa di una lettura troppo espansiva del principio internazionale consuetudinario dell'immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri.

La coerenza dello schema della totalità della tutela giudiziaria non può essere smentito dal fatto che l'art. 24, oltre ai diritti soggettivi, menziona l'interesse legittimo: una nozione tramandata dalla fase precostituzionale alla quale viene assegnato senz'altro il merito di aver contrastato con successo la tenace richiesta dell'amministrazione pubblica di immunità da un controllo esterno di legittimità dei suoi provvedimenti; allo stesso tempo le si è addossato il demerito di prefigurare una opportunità di azione e difesa per il privato di grado inferiore rispetto al diritto soggettivo perché finalizzata in via prioritaria alla tutela dell'interesse pubblico ed al ripristino oggettivo della legalità, e soltanto in via mediata o riflessa alla protezione della posizione individuale<sup>5</sup>.

Al riguardo è da osservare che – a parte le trasformazioni in chiave partecipativa che hanno interessato lo stesso modo di operare dell'amministrazione pubblica – l'apposita codificazione di un diritto di agire in giudizio è portatrice di una istanza di appropriatezza della tutela giudiziaria che si riverbera sulle insufficienze protettive che in passato la nozione di interesse legittimo può aver accusato<sup>6</sup>.

In altre parole, la enucleazione costituzionale del diritto di azione giudiziaria, non a caso assente nello Statuto dell'epoca monarchica, imprime al diritto in questione un'autonoma e persino implicita valenza assiologica che non può essere ipotecata da pregresse concezioni teoriche o da prassi giurisprudenziali: una valenza che esige che il diritto di agire in giudizio sia sempre assistito dal pregio della effettività (così come oggi ufficializzato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE), ossia possa coniugarsi a una giurisdizione tendenzialmente piena in grado di corrispondere alla domanda, oppositiva o pretensiva che sia, di tutela delle posizioni soggettive anche in presenza di espressioni autoritative del potere amministrativo.

Resta da dire che non bisogna ritenere che le articolazioni della tutela giudi-

4. Corte cost., Sentenza n. 238 del 2014.

5. Sui passaggi legislativi e sugli snodi teorici evocati nel testo, cfr. M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 229 ss.; nonché, per una prospettiva anche di ordine comparativo, F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, ivi, 589 ss.

6. Cfr. F. Satta, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento VI, Giuffrè, 2002, specialmente 419-420.



ziaria come descritte in precedenza vivano in una condizione di isolamento, ciascuna circoscritta nei confini tipologici dei rapporti che sono demandati in via di massima alla loro cognizione. Non si vuole alludere tanto alla mai sopita tematica della determinazione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo; si intende soprattutto segnalare che l'alto grado di densità pre-cettiva del disegno costituzionale e delle sue massime in tema di diritti e di relazioni comunitarie non può che riflettersi sulle controversie che investono i rapporti negoziali tra privati, nonché su quelle tra i privati ed il potere pubblico che ruotino attorno all'asse dell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Una irradiazione questa che orienta la concreta soluzione delle controversie in senso conforme ai canoni costituzionali: basti pensare, sul lato civilistico, alla sempre maggiore incidenza del principio di solidarietà sull'accertamento degli squilibri contrattuali, così come, sul lato pubblicistico, alle conseguenze tratte dal principio di libertà di impresa e di concorrenza in materia di concessioni di beni demaniali, specie sotto l'aspetto della loro scadenza e dei connessi obblighi di gara.

E si può fare riferimento anche alla tecnica di elaborazione di diritti ulteriori dedotti in via interpretativa dal testo costituzionale, diritti che, una volta esteriorizzati, valgono ad integrare il ventaglio delle situazioni soggettive giuridicamente protette di cui è titolare la persona e che come tali sono suscettibili di azionabilità in via giudiziaria: sul punto, restano emblematici i casi del diritto alla riservatezza e del diritto all'immagine elaborati in sede pretoria, anche sull'onda del contributo della cultura giuridica, e che hanno integrato opportunamente ed a pieno titolo il novero dei diritti della personalità.

In conclusione, anche grazie agli oneri interpretativi derivanti dal tracciato della Costituzione, la distinzione tra diritti di rango costituzionale e altre posizioni sostanziali legalmente previste tende a sfumare nella concretezza dell'esperienza giuridica, per cui nelle fattispecie giudiziarie finiscono col convergere e confrontarsi una pluralità di punti di vista valutativi, differentemente collocabili nelle gerarchie delle fonti normative, ma che comunque aspirano a raggiungere in tal modo un plausibile significato unificante.

### **3. Il diritto d'azione e l'attività giurisdizionale tra unitarietà e pluralismo: in particolare, giustizia amministrativa e arbitrato**

La crucialità del riconoscimento del diritto al giudice nel sistema dello Stato costituzionale di diritto spiega perché la funzione di tutela dei diritti e di risoluzione delle relative controversie sia declinata come funzione squisitamente pubblica. Se si guarda al complessivo sfondo costituzionale, tale impostazione non dovrebbe essere ricondotta, come in passato, alla rivendicazione di un pervasivo

potere di governo della società – ritenutosi incaricato della finalità storicamente propulsiva del superamento della frammentazione sociale e della connessa scomposizione delle sedi di conoscenza delle vertenze – che ha segnato l'avvento dello Stato moderno nella sua versione assolutistica.

Più produttivo è ragionare attorno all'idea che nella prospettiva costituzionale l'assolvimento del compito di protezione dei diritti esige una compagine di requisiti che soltanto nell'orbita della statualità potrebbero trovare il debito riscontro: in particolare, ci si riferisce all'esigenza, fatta propria dalla costituzione italiana, che il compito venga esercitato da soggetti abilitati allo ius dicere e reclutati mediante apposite procedure concorsuali improntate al criterio della competenza giuridica<sup>7</sup>. Si tratta quindi di un procedimento di investitura ben differenziato per un verso dalle modalità elettive di legittimazione che sono tipiche degli organi della rappresentanza politica, e per altro verso distinto anche dalle modalità privatistico – negoziali di assegnazione a un soggetto privato dell'incarico di dirimere la contesa secondo il modulo dell'arbitrato.

Il disegno tuttavia non ha messo capo a quello che ne avrebbe dovuto essere il coronamento pressoché obbligato, almeno secondo modi di sentire fortemente influenzati dal mondo di *common law*: vale a dire la riconduzione sotto un'unica giurisdizione di ogni controversia quale che ne fosse l'oggetto e quale che fosse la natura dei soggetti coinvolti, facendo salva al più la possibilità di istituzione di sezioni specializzate presso i Tribunali ordinari che non avrebbe in alcun modo incrinato la tenuta concettuale del principio dell'unità giurisdizionale e delle sue implicazioni sotto l'aspetto della parità tra le parti, della adozione dei medesimi criteri di giudizio plasmati sul paradigma diritti/obblighi, della spendibilità della medesima formula dispositiva dell'accertamento/condanna<sup>8</sup>.

Di qui in particolare la polemica nei confronti dell'insediamento costituzionale della giustizia amministrativa che avrebbe comunque comportato il conferimento di un carattere di specialità alle controversie tra privati e pubblica amministrazione che altro significato non avrebbe potuto avere – considerate le strettoie dell'azione di tipo impugnatorio finalizzata all'annullamento dell'atto lesivo – se non quello di avallare l'impossibilità su questo terreno di predisporre mezzi processuali realmente idonei ad appagare l'interesse sostanziale alla base dell'iniziativa giudiziaria.

7. Per il diverso modulo anglosassone di nomina dei giudici ed in particolare sul passaggio da un sistema di nomina di tipo "politico" a un sistema di tipo "competitivo" a seguito della istituzione della *Judicial Appointments Commission* d'Inghilterra e Galles, cfr. P. Leyland, *Separating Powers and Constitutionalising the Office of Lord Chancellor*, in *Diritto pubblico*, vol. 10, n. 1, 2004, 130 ss.

8. Sulla contesa in sede costituente tra Piero Calamandrei e Costantino Mortati, cfr. C. Mortati, *Le giurisdizioni speciali di fronte alla Costituzione*, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, 1972, 1169 ss.

Al riguardo, non si può che ripetere quanto sopra esposto relativamente alla circostanza che, nonostante ogni incrostazione concettuale, la spinta innovativa del disegno costituzionale ha consentito di argomentare, come nella sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, che l'art. 24 Cost. richiede che agli interessi legittimi vengano riconosciute “le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed all’effettività della tutela che questi deve loro accordare”.

Non sarebbe possibile in questa complessiva tematizzazione soffermarsi in termini anche appena circostanziati sui sopravvenuti avanzamenti delle prestazioni erogabili dalla giustizia amministrativa: dalla atipicità delle azioni esperibili di fronte al giudice amministrativo, alla previsione del risarcimento del danno da atto illegittimo nonché alla possibilità della reintegrazione in forma specifica del diritto soggettivo leso nelle materie che, valorizzando il varco costituzionale della facoltà di ampliamento della cognizione del giudice amministrativo<sup>9</sup>, gli vengono rimesse in via esclusiva in ragione appunto dell’intreccio tra interessi legittimi e diritti soggettivi<sup>10</sup>.

Per quanto qui rileva, è da notare che questo percorso di adeguamento sta a confermare che la legittimazione costituzionale della giustizia amministrativa si fonda su di un criterio di “specialità” che non allude a pregiudiziali asimmetrie processuali e decurtazioni di tutele finali, bensì a una dote di specializzazione che sarebbe inesigibile dal giudice ordinario e che risulta tanto più indispensabile a fronte della crescita della presenza pubblica nei settori di maggiore rilevanza economica: per la conferma a posteriori basti pensare, in via esemplificativa, alla materia delle procedure concorsuali in vista degli affidamenti degli appalti pubblici ed al tasso di competenza e di esperienza connesso al relativo scrutinio giudiziario esperito secondo i parametri della illogicità, della irragionevolezza e della proporzionalità; e si consideri ancora – con particolare riguardo al rapporto tra tutela ambientale e uso del territorio – la crescita del criterio di controllo giudiziario sulla attendibilità tecnico scientifica delle scelte pubbliche operate in materia unitamente alla verifica della loro adeguatezza rispetto all’ordine degli interessi in gioco<sup>11</sup>.

In questa prospettiva, recede anche la doglianza riguardante la difficoltà che il dualismo giurisdizionale potrebbe frapporre alla aspirazione verso la riunificazione dell’ordinamento in via nomofilattica in vista della preservazione del valore

9. Art. 113, comma 1, Cost.

10. Per tutti gli aspetti innovativi del c.p.a. del 2010 si rinvia alla trattazione chiarificatrice di F. Patroni Griffi, *Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2 del 2019.

11. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, Sentenza n. 8167 del 2022, in tema di indifferibilità della transizione ecologica.

della certezza del diritto: si allude ovviamente al fatto che le sentenze di secondo grado dei giudici speciali vengono esentate dalla eventualità del ricorso per violazione di legge davanti alla Corte di cassazione<sup>12</sup>.

Questa comprensibile aspirazione, come ha di recente puntualizzato la Corte costituzionale<sup>13</sup>, può e deve trovare realizzazione nell'ambito delle singole articolazioni della giurisdizione statale; per cui neppure una lettura evolutiva del sistema, anche se postulata a partire da un'istanza di omogeneità applicativa particolarmente cogente perché derivante dal primato del diritto unionale, potrebbe andare a scapito della ratio costituzionale dell'equilibrio tra la tendenza all'universalità cognitiva del giudice ed il riconoscimento della specialità dell'attività svolta dal giudice amministrativo.

Per sintetizzare, si può osservare insomma che, fermo il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali, la permanenza della giurisdizione amministrativa è riconducibile a un atteggiamento di favore nei confronti della specializzazione del giudice<sup>14</sup>, purché ciò non comporti l'abdicazione ai valori congiunti della indipendenza ed imparzialità dell'organo giudicante, ma gli consenta di incrementare la capacità di esprimere una più congrua risposta alla domanda di giustizia.

Suona riprova di quanto detto la circostanza che l'inderogabilità di tali requisiti abbia precluso il trasferimento classificatorio dell'attività svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato dal campo giustiziale a quello propriamente giurisdizionale, fosse pure al limitato scopo di assentirne la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale nei confronti delle leggi<sup>15</sup>. Non si è postulato dunque che nell'autorità facesse difetto la componente dell'autonomia e dell'indipendenza rispetto al potere politico amministrativo, né tanto meno si è negata la riconoscibilità di uno stile operativo improntato ai canoni del giusto processo; ma neppure l'apprezzamento dell'alto grado specialistico delle sue incombenze ha potuto superare l'ostacolo della insussistenza del profilo *super partes* in chi è destinato ad assumere la posizione di parte (passiva o attiva che sia) nei giudizi che lo vedano coinvolto.

È ora da dire che, fatte tutte le distanze, come non ha avuto successo l'ipotesi di riassorbire la giustizia amministrativa nel disegno di unità della giurisdizione, altrettanto è accaduto per l'ipotesi che tale postulato dovesse almeno determinare l'estromissione dell'istituto dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie alternativo rispetto a quello della gestione pubblica delle controversie.

12. Art. 111, ult. comma, Cost.

13. Corte cost., Sentenza n. 6 del 2018.

14. Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II tomo, CEDAM, 1976, 1250-1251.

15. Corte cost., Sentenza n. 13 del 2019.

Difatti la Corte costituzionale fin dai primi anni sessanta<sup>16</sup> ha respinto una conseguenza così estrema, benché a sostegno del rigetto della relativa questione di costituzionalità compaia nella pronuncia l'argomento secondo il quale ai fini della acquisizione dell'imperatività del lodo arbitrale sarebbe stata comunque necessaria la sua trasposizione nella sentenza di un giudice, onde sarebbe mancato "nell'arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli promananti dalla potestà del giudice".

In effetti l'argomento finiva col tradire una qualche incertezza, rischiando di ancorare la cittadinanza costituzionale dell'arbitrato alla disciplina codicistica vigente all'epoca. Più convincente e durevole era senz'altro l'affermazione della capacità dell'autonomia privata costituzionalmente garantita di contendere all'apparato statale il campo della risoluzione del contenzioso tra soggetti privati: si escludeva infatti che fosse vietato "ad ogni soggetto giuridico di svolgere la propria autonomia per la soluzione delle controversie di suo interesse e di ricorrere a un mezzo, come quello dell'arbitrato, che è legittimato da un regolamento convenzionale del diritto di azione, valido nel limite in cui su questo diritto la volontà singola opera efficacemente".

L'assunto di fondo della idoneità dell'autonomia negoziale ad optare per un giudice privato piuttosto che statale rimarrà fermo nella successiva giurisprudenza costituzionale, come coerentemente rimarrà ferma l'incompatibilità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio<sup>17</sup> sul presupposto che il diritto d'azione è suscettibile di esercizio "in senso negativo", ma sempre in conseguenza di una declinatoria volontaria dell'offerta di tutela predisposta dall'apparato pubblico.

Più di recente, questa linea di progressiva parificazione tra i due modelli di soluzione delle controversie è sfociata nel riconoscimento della legittimazione del collegio dell'arbitrato rituale a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge<sup>18</sup>. Questo punto di arrivo che si è reso concettualmente praticabile in quanto nell'arbitrato rituale è stata ravvisata, anche alla luce delle modifiche intervenute nella disciplina codicistica<sup>19</sup>, un'attività di applicazione di norme di diritto al caso concreto corredata dal necessario ventaglio di garanzie (imparzialità dei membri del collegio, contraddittorio e giusto procedimento, ecc.) in conformità a quanto richiesto dalla nozione di giurisdizione.

Merita di essere evidenziato che per parte sua il legislatore ha perfezionato la plausibilità di questa coesistenza costituzionale, sviluppando in maggiore misura

16. Corte cost., Sentenza n. 2 del 1963.

17. Corte cost., Sentenza n. 221 del 2005.

18. Corte cost., Sentenza n. 376 del 2001.

19. Si veda, sulla tormentata evoluzione della disciplina dell'istituto arbitrale, B. Sassani, *Divagazioni su arbitrato e giurisdizione* (2020), reperibile al sito: [www.judicium.it/](http://www.judicium.it/) [consultato il 7 ottobre 2023].

le garanzie di indipendenza e di imparzialità del giudice privato, specie con riferimento alla introduzione di quell'obbligo di trasparenza a carico degli arbitri (il *duty of disclosure*, già sperimentato in altri ordinamenti) che richiede loro di rappresentare l'esistenza di eventuali relazioni con le parti del giudizio suscettibili di compromettere anche solo l'apparenza della terzietà<sup>20</sup>.

Va aggiunto infine che anche la giustizia amministrativa è stata affiancata dalla possibilità generale (a seguire la limitata operatività nel campo delle opere pubbliche), di deferire a un giudizio arbitrale rituale di diritto le controversie di sua cognizione concernenti diritti soggettivi<sup>21</sup>: anche su questo fronte pertanto non è predicabile un monopolio togato, per quanto sia tuttora scientificamente pendente la questione della estensione o meno dell'alternativa arbitrale agli interessi legittimi<sup>22</sup> e per quanto in tal caso il principio dell'autonomia negoziale possa risultare particolarmente cedevole davanti al legislatore che in via derogatoria faccia applicazione del limite dell'utilità sociale in vista del perseguimento di interessi pubblici<sup>23</sup>.

#### **4. L'apertura dello Stato di diritto: la tutela dei diritti oltre la dimensione nazionale**

Non si potrebbe avere un quadro completo dello sviluppo del diritto d'azione e delle attuali opportunità di tutela dei diritti senza tenere conto dei meccanismi che in vario modo, sospingendo il sistema dello Stato di diritto verso l'apertura agli obblighi internazionali ed ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, prevedono l'accesso ad istanze giudiziarie sovranazionali.

Notoriamente, per quanto attiene alle norme internazionali convenzionali, si tratta della possibilità di ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo allorquando, salve talune eccezioni, siano esauriti infruttuosamente i mezzi di tutela giurisdizionale interna: non si è in presenza di una moltiplicazione, per così dire, meramente numerica dei gradi di giudizio, ma della riformulazione della violazione che motiva il ricorso alla stregua dei diritti convenzionali e soprattutto alla luce della elaborazione che le massime della Convenzione hanno ricevuto nella giurisprudenza della sua Corte.

Può darsi dunque che in larga misura i diritti convenzionali coincidano con

20. Il riferimento è al d.lgs. n. 149/2022, art. 3.

21. Cfr. art. 12, c.p.a. del 2010.

22. Cfr. M. Lipari, *L'arbitrato e la giustizia amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giust. Amm.*, 2019

23. Cfr. Corte cost., Ordinanza n. 162 del 2009.

quelli dichiarati nelle costituzioni interne, tuttavia questa constatazione nulla toglie al fatto che diversa può essere la percezione in ordine alla loro latitudine pre-cettiva: la vicenda del riconoscimento del diritto del proprietario espropriato a un indennizzo corrispondente al valore di mercato del bene ablato, tanto tenacemente osteggiato in sede interna, esemplifica a dovere l'effettualità di tali diversificazioni interpretative e con esse l'obiettivo accrescimento delle sedi di valutazione dei diritti propugnati dagli interessati.

Ancora, può obiettarsi che la decisione della Corte EDU nella gran parte dei casi non comporta la piena reintegrazione del diritto violato, limitandosi alla previsione di un ristoro di carattere monetario in ipotesi di accertata violazione dei diritti convenzionali. Resta però da considerare che, a seguito dell'assimilazione della Convenzione e della giurisprudenza della sua Corte nel sistema costituzionale (ancorché collocata in posizione interposta tra la costituzione e la legge ordinaria)<sup>24</sup>, i principi convenzionali sono abilitati a operare quale fattore di integrazione del parametro legale anche nell'ordinamento interno: sicché, come testimonia l'esempio appena dedotto, la violazione dei canoni convenzionali accertata in sede europea si traduce, salve le riserve a tutela dei principi fondamentali della costituzione, in motivo di incostituzionalità della legge cui debba ascriversi la responsabilità della violazione.

Per quanto attiene ai poteri normativi deferiti alla Unione europea, può apparire più marcata l'alterazione dello schema dello Stato di diritto se si pone mente alla disapplicazione della legge interna da parte dei giudici in ossequio al primato del diritto comunitario applicabile ed ai diritti fondamentali fissati nei Trattati (da quelli di libera circolazione al complesso dei diritti enunciati nella Carta dei diritti fondamentali). Ciò se del caso previo rinvio di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea intesa a deferirle l'accertamento del conflitto tra regole europee e normazione interna in caso di dubbi sulla effettiva portata delle prime: per di più, un simile confronto tra sistemi normativi è reso ineludibile dall'obbligo delle Corti di ultima istanza di procedere al rinvio pregiudiziale, qualora una parte avanzi domanda in tal senso e qualora il previo scrutinio dell'istanza non ne evidenzi ragioni di inammissibilità (prima tra tutte, la chiarezza delle regole europee).

Vero è dunque che il rimedio della pregiudiziale comunitaria non è azionabile in via autonoma dall'interessato né comporta il trasferimento della decisione del caso concreto in capo alla Corte di giustizia, ma sono indubbie le ricadute ineludibili della sua pronuncia (sotto l'aspetto della disapplicazione della legge interna ovvero della declaratoria della sua incostituzionalità): ancora un esempio, quello del giudizio ostativo espresso dalla Corte di giustizia rispetto al rinnovo di con-

24. Corte cost., Sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

tratti a tempo determinato per il personale docente della scuola, nonostante le esigenze di settore che avrebbero dovuto giustificare da noi la deroga ipoteticamente temporanea al divieto comunitario<sup>25</sup>.

Per tornare al punto, si può convenire che, in coerenza con la cogenza del processo di integrazione europea, il paradigma dello Stato di diritto è costretto ad abdicare alla linearità del suo pregresso assetto, ma soltanto per la parte in cui può consumarsi la sostituzione, ove ne ricorrano i presupposti, della norma comunitaria in luogo di quella nazionale quale criterio di soluzione delle controversie da parte della giurisdizione interna.

Peraltro, questo avvicendamento è comunque filtrato dalla già evocata teorica dei principi supremi come contro limiti alle cessioni di sovranità e conseguentemente alla operatività interna del diritto comunitario. Il che sta a significare che, specie con riferimento alle garanzie dei diritti fondamentali di cui è intessuta l'identità della costituzione nazionale, il sistema di tutela dei diritti non smarrisce la sua completezza, mantenendo ferma la funzione di controllo della Corte costituzionale sulla normazione (nella specie, per il tramite della legge interna di esecuzione dei Trattati) che voglia assumere forza e valore di legge e voglia quindi esprimere un vincolo applicativo nei confronti dei giudici: al riguardo è d'obbligo citare la "vicenda Taricco" in tema di prescrizione e di legalità penale<sup>26</sup>, nel qual caso l'acquisizione della maggior tutela dei diritti assicurata dai principi costituzionali ha dato luogo a una sequenza giurisprudenziale che, ancorché informata allo spirito del dialogo tra Corti, ha infine mantenuto integra la consistenza delle garanzie sancite in costituzione.

Sotto questo profilo, l'auto identificazione della Corte costituzionale quale organo giurisdizionale abilitato ad avanzare la pregiudiziale comunitaria nella sede del giudizio incidentale di legittimità costituzionale sulle leggi<sup>27</sup>, vale per un verso a scongiurare la radicalità dell'elevazione in via unilaterale del limite dei diritti inviolabili; ma consente anche di intensificare le occasioni di confronto con la Corte di giustizia allo scopo di rendere maggiormente dialettico e cooperativo il funzionamento del sistema europeo di protezione multilivello dei diritti fondamentali.

Su questo sfondo, non è un caso che con riguardo alla tematica della doppia pregiudizialità, ossia della concorrenza tra l'insorgenza nel corso di controversie di dubbi concernenti rispettivamente la conformità della legge alla costituzione

25. Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 26 nov. 2014 (nelle cause pregiudiziali riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13).

26. Sulla c.d. "saga Taricco", Corte di Giustizia UE, 5 dicembre 2017 (nelle cause pregiudiziali C-42/17); Corte cost., Ord. n. 24 del 2017; Corte cost., Sentenza n. 115 del 2018.

27. Corte cost., Ordinanza n. 207 del 2013.



ed al diritto europeo, pur con talune oscillazioni finisce col trasparire la priorità della questione di legittimità costituzionale<sup>28</sup>: quasi a voler confermare l'affidamento dei cittadini nel sistema di tutele prefigurato dalla costituzione e nell'attitudine della giurisdizione a corrispondere ad ogni esigenza di difesa dei diritti.

## **5. Moduli alternativi di risoluzione delle controversie e virtualità espansive del diritto d'azione**

È diagnosi invalsa quella secondo la quale la proliferazione di organismi vari preordinati alla risoluzione delle controversie senza il coinvolgimento della giurisdizione statale porta anche allo scoperto le difficoltà incontrate dall'impegno costituzionale di predisposizione di un apparato pubblico destinato a dirimere le controversie ed a ripristinare la sicurezza giuridica in tema di distribuzione di diritti ed obblighi.

In particolare, presenta aspetti di notevole sofferenza il bisogno di tempestività decisionale, come certificato in definitiva dalla stessa novellazione dell'art. 111 Cost. che, introducendo il principio della ragionevole durata del processo, ha immesso nel diritto di azione una valenza di ordine temporale che viene ad integrarne i requisiti di effettività.

Ciò ricordato, va detto che si parla qui di una fenomenologia di vecchie e nuove modalità alternative di risoluzione delle controversie che per la sua vocazione diffusiva – ma anche per le motivazioni che ne sono alla base (in primo luogo, il contrasto all'effetto persino dissuasivo dei costi di accesso alla giustizia, specie avendo riguardo alle *small claims*) – non è accostabile al distacco dalle giurisdizioni interne e dai diritti nazionali che, in concomitanza con la cosiddetta globalizzazione economica, ha interessato il modo degli affari operante su scala multinazionale, mettendo capo a un proprio sistema separato di regole e di meccanismi di soluzione del contenzioso<sup>29</sup>.

Ora, sarebbe azzardato preconizzare un andamento di inarrestabile liberazione dalla sfera statale dell'attività di risoluzione delle liti, un andamento ritenuto anche auspicabile alla luce del principio di sussidiarietà, ma col rischio di concepire la funzione statale preordinata alla tutela dei diritti come qualsiasi altro servizio pubblico, trascurando l'importanza dei requisiti atti ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità di chiunque sia investito della decisione di una controversia.

In proposito è da ricordare che è stata negata la natura giurisdizionale all'attività espletata da taluni meccanismi alternativi, nonostante la loro collaudata espe-

28. Corte cost., Sentenza n. 269 del 2017; Sentenza n. 20 del 2019; Ordinanza n. 182 del 2020.  
29. Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, il Mulino, 2001.

rienza ed ancorché vi venga riprodotto il paradigma ragione/torto che è proprio del rimedio arbitrale. Ebbene, nel caso dell'Arbitro bancario detto disconoscimento è stato dettato – oltre che dal fatto che alla decisione emessa, a parte la negativa incidenza reputazionale per la parte che non vi desse seguito, non è assegnato alcun valore legalmente cogente – specialmente dall'argomento che “gli indici di riconoscibilità considerati tipici delle funzioni giurisdizionali appaiono del tutto assenti”<sup>30</sup>.

Ne deriva che per quanto possa essere astrattizzato il concetto di giurisdizione rispetto all'impronta statualistica, resta ancora da esplorare uno scenario in cui, in virtù di eventuali e circostanziate conformazioni normative, la funzione pubblica venga affiancata da moduli decisionali in grado di reiterare il complesso delle garanzie che sono il frutto della lunga e sofisticata storia dello Stato di diritto e della cultura giuridica che ne ha accompagnato l'affermazione.

D'altra parte è da evidenziare che – nella direzione del recupero di funzionalità e di corrispondenza allo scopo – la stessa giurisdizione pubblica ha inteso incorporare componenti di tipo conciliativo: si pensi alle materie per le quali viene assegnato al tentativo di mediazione tra le parti carattere di adempimento obbligatorio, quale che ne sia l'esito, ai fini della procedibilità della domanda giudiziale; e si pensi pure all'introduzione di accorgimenti (dall'incremento degli incentivi fiscali alle misure procedurali intese a favorire la partecipazione personale delle parti) che hanno lo scopo precipuo di incentivare la disponibilità a un componimento consensuale della lite<sup>31</sup>.

Sarà innegabile che questo intento deflattivo rechi con sé un'idea dei diritti maggiormente flessibile, almeno limitatamente ai diritti disponibili, in quanto propensa a soluzioni compromissorie che relativizzano la pretesa soddisfattiva. Sarà ancora plausibile che l'accesso alla tutela giurisdizionale pare volersi convertire in un rimedio ultimo da utilizzare soltanto davanti alla persistente inconciliabilità delle posizioni. Ma non è incongruo che, in un ordinamento che valorizza la dimensione dell'autonomia individuale e sociale, si chieda al diritto costituzionale d'azione in giudizio di temperare la richiesta di immediata attivazione della tutela giurisdizionale, almeno nel senso di differirne l'esercizio, vale a dire senza sottrarsi aprioristicamente a un confronto tra parti meno formalizzato e più aperto all'autolimitazione delle aspettative ed all'autocomposizione delle divergenze.

Nella opposta ottica – ossia non in vista del temperamento bensì dell'amplificazione della forza protettiva dell'art. 24 Cost. – si chiede al diritto d'agire in giudizio di ripensare in qualche modo il vincolo di necessaria corrispondenza dell'azione a un interesse sostanziale individuale e differenziato.

30. Corte cost., Ordinanza n. 218 del 2011.

31. Si veda d.lgs. n. 149 del 2022, Capo IV, sez. I, artt. 7 ss.

In questa direzione si muove il ruolo assegnato alle azioni di classe davanti alle sezioni degli organi giurisdizionali specializzate in materia di impresa, perseguendo così gli obiettivi della praticabilità economica, della competenza specialistica e della efficienza decisionale<sup>32</sup>: azioni abilitate alla difesa di diritti individuali omogenei ed esperibili con le modalità indicate non soltanto da parte di consumatori o utenti, ma anche da ogni altra classe di soggetti nonché da organizzazioni ed associazioni non lucrative il cui scopo statutario sia la tutela dei diritti.

Ancora più teso è il percorso di una lettura adeguatrice del diritto di azione e di difesa quando non si debba rendere processualmente praticabile la ricomposizione di istanze individuali di tutela, bensì si voglia annettere la dote dell'azionabilità – fin qui appoggiandosi al postulato dell'interesse proprio delle associazioni che se ne facciano carico<sup>33</sup> – a quei diritti diffusi (a maggior ragione l'ambiente dell'odierno art. 9 Cost., la salute, l'interesse dei risparmiatori alla stabilità finanziaria, ecc.) che per loro natura sfuggono tuttavia alla classificazione in termini individualistici.

32. Si veda Legge n. 31 del 2019.

33. Cons. Stato, A.P., n. 6 del 2020.

# TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA E INDIPENDENZA DEL GIUDICE TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE: L'ESPERIENZA DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

MARIA GRAZIA RODOMONTE\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Accesso alla giustizia e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie – 3. L'apporto della giurisprudenza della Corte costituzionale alla definizione della nozione di "giudice" e di "giudizio" – 4. La giurisprudenza costituzionale in materia di indipendenza e imparzialità delle giurisdizioni speciali – 5. Spunti per una conclusione.

## 1. Introduzione

Intento di questo breve scritto è quello di tornare a riflettere sulle garanzie presenti nel nostro testo costituzionale con riferimento all'ordinamento giudiziario e sulla *ratio* che le sorregge. La riflessione sull'imprescindibile attualità di principi che costituiscono gli elementi portanti dello stato di diritto contemporaneo assume oggi particolare rilievo, anche in considerazione del progressivo sviluppo di nuove forme di regolazione stragiudiziale, in particolare nella risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie. Ci riferiamo a quei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie che si sono venuti affermando negli anni più recenti, anche sulla spinta della normativa eurounitaria, introdotti a presidio di esigenze di trasparenza e correttezza degli operatori bancari e finanziari e di certezza e celerità di risoluzione delle relative controversie<sup>1</sup>. La progressiva espansione di for-

\* Sapienza Università di Roma.

1. Non è questa la sede per addentrarsi nella materia della nascita e dell'evoluzione delle ADR in Italia e in Europa. Ci limitiamo a richiamare, senza alcuna pretesa di completezza, solo alcuni riferimenti bibliografici nell'ambito di una vastissima letteratura in tema. Vedi *ex multis*: G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Politica del diritto*, 1997, 403 ss.; Id., *ADR*, in *Trattato di diritto civile*, II, *Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, 179; A.M. Bernini, *Metodi alternativi di composizione delle liti nei servizi bancari e finanziari*, Cedam, 1996; S. Chiarloni, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. Proc.*, II, 1996, 694 ss.; P. Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in

me “ibride” di giustizia pone infatti interrogativi ineludibili in merito alla tenuta complessiva delle garanzie richiamate e, come si vedrà meglio in seguito, alla necessità di conformare a queste, almeno in parte, anche i nuovi strumenti di risoluzione delle controversie.

Le garanzie relative all’ordinamento giudiziario costituiscono in effetti il tratto tipico e qualificante dello stato di diritto contemporaneo: l’affermazione del principio di separazione dei poteri, il riconoscimento dell’indipendenza, dell’imparzialità e della terzietà del giudice, in quanto espressione della volontà di sottrarre l’amministrazione della giustizia da ogni forma di dipendenza dal potere esecutivo, a tutela del cittadino e delle sue libertà fondamentali, rappresentano innegabilmente l’architrave dello Stato liberal-democratico<sup>2</sup>.

Tali principi hanno trovato, come è noto, ampio spazio nella Costituzione repubblicana del 1948, in antitesi alla fase politica precedente<sup>3</sup>. La nostra Carta costituzionale, dopo aver previsto che la giustizia è amministrata in nome del popolo, stabilisce, infatti, che i giudici sono soggetti solo alla legge (art. 101 Cost.); provvede ad escludere, inoltre, l’istituzione di giudici straordinari o speciali (art. 102 Cost.); stabilisce che la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, istituendo altresì un organo di autogoverno dei giudici, il Consiglio superiore della Magistratura (art. 104 Cost.), ritenuto a ragione quale organo indefettibile del nostro assetto istituzionale; stabilisce che la legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse e degli estranei che partecipano all’amministrazione della giustizia (art. 108); definisce, infine – in particolare a seguito della riforma costituzionale n. 2 del 1999 – regole dettagliate a presidio del cd. “giusto processo” (art. 111 Cost.).

Si è affermato che “la garanzia dell’indipendenza della magistratura e quella dei magistrati corrispondono ad orientamenti costituzionali di forte contenuto

*Riv. dir. proc.*, 2000, 318 ss.; F. Danovi, F. Ferraris (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Giuffrè, 2018; M. Di Rocco, A. Santi, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali nel metodo conciliativo*, Giuffrè, 2003; T.E. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolutions*, in *Rivista AIC*, 2/2011.

2. Cfr. V. Zagrebelsky, *Nozione e portata dell’indipendenza dell’ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2019, in particolare 82-86.

3. Tra i numerosi contributi sul tema vedi A. Pizzorusso, *L’organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, 1990; R. Romboli, S. Panizza, *Ordinamento giudiziario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Utet, 1995, 370; L. Chieffi, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Jovene, 1998; S. Bartole, *Il potere giudiziario*, il Mulino, 2012; N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2019; A. Pizzorusso, *L’ordinamento giudiziario*, Editoriale scientifica, 2019; Id. (a cura di), *L’indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, 2020.

etico e politico, cui si riconnettono, in alcune carte costituzionali, disposizioni testuali che prevedono congegni di vario tipo e intensità<sup>4</sup>. È in questa prospettiva, quindi, che devono essere lette e interpretate le previsioni costituzionali che qualificano come autonomo e indipendente l'ordinamento giudiziario all'interno del nostro testo costituzionale; previsioni introdotte non solo, e non principalmente, con la finalità di fare di questo un potere, ma piuttosto per determinare corrispondenti aspettative di giustizia da parte dei cittadini e delle minoranze<sup>5</sup>. Come è evidente, tali aspettative non possono in nessun caso venire eluse, anche a fronte della progressiva espansione dell'ambito di applicazione di strumenti diversi di risoluzione delle controversie.

## 2. Accesso alla giustizia e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie

La *ratio* dell'introduzione anche nel nostro Paese di sistemi di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) va certamente rinvenuta nell'esigenza di tutela del cittadino il quale, percorrendo le tradizionali vie giudiziali di risoluzione delle controversie, rischierebbe di non vedere soddisfatte le proprie richieste in tempi altrettanto certi e rapidi. Invero, non solo in Italia ma più in generale in Europa si deve registrare una sempre più ampia diffusione di tali strumenti collegata proprio "alla crisi della giurisdizione statale e alla disperata necessità di trovare una soluzione ai difetti della giustizia civile ordinaria" rappresentati "dall'irragionevole durata dei processi, dal formalismo esasperato della procedura, dai costi eccessivi a carico delle parti, ecc. Pertanto, la tendenza alla de-giurisdizionalizzazione delle controversie civili è anzitutto dovuta alle inefficienze e agli inconvenienti propri della giurisdizione statale"<sup>6</sup>. In questa prospettiva è evidente infatti come l'assenza di tempi certi nella risoluzione di controversie pendenti innanzi a un giudice possa rappresentare un *vulnus* grave al quale si è tentato di porre rimedio proprio con la riforma del processo penale, civile e tributario (cosiddetta "riforma Cartabia") con l'obiettivo di realizzare una riduzione dei tempi pari al 25% nel processo penale e al 40% in quello civile. In particolare, la riforma del processo civile è stato uno degli obiettivi concordati con l'Europa per accedere al Piano nazionale di ripresa e resilienza; a tal fine il Parlamen-

4. A.A. Cervati, *Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura in una prospettiva di comparazione giuridica*, in *Rass. For.*, 2010, 513.

5. *Ibidem*.

6. Cfr. P. Sirena, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *NGCC*, 2018, II, 1370-1376.

to ha provveduto ad approvare la legge n. 206 del 2021 che prevede una delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, nonché una serie di misure urgenti per la razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie e in materia di esecuzione forzata. In attuazione della delega, il Governo ha poi approvato il decreto legislativo delegato n. 149 del 2022<sup>7</sup>. Nella Relazione illustrativa presentata dalla Commissione Luiso, appositamente insediata dal Ministro Cartabia nel marzo 2021<sup>8</sup>, è interessante ricordare, con riferimento alle proposte in materia di mediazione, quanto allora affermato e cioè che “nell'ambito degli interventi volti a garantire effettività all'accesso alla giustizia, da intendersi come garanzia di tutela dei diritti, celerità del processo, contenimento dei costi per i cittadini e le imprese, si rivela decisiva e non prorogabile una riforma degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie. Intervenire sulla complementarità e la coesistenza delle due vie, giudiziale e stragiudiziale, significa ampliare la risposta di giustizia a beneficio degli interessati e della società intera”. Per raggiungere tali obiettivi è necessario quindi realizzare “un sistema di qualità orientato alla prevenzione e alla gestione coesistenziale dei conflitti che precede o si accompagna alla giurisdizione, ren-

7. In questa sede merita soprattutto segnalare la modifica apportata al precedente d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*) dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante *Delega al governo per la riforma del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*. Si prevede infatti che l'art. 5 del richiamato decreto venga così sostituito: “Art. 5 (Condizione di procedibilità e rapporti con il processo). – 1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo. 2. Nelle controversie di cui al comma 1 l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità è eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Il giudice, quando rileva che la mediazione non è stata esperita o è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, il giudice accerta se la condizione di procedibilità è stata soddisfatta e, in mancanza, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale”.

8. In particolare, il Ministro Cartabia ha insediato la Commissione di studio per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti allo stesso alternativi, attraverso la formulazione di proposte emendative al disegno di legge che già era stato presentato al Senato dal governo Conte il 9 gennaio del 2020.

dedo sostenibile il sistema della giustizia civile mediante il riequilibrio del rapporto tra domanda ed offerta, realizza[ndo] l'efficienza del sistema giustizia e coniuga[ndo] l'effettiva tutela dei diritti, il rafforzamento della coesione sociale ed il rilancio del sistema economico". Dunque, l'intervento nella fase che precede il processo, attraverso il ricorso a strumenti stragiudiziali, non più alternativi ma complementari – secondo la Commissione e in seguito secondo lo stesso legislatore – sono chiamati a rappresentare lo strumento idoneo per ridurre notevolmente l'arretrato che oggi grava anche davanti al giudice civile e che mette a serio rischio la tutela dei diritti.

Le richiamate esigenze di celerità e certezza del giudizio ed effettività di tutela dei diritti non rappresentano tuttavia una novità, essendo indubbiamente riconducibili al movimento a favore dell'accesso alla giustizia, finalizzato, secondo noti e ormai risalenti studi, a rispondere al problema e alle crisi "derivanti dalle profonde trasformazioni delle società industriali e postindustriali moderne, in cui la domanda di giustizia è venuta a significare, sempre più decisamente, e per moltitudini sempre più vaste, domanda di eguaglianza non soltanto formale, ma reale, effettiva uguaglianza di possibilità di sviluppo della persona ed uguale dignità dell'uomo"<sup>9</sup>. Se intento tipico dello Stato sociale contemporaneo è quello di eliminare le barriere che ostacolano un eguale accesso alla giustizia, è chiaro, in estrema sintesi, come assumano un ruolo centrale tutti quegli strumenti in qualche misura idonei a realizzare tale obiettivo<sup>10</sup>.

In questo quadro i sistemi di ADR possono essere certamente considerati quali strumenti in grado di fornire risposte alle richieste di celerità, certezza e semplicità di intervento, avendo peraltro consentito di ricucire i rapporti tra investitori e intermediari finanziari che, in conseguenza della crisi finanziaria che ha avuto

9. M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. Dir. Proc.*, s. 2, vol. 37, n. 2, 1982, 237. Tra i molti contributi in tema vedi anche Id. *Accesso alla giustizia (voce)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani.it, 1992; T.E. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia*, cit.; M. Giacalone, *Alternative Dispute Resolution e garanzia di accesso alla giustizia. Nuove forme di tutela nello Stato di Diritto*, ESI, 2020.

10. Nella realizzazione di tale obiettivo si individuano inoltre progressive "ondate" riformatrici tra loro collegate. Come ricorda Cappelletti, l'ampliamento degli interventi statali, tipico dello Stato sociale, conduce ad innescare un conseguente movimento per l'ampliamento dell'accesso alla giustizia. Questo, tuttavia, produce un enorme carico di lavoro dell'apparato giudiziario, il cosiddetto "gigantismo giudiziario", con ricadute inevitabili sulla qualità delle procedure e delle relative decisioni. Per realizzare una giustizia più accessibile, quale conseguenza del movimento che già aveva condotto ad allargare le basi di accesso al potere giurisdizionale, diviene allora indispensabile mettere in campo strumenti nuovi che rispondano a nuove esigenze e che realizzino quel ribaltamento tipico delle democrazie contemporanee nelle quali Stato e diritto sono strumentali rispetto al "consumatore", posti cioè al servizio dei cittadini, e non viceversa. Cfr. M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia*, cit.



il suo epicentro tra il 2007 e il 2009, hanno rischiato di incrinarsi. La nascita e lo sviluppo di sistemi di ADR risponde infatti all'esigenza di ristabilire un rapporto fiduciario tra investitori e intermediari finanziari in una fase in cui non è certo mancata la diffusione di pratiche degenerative che hanno seriamente rischiato di incrinare il rapporto di fiducia tra intermediari e clienti, "facendo crollare la reputazione dell'intero comparto fino a dubitare della bontà dell'azione delle istituzioni bancarie e del ruolo, storicamente riconosciuto, di principale baluardo per la sicurezza e l'affidabilità della conservazione e dell'impiego dei risparmi delle famiglie"<sup>11</sup>. È opinione, quindi, pressoché unanime, che l'incentivazione progressiva dei richiamati strumenti ben risponda a tali richieste e risulti compatibile con i criteri informativi del mercato finanziario, determinando ricadute positive sia in capo agli intermediari, sia in capo ai risparmiatori, proprio perché in grado di offrire in tempi rapidi soluzioni a controversie che la giustizia ordinaria non appare in grado di fornire.

Oltre a dover segnalare il successo applicativo dei richiamati strumenti non si può, dunque, non evidenziarne il particolare *favor* da parte del legislatore, anche alla luce della riconosciuta capacità degli stessi di deflazionare il contenzioso civile<sup>12</sup>. Al contempo non si può, però, mancare di porre un ineludibile interrogativo e cioè se tali nuovi e più flessibili strumenti, alternativi o – meglio – complemen-

11. Cfr. R. Caratazzolo, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la particolare configurazione della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie*, in *Ricerche giuridiche*, 2/2013.

12. A tal fine può risultare utile richiamare brevemente quanto affermato dallo stesso ex Ministro di giustizia Marta Cartabia nella Relazione alle Commissioni giustizia di Camera e Senato del 15 marzo 2021. Proprio in quell'occasione il Ministro ha ricordato, infatti, come sia "ormai un dato di esperienza consolidato, anche in una prospettiva comparata con altri sistemi giuridici, che le forme alternative di risoluzione dei conflitti producono effetti virtuosi di alleggerimento dell'amministrazione della giustizia. Tuttavia, il loro significato supera questa intuitiva potenzialità. Tutt'altro che alternative, queste forme di risoluzione delle controversie giuridiche rivestono un ruolo che è piuttosto di complementarità rispetto alla giurisdizione, di coesistenza, come già indicava uno dei grandi maestri del diritto processuale e costituzionale comparato, Mauro Cappelletti"; e ancora: "questi strumenti, se ben calibrati, tracciano percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali. Peraltro, su un piano più pragmatico, occorre osservare che le soluzioni negoziali e di mediazione si renderanno tanto più necessarie nel contesto attuale, in cui gli effetti economici della pandemia stanno determinando forti squilibri nei rapporti giuridici esistenti. La giustizia preventiva e consensuale rappresenta una strada necessaria per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari quando cesseranno gli effetti dei provvedimenti che bloccano gli sfratti, le esecuzioni, le procedure concorsuali, i licenziamenti, il contenzioso bancario, ad esempio. Occorre prepararsi per tempo". Cfr. *Audizione della Ministra della giustizia, Marta Cartabia, sulle linee programmatiche del dicastero, anche in relazione al contenuto della Proposta di Piano nazionale di ripresa e di resilienza (Doc XXVII, n. 18) (ai sensi dell'articolo 143, comma 2, del Regolamento)*, testo disponibile al sito: [www.camera.it](http://www.camera.it) [consultato il 5 ottobre 2023].

tari, rispetto alle tecniche rimediali civilistiche e processuali e indipendenti dalle procedure giudiziali tradizionali<sup>13</sup>, siano altrettanto in grado di garantire il rispetto dei principi costituzionali che in materia di ordinamento giudiziario sono conaturati all'essenza stessa dell'ordinamento democratico.

In questo quadro si comprende dunque l'attualità e la particolare urgenza di operare una ricostruzione sistematica proprio di quei principi costituzionali dell'indipendenza e dell'imparzialità che devono caratterizzare l'ordinamento giudiziario. Tale ricostruzione può provare anche a fondarsi, pur con tutti i limiti che tale tentativo presenta, come si esaminerà a breve, sull'ampia giurisprudenza della Corte costituzionale in materia. Ci riferiamo in particolare ai numerosi interventi del giudice costituzionale con i quali quest'ultimo ha anche provveduto a definire i caratteri del giudice *a quo*; così come a tutta la ricca giurisprudenza costituzionale riferita alle ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità delle giurisdizioni speciali prive dei richiamati caratteri dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Proprio la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di giurisdizioni e giudici può dunque contribuire, per un verso, a definire la cornice costituzionale all'interno della quale anche forme di risoluzione delle controversie alternative devono potersi collocare; per un altro, a individuare, all'interno di essa, il margine di eventuale libertà del legislatore nella progressiva definizione delle garanzie che devono inevitabilmente connotare anche i richiamati strumenti.

### **3. L'apporto della giurisprudenza della Corte costituzionale alla definizione delle nozioni di "giudice" e di "giudizio"**

La giurisprudenza della Corte costituzionale è, come noto, amplissima con riguardo alla definizione di "giudice" e di "giudizio", in ragione della indeterminatezza dei riferimenti normativi di cui all'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e all'art. 23, comma 1 della legge n. 87 del 1953 che si limitano a prevedere che la questione di legittimità costituzionale in via incidentale sia sollevata "nel corso di un giudizio" e da "un giudice". A tale esiguità di riferimenti testuali ha supplito quindi la giurisprudenza costituzionale, non sempre tuttavia con esiti certi, quanto piuttosto con la definizione di confini mobili e, per tale ragione, spesso indeterminati. Particolare interesse riveste in realtà, ai nostri fini, la giurisprudenza della Corte con riferimento al riconoscimento a enti esterni all'ordinamento giudiziale

13. Tra questi non si può mancare di menzionare il particolare l'*Arbitro Bancario Finanziario*, organo previsto dalla legge e tuttavia escluso dalla Corte costituzionale dal novero dei giudici legittimati a sollevare questione di costituzionalità innanzi ad essa. Sul punto vedi *infra* § 3.

rio della possibilità di sollevare questione di costituzionalità e dunque della qualifica di “giudice *a quo*” ai limitati fini del giudizio<sup>14</sup>.

Quanto al primo aspetto la Corte costituzionale ha mostrato una tendenza più favorevole al riconoscimento del giudice nella prima fase della sua giurisprudenza, al fine di garantire il più ampio accesso possibile al suo sindacato; incertezze e battute d’arresto sono presenti invece nella fase successiva. Come noto la tendenza espansiva iniziale ha quali riferimenti principali la sentenza “Mortati” (n. 83 del 1966) e la successiva sentenza “Crisafulli” (n. 226 del 1976) con le quali la Corte riconosce la legittimazione in via incidentale anche ad organi che, pur essendo estranei all’amministrazione della giustizia e con l’attribuzione di compiti di natura diversa, sono tuttavia investiti “di funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge, ed all’uopo posti in posizione *super partes*” (sent. n. 83 del 1966). Inoltre, la Corte, nella richiamata sent. n. 226 del 1976, afferma che tali organi sul piano oggettivo si collocano “in posizione analoga alla funzione giurisdizionale”, e sul piano soggettivo presentano garanzia di indipendenza “analoga ai magistrati dell’ordine giudiziario”. Dunque, non solo non è necessario che si riconosca la contestuale presenza del requisito oggettivo e soggettivo, essendo sufficiente uno solo di tali elementi, ma anche che il requisito oggettivo possa riscontrarsi in riferimento a procedimenti non aventi natura giurisdizionale, ma caratterizzati da un rapporto di analogia con un giudizio.

La sentenza n. 226 del 1976 (punto n. 3 del cons. in dir.) non manca inoltre di puntualizzare analiticamente gli elementi in presenza dei quali si può rintracciare tale analogia e che meritano in questa sede di essere ricordati, ossia:

1. l’applicazione di norme di legge a casi concreti, “analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale) allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono”;
2. lo svolgimento di una funzione “analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa”;
3. la natura neutrale e terza dell’organo che svolge la funzione (“un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato alla tutela del diritto

14. Sulla giurisprudenza costituzionale relativa alla definizione della nozione di giudice *a quo*, vedi *ex multis*, A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*, Jovene, 2012, 41-118; A. Oddi, *La nozione di “giudice a quo”*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, 2007, 28-53; M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, cit., 13-19; C. Pinelli, *La nozione di giudice a quo*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, 2006, 838-854; P. Bianchi, E. Malfatti, *L’accesso in via incidentale*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2000, 21-27.

- oggettivo”), desumibile dalla dimensione costituzionale e dalla composizione dell’organo stesso;
4. la sussistenza di “elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio”;
  5. “l’obbligo di motivazione e il contenuto decisorio del provvedimento finale”<sup>15</sup>.

Se sulla scia di tale indirizzo interpretativo si è dato luogo al riconoscimento della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità a numerosi soggetti<sup>16</sup>, va tuttavia ricordato che non sempre esso è stato in seguito confermato, dovendosi a tal proposito dare conto anche della giurisprudenza, soprattutto successiva a quella poc’anzi richiamata, con la quale la Corte ha reputato necessario che ricorrano sia il requisito oggettivo che quello soggettivo. Inoltre, anche quando ha ritenuto di mantenere fermo il criterio dell’alternatività dei due requisiti è sembrata prediligere quello oggettivo facendo leva sulla natura della funzione effettivamente svolta e, in particolare, sulla titolarità di poteri decisori potendo così circoscrivere l’area dei soggetti rimettenti. In molte occasioni il riconoscimento della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità è risultato subordinato all’ulteriore condizione che “l’attività applicativa della legge da parte dell’organo giudicante sia comunque fornita dell’attributo della *definitività*, nel senso che essa deve risultare idonea a divenire irrimediabile attraverso l’assunzione di un’efficacia analoga a quella del giudicato”<sup>17</sup>.

Con riferimento al riconoscimento della sussistenza del requisito oggettivo quale criterio in grado di ampliare il novero dei giudici *a quo*, merita di essere segnalato il percorso argomentativo della Corte costituzionale relativo al riconoscimento degli arbitrati rituali quali giudici *a quo* “ai limitati fini del giudizio”. In particolare nella decisione n. 376 del 2001 la Corte costituzionale riconosce a tali

15. O. Spataro, *Sindacato di legittimità e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo University Press, 2022, 116.

16. Per una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito si richiama il *Quaderno processuale del Servizio studi – Corte costituzionale – La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte* (a cura di R. Nevola), settembre 2016, disponibile al link [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_299\\_Giudice\\_processo\\_quo.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_299_Giudice_processo_quo.pdf). In particolare, si evidenzia come emblematiche di questo primo indirizzo della Corte costituzionale siano le decisioni nn. 52 e 63 del 1968 con le quali essa ha riconosciuto la legittimazione del magistrato di sorveglianza a sollevare questione di legittimità costituzionale; le sentenze n. 12 del 1971 e n. 78 del 1961 con le quali la Corte ha rispettivamente riconosciuto la legittimazione *a quo* della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura e del Commissario liquidatore degli usi civici.

17. A. Oddi, *La nozione di “giudice a quo”*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d’ombra*, cit., 37.

soggetti la possibilità di sollevare questione di costituzionalità in ragione del fatto che “l’arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal Codice di procedura civile per l’applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie del contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria” e, dunque, sotto tale profilo “non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l’interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. [...]. In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando le leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello di organi della giurisdizione – debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi [...]”<sup>18</sup>. La Corte costituzionale riconosce quindi, con estrema chiarezza, la natura giurisdizionale dell’arbitrato rituale in ragione del fatto che esso garantisce il contraddittorio, nonché per la sua imparzialità, “capisaldi della funzione giurisdizionale”<sup>19</sup>. Si è a tal proposito correttamente rilevato come si tratti del riconoscimento progressivo del “fare giustizia” anche da parte dei privati, con una conseguente erosione della sovranità statale e una corrispondente espansione di quella popolare, secondo i dettami dell’art. 1 Cost., secondo comma. La sovranità del popolo sarebbe, cioè, da intendersi anche “come attribuzione in capo ai privati della funzione giustizia, ovvero del fare giustizia in forma alternativa rispetto alla giurisdizione statale”, riducendo così il “mito del monopolio statale della giustizia”<sup>20</sup>.

Ad essere escluse dal novero degli organi legittimati a sollevare questione di costituzionalità sono invece le altre forme di arbitrato e tra queste l’arbitrato bancario finanziario. In particolare, nell’ordinanza n. 218 del 2011 la Corte afferma che l’ABF non può ritenersi legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale “trattandosi di organo che non esercita funzioni giudicanti e non è collocato in una posizione *super partes* e le cui decisioni non produrrebbero i medesimi effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria, non essendo contro di esse previsti mezzi di impugnazione in quanto contenenti misure che non incidono sulla sfera giuridica delle parti e non precludono il ricorso all’autorità giudiziaria”<sup>21</sup>.

18. In tema vedi, tra gli altri, T.E. Frosini, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 23/2018.

19. *Ivi*, 3.

20. *Ibidem*.

21. Come si è a ragione osservato, l’atto adottato dal collegio, infatti, “diversamente da quelli conclusivi di qualsiasi altro procedimento di risoluzione delle controversie (processo giurisdizionale, arbitrato, conciliazione, negoziazione assistita, transazione), difetta di ogni efficacia giuridica vincolante tra le parti: nelle Disposizioni è, infatti, espressamente stabilito che ‘Resta ferma la

Come si è già evidenziato non mancano, inoltre, oscillazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale che non sono state, peraltro, esenti da critiche. Uno dei casi più recenti e più discussi riguarda quello deciso con la sentenza n. 13 del 2019 con la quale la Corte costituzionale ha escluso la legittimazione dell'AGCM quale giudice *a quo*. Nel caso dell'Autorità a mancare sarebbe infatti, secondo la Corte, il requisito della terzietà a causa della veste processuale di parte che la stessa ricopre. In conseguenza si è affermato che "l'ipotesi dell'accesso delle autorità amministrative indipendenti, adombrata anche da una parte della dottrina costituzionalistica, sembrerebbe invece tramontare nella sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019"<sup>22</sup> dal momento che la decisione della Corte assume valenza ben più ampia di quella riferita al solo caso di specie, poiché proprio l'Autorità antitrust viene assunta come "termine di confronto paradigmatico

facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi'. Questa (essenziale) peculiarità consente di ricondurre l'ABF nell'ambito dell'*ADR* di origine americana nota come *early neutral evaluation*, consistente nella sottoposizione di una controversia ad un terzo imparziale (spesso un magistrato in pensione) che si pronuncia sulla medesima anticipando alle parti l'esito dell'eventuale possibile giudizio, ma senza produrre alcun effetto vincolante per le parti, le quali, quindi, rimangono libere, alternativamente, di tentare comunque la via giudiziale o di porre fine alla lite adempiendo spontaneamente a quanto statuito dal terzo. In questa prospettiva l'ABF può essere considerato come un 'oracolo' che rende un 'risponso' con cui è anticipato l'esito dell'eventuale giudizio, lasciando le parti libere di scegliere il da farsi. Questa ricostruzione sistematica consente di comprendere perché, da un lato, la Corte costituzionale ha escluso che l'ABF potesse sollevare questioni di legittimità costituzionale (C. cost., 21.7.2011, n. 218) e, dall'altro, tutti gli atti pronunciati dall'ABF, compresi quelli con cui venga disposta la pubblicità dell'adempimento (...) sono da ritenere sottratti a qualsiasi rimedio giurisdizionale: posto che ciascuna parte che non sia soddisfatta del responso dell'ABF, può comunque rivolgersi all'autorità giudiziaria per far valere le proprie ragioni relativamente alla controversia, deve concludersi che nessuna delle parti ha un interesse qualificato ad impugnare gli atti propri del procedimento dell'ABF, per essere privi di qualsiasi effetto ed efficacia nelle loro sfere giuridiche". Cfr. G. Finocchiaro, *Arbitro bancario finanziario*, in *Diritto on-line*, Treccani, 2018.

22. Così A. Patroni Griffi, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *Federalismi.it*, 13/2019, 4. Secondo l'A. se la decisione di inammissibilità della Corte si traduce nella constatazione della sostanziale configurabilità della AGCM, come di molte altre autorità, al pari di qualsiasi altra amministrazione tradizionale, si rischia "di cancellare d'un tratto decennali studi di attenta dottrina giuspubblicistica, in cui si è evidenziata la distinzione ontologica tra imparzialità dell'amministrazione e 'indipendenza', per l'appunto, di un'autorità amministrativa indipendente, di cui peraltro è stata tentata anche l'espresa introduzione in Costituzione in falliti procedimenti di riforma costituzionale. Sia pure, beninteso, l'indipendenza delle autorità non ricostruibile come 'eguale' all'indipendenza del giudice – atto quindi non certo a configurare nuovi, e quindi illegittimi, giudici speciali –, ma espressione di una logica di controllo e garanzia indipendente, e non semplicemente 'imparziale', in grado di disegnare anche singoli, eccezionali spazi di legittimazione incidentale".

per le analisi che riguardino le caratteristiche delle attività amministrative come *genus*<sup>23</sup>. La dottrina, già prima della richiamata decisione della Corte, non aveva mancato di prospettare infatti la possibilità che quest'ultima riconoscesse anche le Autorità indipendenti, sulla base di una valutazione fatta caso per caso e tenendo conto delle funzioni da ciascuna esercitata, come giudice "ai limitati fini del processo costituzionale"<sup>24</sup>, quanto meno in tutti i casi in cui fosse stata rintracciabile l'analogia con l'esercizio della funzione giurisdizionale che ha costituito, come poc' anzi evidenziato, sin dalla prima giurisprudenza della Corte costituzionale, il requisito minimo indispensabile per il riconoscimento del giudice *a quo*. Tuttavia, nella decisione in oggetto la Corte rileva come all'Autorità faccia difetto un requisito ritenuto invece imprescindibile per riconoscere la qualità di giudice, che è quello della terzietà. Secondo la Corte dalla sua "pure elastica giurisprudenza (...), emerge, dunque, per quanto qui rileva, che sono stati considerati legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà" (punto n. 4 cons. dir.). D'altro canto, secondo la Corte la veste processuale di parte dell'AGCM rifletterebbe "la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale" (punto n. 8 cons. dir.)<sup>25</sup>.

23. Cfr. O. Spataro, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 36/2020, 110.

24. Ivi, 117. Per l'A. (cfr. 124) inoltre "il percorso motivazionale della sentenza non solo propone una ricostruzione giuridica del ruolo ordinamentale delle Autorità che non coglie tutte le varianti tipiche del relativo modello, ma finisce con l'appiattire sulla funzione amministrativa tradizionale tutte quelle declinazioni funzionali che, nell'ambito della regolazione indipendente, avevano distinto i compiti di autorizzazione e vigilanza, di regolamentazione, decisionali e di garanzia".

25. Diversamente dal caso dell'Antitrust la Corte costituzionale nella sentenza n. 114 del 1970 aveva riconosciuto il carattere della terzietà all'ordine nazionale forense poiché questo è chiamato a decidere sui ricorsi contro i provvedimenti adottati dai Consigli dell'ordine e quando decide su ricorsi avverso provvedimenti dei Consigli dell'Ordine riguardanti la sospensione dell'esercizio professionale svolge quindi "funzione giurisdizionale per la tutela di un interesse pubblicistico, esterno e superiore a quello dell'interesse del gruppo professionale: il che può trovare conferma nella ricorribilità contro le decisioni del Consiglio nazionale alle Sezioni unite della Corte di cassazione". Nella sent. 13 del 2019 la Corte costituzionale ricorda inoltre anche quanto affermato dalla Corte di giustizia con la sentenza della Grande sezione, 17 luglio 2014, C-58/13 Torresi secondo cui, "a differenza di un Consiglio dell'ordine degli avvocati locale che, nell'ambito del procedimento av-

Di particolare interesse, infine, il diverso caso della Corte dei Conti in sede di esercizio della funzione di controllo sui bilanci degli enti territoriali. Nella sentenza n. 18 del 2019<sup>26</sup> la Corte costituzionale, “in coerenza con i criteri individuati” nella giurisprudenza pregressa in tema di interpretazione delle nozioni di giudice e di giudizio “ai limitati fini” del controllo di costituzionalità delle leggi, in particolare “con quelli contenuti nella sentenza n. 226 del 1976”, riconosce anche nell’attività di controllo svolta dalle Sezioni regionali della Corte dei conti una “funzione pubblica neutrale”<sup>27</sup> e quindi la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale. Se il fine ultimo della Corte costituzionale è quello di assicurare piena normatività alla Costituzione, evitando zone sottratte al controllo di costituzionalità, in conseguenza anche del mutare, come in questo caso, del quadro normativo e costituzionale di riferimento, può determinarsi un’espansione delle possibilità di accesso al giudizio in via incidentale. In questa prospettiva la Corte costituzionale non può non tener conto della centra-

viato dal ricorso contro una decisione del Consiglio dell’ordine medesimo, è una parte dinanzi al Consiglio nazionale forense, quest’ultimo non può essere parte nel procedimento avviato dinanzi alla Corte suprema di cassazione contro la decisione in merito al ricorso avverso il Consiglio dell’ordine interessato. Il Consiglio Nazionale Forense possiede pertanto, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte (v. sentenza Wilson, EU:C:2006:587, punto 49), la posizione di terzià rispetto all’autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso”.

26. Si tratta, in particolare, del controllo sui bilanci e sugli equilibri finanziari degli enti locali, così come disciplinati dal decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 (Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012), convertito, con modificazioni, nella legge 7 dicembre 2012, n. 213, e dal d.lgs. n. 267 del 2000. La Corte costituzionale, come si ricorda in questa decisione, già nella nota decisione n. 226 del 1976 aveva riconosciuto i requisiti necessari e sufficienti affinché le questioni sollevate dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti “possano considerarsi promanare da un ‘giudice’ nel corso di un ‘giudizio’”. Questi criteri sono stati ribaditi anche a proposito degli incidenti di costituzionalità sollevati nell’ambito dei giudizi di parificazione dinanzi alla Corte dei conti (sentenze n. 196 del 2018 e n. 188 del 2015). Nella sentenza n. 384 del 1991, richiamata in questa occasione dalla Corte costituzionale, si ricorda come tale legittimazione sia stata riconosciuta alla Corte dei conti in ragione della sua particolare posizione istituzionale e della natura delle sue attribuzioni di controllo. Con riguardo al primo profilo vengono in rilievo la sua composizione di magistrati dotati di ampie garanzie di indipendenza ai sensi dell’art. 100 Cost. e la sua natura di organo unico di controllo che gode di una diretta garanzia in sede costituzionale; quanto al secondo profilo viene in evidenza il peculiare carattere del giudizio portato dalla Corte dei conti sugli atti sottoposti a controllo che si risolve nel valutarne la conformità alle norme del diritto oggettivo. Dunque “una funzione di garanzia dell’ordinamento, di controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato (...) preordinato a tutela del diritto oggettivo” (sentenza n. 384 del 1991) – cfr. Cons. dir. n. 3, sent. n. 18/2019.

27. Si richiama qui la tesi di Aldo Sandulli sulle funzioni pubbliche neutrali (A. M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200, richiamato da E. Cavasino, *La dimensione costituzionale del “diritto di bilancio”. Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n. 196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in *Dirittoeconomi.it*, 1/2019, 13).



lità assunta dalla Corte dei conti nella garanzia dei vincoli costituzionali e di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico dopo la riforma intervenuta con d.l. n. 174 del 2012. Infatti, la disciplina costituzionale e di attuazione costituzionale sul sindacato sui bilanci degli enti territoriali risponde “all’esigenza di renderlo funzionale al rispetto dei vincoli nazionali ed europei e di ricondurlo al vaglio unitario di una magistratura specializzata, in modo da affrancarlo da ogni possibile contaminazione di interessi che privilegiano, non di rado, la sopravvivenza di situazioni patologiche rispetto al trasparente ripristino degli equilibri di bilancio e della sana gestione finanziaria, elementi questi ultimi che la nuova formulazione dell’art. 97 primo comma Cost. collega alla garanzia di legalità, imparzialità ed efficienza dell’azione amministrativa” (Cons. dir. n. 3, sent. n. 18 del 2019). Di qui, dunque, l’esigenza di garantire la giustiziabilità anche di quegli interessi costituzionalmente rilevanti ma “adespoti (e quindi di difficile giustiziabilità)” oppure “inerenti alle specifiche situazioni soggettive la cui tutela è affidata, ratione materiae, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile” (cons. dir. n. 3, sent. n. 18/2019).

In definitiva, come è stato correttamente evidenziato, emerge chiaramente in questa circostanza il fatto che la Corte costituzionale provvede a svolgere i *tests* per l’individuazione dei caratteri di “giudice” e di “giudizio” non per definirne una nozione unitaria “ma per individuare fra i soggetti che danno applicazione alla legge, gli organi che esercitano attribuzioni di garanzia, neutrali, pubbliche e che hanno dunque il potere di instaurare un dialogo con il giudice delle leggi per contribuire a realizzare, appunto, il principio di legittimità costituzionale”<sup>28</sup>. D’altro canto, la Corte non ha dubbi circa la sussistenza, nell’attività di controllo di legittimità-regolarità sui bilanci, dei caratteri già ritenuti sufficienti dalla sentenza n. 226 del 1976 per sollevare l’incidente di costituzionalità nell’esercizio del controllo di legittimità sugli atti di Governo, e la presenza, rispetto al controllo sugli atti, anche di “un ulteriore carattere che lo avvicina ancor più al sindacato giurisdizionale”, quello cioè della definitività del provvedimento di controllo sui bilanci degli enti territoriali “che non è reversibile se non a opera della stessa magistratura dalla quale il provvedimento promana”<sup>29</sup>.

28. Vedi in merito E. Cavasino, *La dimensione costituzionale del “diritto di bilancio”*, cit., 14.

29. Afferma infatti la Corte costituzionale (cfr. punto n. 3. Cons. dir.) che “mentre le pronunce di controllo di legittimità sugli atti possono essere in qualche modo disattese dal Governo, ricorrendo alla registrazione con riserva, e dagli stessi giudici delle altre magistrature, nei confronti sia degli atti che hanno ottenuto la registrazione, sia delle situazioni generate dal diniego di visto, l’accertamento effettuato nell’esercizio di questo sindacato di legittimità sui bilanci “fa stato” nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei conti, sezioni riunite in speciale composizione. Quello così instaurato è – come detto – un giudizio a istanza di parte, riservato alla giurisdizione esclusiva della magistratura contabile,

#### 4. La giurisprudenza costituzionale in materia di indipendenza e imparzialità delle giurisdizioni speciali

La previsione dell'art. 108 Cost., secondo la quale “la legge assicura l'indipendenza dei giudici e delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia”, ha rappresentato il fondamento costituzionale sul quale la Corte costituzionale ha provveduto a strutturare i suoi interventi i quali, se pure non sempre coerenti, hanno tuttavia consentito di tracciare un quadro dai contorni particolarmente ampi per quel che attiene la definizione della sussistenza dei caratteri, comunque indefettibili, dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice speciale. Una copiosa giurisprudenza è dunque quella della Corte costituzionale che, già a partire dagli anni '60 del '900, facendo leva sul dato costituzionale, si è progressivamente arricchita di puntuali riferimenti rispetto ai requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici speciali, senza che tuttavia ciò abbia mai condotto a individuare elementi di distinzione tra categorie di magistrati, quanto piuttosto a confermare l'incontrovertibile riconoscimento di requisiti che caratterizzano qualunque tipo di giudice. A tal proposito vale qui la pena richiamare, in via esemplificativa, in particolare la sentenza n. 278 del 1987 con la quale la Corte costituzionale ha inequivocabilmente affermato che “esistono principi e valori, costituzionalmente vincolanti, che attengono a tutte le giurisdizioni, ordinarie e speciali”. Inoltre, che “se la giurisdizione speciale venisse ritenuta tale per carente attuazione di alcuni di tali principi e valori, si verrebbe certamente in errore, dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Tali principi non attengono alla giurisdizione ordinaria ma al concetto stesso ‘generale’ di giurisdizione”<sup>30</sup>. In questa prospettiva la Corte costituzionale evidenzia, invero a più riprese e in particolare nella sent. n. 385 del 1996, che gli articoli 101, 102, 104 e 108 della Costituzione “non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione”. Si tratta in effetti di un principio già affermato dalla Corte costituzionale nella decisione n. 2 del 1968 relativa-

caratterizzato dalla presenza del procuratore generale della Corte dei conti in rappresentanza degli interessi adespoti di natura finanziaria, che costituisce l'unica sede in cui possono essere fatti valere gli interessi dell'amministrazione sottoposta al controllo e degli altri soggetti che si ritengano direttamente incisi dalla pronuncia della sezione regionale di controllo”.

30. Va ricordato che la garanzia dell'indipendenza si è realizzata anche attraverso la predisposizione da parte del legislatore di organismi di autogoverno anche per le singole magistrature speciali. Tali organi, a composizione mista, hanno lo scopo di assicurare anche per le giurisdizioni speciali le medesime garanzie che la Costituzione direttamente prevede per il giudice ordinario. L'intervento, peraltro tardivo, del legislatore per le giurisdizioni speciali sulla base del disposto costituzionale si limita invece ad affermare che “la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali”, ponendo in capo al legislatore l'onere di predisporre la relativa disciplina.

mente alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati contenuta negli allora vigenti articoli 55 e 74 del Codice di procedura civile. In quella occasione la Corte aveva già avuto modo di affermare come la “diretta responsabilità” secondo le leggi penali, civili e amministrative, ivi prevista a carico dei funzionari e dei dipendenti dello Stato per gli atti compiuti in violazione di diritti, riguardasse anche gli appartenenti all’ordine giudiziario poiché l’autonomia e l’indipendenza della magistratura e del giudice non valgono certo a porre “l’una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l’altro fuori dell’organizzazione statale”. Lo stesso principio era stato ribadito nella sentenza n. 18 del 1989 “relativamente tanto alla diretta responsabilità verso i terzi danneggiati in caso di reato, quanto alla soggezione all’azione di rivalsa dello Stato”. Dunque, indipendenza del magistrato, compresi i giudici speciali, significa che questi sia “indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione” e sia al contempo “soggetto alla legge”: alla Costituzione innanzi tutto, che sancisce, ad un tempo, il principio d’indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28) al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione”.

Con riferimento sempre alla qualificazione dell’indipendenza merita inoltre in questa sede ricordare come la Corte abbia provveduto ad annullare la norma per cui poteva fungere da giudice il Ministro della Marina mercantile sui ricorsi avverso decisioni in materia di indennità per requisizioni di navi, adottate dagli uffici dello stesso Dicastero. In particolare, nella decisione n. 133 del 1963 la Corte costituzionale dichiara “l’illegittimità costituzionale della norma contenuta nell’art. 48, secondo comma, della legge 13 luglio 1939, n. 1154, contenente norme sulla requisizione del naviglio mercantile, nella parte in cui la decisione del Ministro è qualificata giurisdizionale ed inappellabile, in riferimento agli artt. 24, 108 e 111 della Costituzione”. È evidente come la previsione di un Ministro-giudice, di cui all’art. 48 della legge n. 1154/1939, sia in contrasto con l’art. 108 della Costituzione poiché, afferma la Corte, “il giudice, per sua essenziale caratteristica, deve stare in una posizione di indipendenza rispetto alle parti”, cosa che appare palesemente messa in discussione dalla negazione del diritto di difesa del ricorrente il quale, infatti, “non ha il diritto di seguire l’istruttoria, di conoscerne i risultati, di illustrare le proprie ragioni e di controbattere quelle dell’Amministrazione”. Il che, se per un verso si traduce in un contrasto con l’art. 24 della Costituzione, per un altro “si riverbera sulla stessa attività del Ministro-giudice, menomandone la capacità a decidere con spirito di indipendenza”. Palese, inoltre, è il contrasto con l’art. 111 Cost. con riferimento alla previsione che la decisione assunta dal Ministro sia “inappellabile”.

A proposito della composizione del collegio giudicante, con la decisione n. 55 del 1966 la Corte costituzionale dichiara l’incostituzionalità dei Consigli di Prefettura e con la successiva decisione n. 30 del 1967 quella delle Giunte provinciali

amministrative. Nel primo caso secondo la Corte costituzionale appare fondata la questione di incostituzionalità del secondo comma dell'art. 23 del testo unico comunale e provinciale approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383 “per contrasto della disciplina della composizione dei Consigli di prefettura in sede giurisdizionale ivi contenuta col principio di indipendenza del giudice – e in particolare con l'art. 108, secondo comma, della Costituzione, il quale vuole assicurata l'indipendenza anche ai giudici speciali, e con lo stesso art. 101, secondo comma, il quale, disponendo che i giudici siano soggetti soltanto alla legge, li vuole sottratti, nel loro giudizio, ad ogni volontà esterna, che non sia quella obbiettiva della legge”. Nel secondo caso la Corte rileva la mancanza di indipendenza e di imparzialità del giudice e il contrasto quindi con gli artt. 101, comma secondo, e 108, comma secondo, della Costituzione – “pel fatto che tre dei cinque componenti della Giunta sono funzionari statali e non si trovano in condizioni di indipendenza dal Governo”, con conseguente dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 1 del decreto legislativo 12 aprile 1945, n. 203, contenente norme integrative del decreto legislativo 4 aprile 1944, n. 111, per quanto riguarda la composizione della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale e per la risoluzione dei ricorsi in materia di tributi locali. Nella sentenza n. 93 del 1965 la Corte costituzionale si pronuncia poi sulla legittimità costituzionale dei consigli comunali quali giudici in materia di operazioni elettorali e giunge a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, poiché queste “non offrendo né suggerendo garanzie per l'imparzialità del giudicante, contrastano con l'art. 108, comma secondo, della Costituzione”. Nella sentenza n. 60 del 1969 con riferimento alle competenze penali dell'Intendente di finanza e alla potestà a questo attribuita di pronunziare decreto penale di condanna, suscettibile di opposizione avanti al tribunale ordinario previste dagli artt. 21, n. 1, e 36 della legge n. 4 del 1929 per presunto contrasto con gli artt. 101 e 108 della Costituzione, la Corte costituzionale rileva in primo luogo come, con riferimento a questi ultimi, si tratti di “precetti di immediata attuazione: il che è stato costantemente ritenuto da questa Corte tutte le volte che ha esaminato la sussistenza dei requisiti della indipendenza e della imparzialità in rapporto a giurisdizioni speciali, anche alla stregua della disciplina risultante da norme già esistenti prima dell'entrata in vigore della Carta costituzionale”. La Corte evidenzia come il principio dell'indipendenza sia volto ad assicurare la imparzialità del giudice “o meglio, come è stato osservato, la esclusione di ogni pericolo di parzialità, onde sia assicurata al giudice una posizione assolutamente *super partes*”. Va dunque escluso, secondo la Corte, qualsiasi anche indiretto interesse nel giudice alla causa da decidere, “e deve esigersi che la legge garantisca l'assenza di qualsiasi aspettativa di vantaggi, come di timori di alcun pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione”. Interessante il richiamo fatto nella decisione ai precedenti della giurisprudenza.

denza della Corte che hanno già messo in evidenza “i requisiti essenziali di una effettiva indipendenza” in particolare dei giudici speciali. In questa prospettiva ad essere richiamata è in primo luogo la sentenza n. 92 del 1962, che ha affermato la necessità che nell’organo giudicante non sussistano vincoli di soggezione formale o sostanziale ad altri organi; l’esigenza di inamovibilità prevista nella sent. n. 103 del 1964, che va intesa “non già in stretta analogia con quella che copre il giudice ordinario, ma quale risulta dalla predeterminazione legislativa della durata dell’ufficio e dalla espressa previsione delle cause obiettive di incompatibilità o di decadenza, non subordinate a valutazioni discrezionali compiute nell’esercizio di poteri disciplinari ed organizzativi di superiori gerarchici”. Inoltre, richiamando le sent. nn. 132 del 1963 e 103 del 1964 la Corte costituzionale fa appello al necessario riconoscimento che, nei casi di incompatibilità, l’ordinamento consenta l’astensione o la ricusazione con la possibilità di reintegrare l’organo giudicante. Infine, la già ricordata sent. n. 133 del 1963 che ha dichiarato la illegittimità costituzionale della configurazione del Ministro per la marina mercantile come giudice speciale in materia di indennità di requisizioni di navi, nella quale “questa Corte affermò che il Ministro, al vertice del dicastero, pur avendo piena libertà di decidere secondo scienza e coscienza, non avrebbe potuto sottrarsi alle risultanze degli atti provenienti da quegli stessi uffici che avevano predisposto il provvedimento”. Alla luce di tale percorso giurisprudenziale la Corte non può che affermare l’incostituzionalità delle richiamate previsioni per il condizionamento che deriva dalla contestuale qualità di giudice e di organo dell’amministrazione.

Alla medesima conclusione giunge la Corte nella successiva decisione n. 121 del 1970 con riferimento al Comandante di Porto. In questo caso il profilo di incostituzionalità riguarda l’art. 1238 del codice della navigazione, approvato con R.D. 30 marzo 1942, n. 327, “che attribuisce potere giurisdizionale penale al comandante di porto, capo del circondario, e di tutte le successive norme dello stesso codice che hanno come presupposto l’attribuzione di tale potere e ne disciplinano l’esercizio, (artt. 1240, 1242, 1243, 1245, 1246 e 1247) in riferimento agli artt. 101, comma secondo, e 108, comma secondo, della Costituzione, che rispettivamente enunciano i principi della subordinazione del giudice soltanto alla legge e della indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali”. Anche in questa occasione la Corte costituzionale richiama sinteticamente le acquisizioni della pregressa giurisprudenza individuate, come si è appena ricordato,

1. nella necessità che l’organo giudicante sia immune da vincoli che comportino la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi (sentenza 92/1962)<sup>31</sup>;

31. Sempre a proposito della posizione dell’organo giudicante possiamo ricordare, in questo caso, anche la successiva decisione n. 128 del 1974 con la quale la Corte avrà l’occasione di ricorda-

2. nell'esigenza che sia assicurata per il giudice una certa forma di inamovibilità – anche se diversamente articolata da quella prevista per i giudici ordinari – (sentenza 103/1964);
3. nella possibilità, per il giudice speciale che sia anche organo dell'amministrazione dello Stato, di sottrarsi alle risultanze degli atti provenienti dagli organi ed uffici della stessa amministrazione (sentenza 133/1963);
4. il richiamo all'ulteriore precisazione contenuta nella sent. n. 60 del 1969 nella quale la Corte aveva già affermato come "l'esistenza di una doppia ed inscindibile configurazione dell'Intendente quale organo dell'amministrazione e quale giudice comporti il pregiudizio dei requisiti di indipendenza ed imparzialità che la Costituzione esige per i giudici speciali".

Per quel che attiene poi alla modalità di nomina dei giudici, la Corte costituzionale già nella decisione n. 1 del 1967 esclude che la regola che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso sia di per sé una norma di garanzia d'indipendenza del titolare di un ufficio, "sebbene d'idoneità a ricoprire l'ufficio. Può ritenersi, tuttavia, che nell'ambito di un sistema, quale quello delineato dalle norme contenute nel titolo IV sezione I della Carta costituzionale, la nomina per concorso, che pur in questo ambito patisce eccezioni, concorra a rafforzare e a integrare l'indipendenza dei magistrati. Sennonché, codesto sistema riguarda soltanto la Magistratura ordinaria, come risulta evidente dalle norme contenute nell'invocato art. 106 e negli articoli, che lo precedono e lo seguono, 104, 105, 107, 109, 111, che definiscono la magistratura ordinaria un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, e istituiscono e regolano, a garanzia di codesta autonomia e indipendenza, il Consiglio superiore della Magistratura". Come specificato nella successiva decisione n. 49 del 1968 ciò che conta ai fini del requisito dell'indipendenza non è la nomina, che potrebbe essere anche governativa, ma la possibilità che i nominati acquistino indipendenza rispetto al Governo e alla pubblica amministrazione. Al contrario, il fatto che nel caso specifico i funzionari statali (prefetti o vice prefetti), scelti e nominati su proposta del Presidente del Consiglio con decreto del Capo dello Stato, sebbene collocati fuori ruolo, continuano ad appartenere, beneficiano dei miglioramenti o avanzamenti di carriere,

pronunciandosi in merito alla sussistenza del requisito dell'imparzialità del Presidente del consorzio autonomo del porto di Genova (*ex art. 7 T.U. 80/1936*) rispetto a provvedimenti adottati dall'ente di cui è a capo, che "il requisito essenziale posto dalla Costituzione a presidio del retto esercizio della funzione giurisdizionale è quello della indipendenza del giudice, la cui attività deve essere immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi, e deve altresì essere libera da prevenzioni, timori, influenze, che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza. Il che importa che il principio della indipendenza è presupposto di quello della imparzialità".

ra, ritornano nei ruoli allo scadere del quinquennio o eventualmente, col proprio consenso, anche prima, costituisce una situazione di dipendenza dal Governo che innegabilmente, a detta della Corte, è accentuata dal possibile o sperato rinnovo della nomina. Solo la definitiva rottura del rapporto di servizio e l'assunzione dello *status* professionale di giudici renderebbe indipendenti i funzionari nominati dal Governo. Ragion per cui la Corte ritiene che la norma impugnata violi l'art. 108, secondo comma, della Costituzione<sup>32</sup>.

## 5. Spunti per una conclusione

Come è stato correttamente sostenuto esiste una stretta connessione tra tempo e diritto e la definizione di un termine ha il fine di conferire certezza al diritto e rappresenta indubbiamente uno strumento di affidamento delle parti. Di ciò appare ben consapevole il legislatore di riforma e ancor prima la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che non ha mancato di condannare a più riprese l'Italia per violazione della ragionevole durata del processo<sup>33</sup>. Dunque "il fattore tempo – come più volte sottolineato dalla Commissione europea e da ultimo nella relazione dell'anno 2020 [Quadro di valutazione UE della giustizia 2020, pubblicato sul sito della Commissione Europea il 10.07.2020] – rappresenta un valore in sé, radicato nella cultura costituzionale europea che richiede di assicurare rimedi giurisdizionali effettivi per la tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli"<sup>34</sup>. Al di là del merito della cd. "riforma Cartabia", per i profili qui evidenziati, e della necessaria e contestuale esigenza, da più parti segnalata, di accompagnare agli strumenti previsti, rappresentati dal ricorso a rimedi stragiudiziali, anche un opportuno aumento dell'organico della magistratura civile, è evidente dunque che l'obiettivo non può che essere condivisibile.

Nondimeno appare necessario sottolineare che la semplificazione, la celerità, in una parola l'efficienza della giustizia non deve essere mai realizzata a scapito di quelle garanzie, nel caso specifico proprio quelle dell'indipendenza e dell'impar-

32. In particolare la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dall'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147, recante modificazioni alle norme sul contenzioso elettorale amministrativo; dichiara, inoltre, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni sulla procedura davanti alla Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale, contenute nel titolo II del R.D. 26 giugno 1924, n. 1058, recante "Approvazione del T.U. delle leggi sulle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale".

33. Cfr. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 luglio 1999, *Bottazzi contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 luglio 1999, *Di Mauro contro Italia*.

34. F. Fedorczyk, *La riforma della giustizia Cartabia: certezza dei tempi e rispetto delle garanzie?*, in *Pandoravivista.it*, 20 dicembre 2021.

zialità dell'organo giudicante, che costituiscono il fondamento indiscutibile dello stato di diritto contemporaneo. Se è pur vero, infatti, che per molti di questi organismi si riconosce che siano in grado di fornire “ai consumatori procedure rapide, efficaci e a basso costo”<sup>35</sup>, è necessario accompagnare alla più ampia diffusione del ruolo ad essi ascritto – che li vede sempre più in una posizione di “accesso paritario”<sup>36</sup> rispetto ai tradizionali rimedi giurisdizionali – modalità operative che siano in grado di assicurarne indipendenza e imparzialità<sup>37</sup> anche attraverso l'adozione e l'adesione a “codici di condotta” proprio nella prospettiva del miglioramento qualitativo di tali prassi<sup>38</sup>.

Il che evidentemente non implica una assoluta identità di modalità con le quali tali garanzie costituzionali debbano essere assicurate in queste ipotesi, essendo talvolta possibile assicurare il rispetto di principi costituzionali con strumenti diversi da quelli previsti per il giudice ordinario. A tal proposito è sufficiente richiamare quanto già si è provveduto ad evidenziare a proposito delle modalità di selezione degli organi giudicanti, In questo caso infatti quel che emerge con chiarezza, dalla pur variegata giurisprudenza della Corte costituzionale, è piuttosto l'esigenza che per il soggetto giudicante si rispetti sempre e comunque la sua subordinazione solo alla legge e quindi il requisito dell'assenza di soggezione a qua-

35. Vedi quanto riportato sul sito del MISE in merito a *Controversie di consumo – ADR, risoluzione alternativa delle controversie*, testo disponibile al sito: [www.mise.gov.it/index.php/it/mercato-e-consumatori/tutela-del-consumatore/controversie-di-consumo/adr-risoluzione-alternativa-controversie](http://www.mise.gov.it/index.php/it/mercato-e-consumatori/tutela-del-consumatore/controversie-di-consumo/adr-risoluzione-alternativa-controversie) [consultato il 7 ottobre 2023].

36. F. Cortesi, *Esercizio della giurisdizione e mezzi alternativi di tutela*, in *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, *Quaderno 7*, Scuola Superiore della magistratura, 2022, 56.

37. Esigenza d'altronde indicata anche nel *Recovery Plan* italiano ove si afferma che “uno degli elementi essenziali per garantire una maggiore efficienza della giustizia civile è legato alla definizione di strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie. (...) Occorre tuttavia incrementarne l'utilizzo e in particolare garantire un maggior ricorso all'arbitrato, alla negoziazione assistita e alla mediazione. Tali strumenti consentono l'esercizio di una giustizia preventiva e consensuale, necessaria per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari. L'obiettivo principale di tale riforma è sostenere una più ampia diffusione degli strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie. In particolare, si intende rafforzare le garanzie di imparzialità, per quello che concerne l'arbitrato; estendere l'ambito di applicazione della negoziazione assistita; garantire una migliore e più estesa applicabilità dell'istituto della mediazione”. Vedi in proposito R. Bardelle, *I nuovi scenari: il valore degli accordi nella circolazione transnazionale e l'impatto delle a.d.r. sull'efficienza dei sistemi giudiziari*, in *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, Scuola Superiore della Magistratura, 2022, 223-245.

38. C. Pilia, *L'equilibrata relazione tra mediazione e giurisdizione*, in L. Calcagno, G. Grasso, S. Lembo, M. Maugeri, M. Delia (a cura di), *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su, mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, Scuola superiore della magistratura, 2022, in particolare 28-30.



lunque altro organo, in particolare al Governo o alla Pubblica amministrazione. Da quest'ultima quindi potrebbe anche provenire, non dovendo potenzialmente escludersi modalità di nomina anche da parte del Governo. In altri termini, non sarebbe il concorso pubblico a rappresentare l'unica possibile strada di selezione dei soggetti giudicanti, in grado di assicurare le condizioni di imparzialità e di indipendenza, quanto piuttosto la rottura, anche *ex post*, del rapporto di servizio che legghi un soggetto alla P.A.

È chiaro quindi come le modalità operative, comunque individuate, di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie devono essere anche per il futuro orientate nella direzione già da tempo indicata da Mauro Cappelletti: l'accesso alla giustizia, che è consustanziale alla natura democratica degli ordinamenti contemporanei, deve essere cioè espressione di una nuova prospettiva, non più "toleranza" e "statocentrica" ma del tutto rovesciata rispetto ad essa, in quanto primariamente rivolta a realizzare "il benessere dei consumatori", in un senso più ampio, il benessere degli individui, per cui lo Stato è ed agisce in funzione di questi e non viceversa, secondo peraltro i dettami dell'art. 2 della Carta costituzionale. Se si pensa dunque che proprio il movimento per l'accesso alla giustizia, come si è più sopra rilevato, è espressione della volontà di realizzare tale nuova prospettiva democratica, non può che ritenersi del tutto coerente con tale intento anche quello di definire con attenzione le "buone prassi" che si sono da ultimo richiamate. Una carente attenzione a tale profilo potrebbe d'altronde rappresentare il segnale di un pericoloso allontanamento delle nuove forme di risoluzione delle controversie dalle stesse ragioni di esistenza e di sviluppo che ne sono all'origine e cioè l'intento di allargare le basi sociali dell'accesso alla giustizia, come si conviene in un moderno Stato sociale e democratico.

# I REQUISITI DELL'INDIPENDENZA E DELL'AUTONOMIA DEI GIUDICI TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI: LA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE

LUDOVICA DURST\*

SOMMARIO: 1. Tutela effettiva dei diritti e indipendenza dei giudici nel quadro dello “stato di diritto” europeo – 2. L’indipendenza della magistratura al vaglio della Corte di Giustizia: tra tutela giurisdizionale effettiva e rispetto del principio di *rule of law* – 3. Il rinvio pregiudiziale come “chiave di volta” dell’architettura giudiziaria europea e presidio dello stato di diritto.

## 1. Tutela effettiva dei diritti e indipendenza dei giudici nel quadro dello “stato di diritto” europeo

Il tema dell’indipendenza e autonomia del giudice è stato ampiamente messo in luce dalla dottrina e dalla riflessione costituzionalistica, sin da tempi risalenti, quale presupposto irrinunciabile di un sistema statale – che assume per ciò stesso la definizione di “stato di diritto”<sup>1</sup> – orientato a soddisfare in maniera equa le

\* Sapienza Università di Roma.

1. Nonostante l’utilizzo dell’espressione “stato di diritto” in maniera alternativa a “rule of law”, si ricordano le considerazioni di G.M. Salerno, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, circa il diverso significato da attribuire alla emersione di una “*European Rule of Law*” rispetto al concetto tradizionale di stato di diritto e alla declinazione di tale principio in ordinamenti affini a quello italiano (come *Rechtsstaat*, *état de droit*, *estado de derecho*, e così via): per cui, in ragione dei diversi canoni di riferimento – non del tutto coincidenti – e della logica che vi presiede, risulterebbe necessario operare invece tra questi una distinzione terminologica. Sull’evoluzione concettuale del principio dello “stato di diritto” (*Rechtsstaat*) e di quello di “rule of law”, con particolare riguardo al diverso rapporto con l’ambito statale e con il potere pubblico – nonché alla particolare adattabilità del *rule of law* agli odierni contesti di de-statalizzazione e globalizzazione –, si veda R. Bin, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, 2016. Per prospettive diverse sulla declinazione del *rule of law* si vedano anche gli altri contributi nello stesso volume, fra cui M. Barberis, *Possono governare le leggi? Il dilemma del rule of law*, che vi riconduce tre significati principali: limitazione del potere o costituzionalismo; legalità nel senso di conformità alla legge ma anche di giuridicità; governo delle leggi (15 ss.).

domande di giustizia dei propri consociati, garantendo l'esecuzione delle leggi, secondo il principio di equilibrio tra poteri<sup>2</sup>. Rientrando pienamente nella tradizione costituzionalistica, se ne trova previsione e realizzazione in tutte le Carte costituzionali contemporanee, al crocevia – tra diritto e politica – di una tensione tutta interna al ruolo del giudiziario, nel suo operare al tempo stesso quale “potere” e “contropotere”<sup>3</sup>.

Non fa eccezione l'ordinamento italiano, laddove emerge con chiarezza la relazione che sussiste fra i principi costituzionali volti a garantire l'effettiva tutela giurisdizionale e l'accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), la loro integrazione con i requisiti di indipendenza e autonomia dei giudici<sup>4</sup> e la previsione di istituti di garanzia particolarmente lungimiranti anche rispetto al panorama europeo. Fra questi, è da annoverarsi, in particolare, il Consiglio Superiore della Magistratura, notoriamente inquadrato come “organo di autogoverno” della magistratura, in quanto assolve alla specifica funzione di rimettere le decisioni relative alla mobilità e allo statuto dei magistrati all'interno dello stesso ordine di appartenenza<sup>5</sup>.

2. Sulla funzione giurisdizionale nel quadro della separazione dei poteri, si veda G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, 1985, che vede nell'indipendenza soprattutto dal potere politico il “senso profondo della giurisdizione negli ordinamenti contemporanei”, e nota come la “funzione politica della giurisdizione consiste, paradossalmente, nella sua neutralizzazione politica” (702).

3. Così *Introduzione*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Bocconi Editore, 2019, p. xiv.

4. Cfr. A. Police, *Art. 24*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006: “Assicurare a tutti e sempre un giudice e un giudizio, dinanzi ad organi imparziali e indipendenti, per qualsiasi controversia riguardante diritti soggettivi od interessi legittimi rappresenta una pietra miliare nell'attuazione dei principi di legalità democratica”, cosicché non basta, al fine di garantire la piena attuazione del precetto costituzionale della pienezza della tutela giurisdizionale “il mero riconoscimento della titolarità dei diritti e della libertà di agire in giudizio, ma occorre la possibilità seria e reale di ottenere una adeguata e completa tutela dall'organo giurisdizionale adito”.

5. Il CSM risulta in tal senso, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale (sent. 44/1968) garanzia costituzionale della *autonomia* della magistratura, funzionale a collocarla in posizione autonoma e indipendente da ogni altro potere, e tale da sottrarla a interventi suscettibili di turbarne l'imparzialità e la soggezione alla legge (art. 101 Cost.): integra e rafforza così le altre garanzie costituzionali di indipendenza, quali risultano dalla riserva di legge (art. 108), dall'assunzione dei magistrati, in via normale, mediante pubblico concorso (art. 106), dall'inamovibilità (art. 107). A completamento di tale statuto di autonomia, la presidenza dell'organo (con funzioni dunque amministrative, non giurisdizionali) è affidata al Presidente della Repubblica, in qualità di potere neutro e garante della Costituzione. Si ricordano in proposito, in anticipo sui tempi (1885), le riflessioni di Mortara, per il quale negli Stati antichi e moderni “l'essenza dell'ufficio dell'autorità giudiziaria sia stata troppo imperfettamente compresa (...). Parecchi di essi invero si ispirano al lodevole desiderio di assicurare l'*indipendenza* all'esercizio delle funzioni giudiziarie; ma altra cosa è questa indipendenza, altra l'*autonomia organica* della magistratura come potere dello Stato. La prima è conciliabile persino col dispotismo, la seconda è tutta propria del reggi-

Una soluzione che, sebbene non del tutto priva di criticità, è apparsa ben più vantaggiosa rispetto al perdurare di una più stretta contiguità con l'ambito esecutivo, e maggiormente idonea a soddisfare quei requisiti di indipendenza individuati in primo luogo dal combinato disposto degli artt. 101 e 104 della Costituzione, cui si affiancano le ulteriori disposizioni dedicate alla magistratura nel titolo IV della parte II<sup>6</sup>. Requisiti da intendersi, secondo risalente interpretazione della giurisprudenza costituzionale (sent. n. 22 del 1959), come enunciati del principio di indipendenza del singolo giudice l'uno (il magistrato nell'esercizio della sua funzione non ha altro vincolo se non la legge) e di indipendenza dell'organizzazione del sistema giudiziario nel suo complesso l'altro (l'ordine della magistratura non deve dipendere da altro potere e deve esso disporre per ciò che riguarda il suo stato)<sup>7</sup>.

Rispetto a tale configurazione delle garanzie di indipendenza, a partire dalla soggezione alla legge, non dissimile per altro dalle esperienze costituzionali di tutti i moderni paesi democratici, una questione del tutto peculiare è quella delle modalità con cui tale principio trova affermazione e attuazione nella dimensione sovranazionale: non tanto con riguardo al suo accoglimento da parte delle Cor-

mento democratico". L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, con Prefazione di A. Pizzorusso, ESI, 1992, 66. Per un maggiore approfondimento di tali profili nel quadro costituzionale italiano si rimanda agli altri contributi presenti in questa sezione del volume, con particolare riguardo a R. Nania *Il diritto costituzionale ad azionare diritti: una introduzione a stato di diritto e giurisdizione tra tradizione e linee innovative*, e a M.G. Rodomonte, *Tutela giurisdizionale effettiva e indipendenza del giudice tra principi costituzionali e orientamenti della Corte costituzionale: l'esperienza dell'ordinamento italiano*.

6. A partire dall'indipendenza del giudice, e dalla sua subordinazione alla legge, da cui discende la funzione di garanzia della magistratura nel sistema democratico, il quadro ricomprende i seguenti principi fondamentali: l'imparzialità della funzione giurisdizionale finalizzata alla conservazione dell'ordinamento giuridico dello Stato; l'indipendenza dei giudici, strumentale rispetto all'imparzialità della funzione; l'autonomia della Magistratura, intesa nel senso di sottrazione ad altri poteri od organi dello Stato dei provvedimenti riguardanti lo status del giudice, dei relativi giudizi disciplinari e del governo della Magistratura stessa. Per una riflessione ampia sull'esperienza italiana e il ripensamento di dinamiche descrittive a volte troppo schematiche o rigide, si rimanda a G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, 1997. Si veda anche A. Poggi, *Il sistema giurisdizionale tra "attuazione" e "adeguamento" della Costituzione*, Jovene, 1995. Invitava a valutare con cautela la portata del principio della separazione dei poteri e dello stesso principio di indipendenza della magistratura anche A. Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario*, il Mulino 1974, 53-54.

7. Nota peraltro M. Cartabia, Prefazione. "The least dangerous branch?", in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, cit., come l'originaria attenzione per l'indipendenza della magistratura, intesa quale corpo neutro, secondo un'idea "burocratica" del giudice, abbia ricevuto ben diversa attenzione da parte del legislatore costituente di quella riservata all'esplicitazione della sua terzietà e imparzialità, avvenuta solo con la riforma dell'art. 111 Cost. nel 1999.

ti europee (Corte EDU e Corte di Giustizia dell'UE) rispetto alle modalità di composizione ed esercizio delle rispettive funzioni<sup>8</sup>, quanto alla sua rilevanza e incisività nell'ambito dei giudizi su questioni concernenti gli Stati membri di appartenenza. È possibile riscontrare infatti, in tal senso, una linea di continuità fra Strasburgo e Lussemburgo, e finanche di richiamo reciproco nella giurisprudenza di recente sviluppata intorno al problema della garanzia della democrazia e dello Stato di diritto, il cui perno è costituito dalla questione dell'indipendenza dei giudici, a partire dall'imprescindibile riferimento normativo costituito dalle previsioni degli articoli 6 e 13 della Cedu, che garantiscono il diritto all'equo processo e a un ricorso giurisdizionale effettivo, e che assumono valore di principi generali anche per il diritto dell'Unione<sup>9</sup>; nonché dai corrispettivi art. 19 (par. 1, co. 2) del TUE, che affida agli Stati membri il compito di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, e art. 47 della CDFUE, che sancisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge.

Due sono infatti gli aspetti che dalla ricostruzione emergono con particolare rilievo: la compenetrazione che sussiste fra il principio di indipendenza e quello della effettiva tutela dei diritti, enfatizzata da una costante giurisprudenza di entrambe le corti europee, e la rinnovata importanza attribuita oggi alla garanzia di tale principio alla luce di una serie di vicende interne ad alcuni stati membri, caratterizzate da marcati interventi di riforma dei rispettivi sistemi giudiziari.

Gli effetti delle nuove discipline introdotte sono stati tali da determinare quella che è ormai definita una vera e propria "crisi dello stato di diritto" quale valore fondamentale dell'UE, la cui portata dirompente, da punto di vista sistemico

8. Il rispetto di "tutte le garanzie di indipendenza" è previsto tra i requisiti per la nomina dei componenti della Corte di Giustizia e del Tribunale ai sensi dell'art. 19 par. 2 TUE; il "dovere di indipendenza" è prescritto dal Regolamento della Corte EDU (artt. 3 e 4).

9. L'art. 6 CEDU definisce lo standard minimo di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione correlate al diritto a un equo processo quali: pubblicità della procedura, durata ragionevole, accesso a un tribunale, indipendenza e imparzialità; nonché al diritto nel processo: eguaglianza delle parti, diritto a essere informato dell'accusa, all'assistenza legale, ecc. Sul rapporto fra indipendenza della magistratura nella giurisprudenza Cedu e il principio del *rule of law* quale "stella polare" della Convenzione, inteso come "organicamente inserito in un sistema di diritto internazionale che rifiuta inequivocabilmente l'uso arbitrario del potere governativo", con specifico riferimento alla simmetria tra valori del sistema convenzionale ed eurounitario e alla "relazione simbiotica" tra le due Corti sul tema dell'indipendenza della magistratura, si veda R. Spano, *Rule of Law: la Lodestar della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La Corte di Strasburgo e l'indipendenza della Magistratura*, in *Giustizia Insieme, Europa e Corti internazionali*, n. 1607, 10 marzo 2021. Con riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU su tali profili, si rinvia al contributo di P. Mezzanotte, *Giusto procedimento e giusto processo: i principi della Cedu e il loro rapporto con le tradizioni costituzionali nazionali (riflessioni a margine dei procedimenti sanzionatori)*, in questo stesso volume.

e alla luce del processo di integrazione, viene finanche ricondotta alle coordinate politiche delle “democrazie illiberali” o a forme di “regressione democratica”<sup>10</sup>.

Nello specifico, come indicato a più riprese dalla Corte di giustizia<sup>11</sup> e come si legge anche nel Quadro di valutazione UE della Giustizia, cui la Commissione affida il resoconto annuale sulla misurazione dei principali indicatori di funzionamento dei sistemi giudiziari degli Stati membri (*qualità, efficienza, indipendenza*) e sulla percezione della loro efficacia da parte di cittadini e imprese, è proprio dal combinato disposto dell’art. 19 TUE e dell’art. 47 CDFUE che promana il principio di indipendenza, nella sua duplice declinazione interna ed esterna. Ovvero, sia con riguardo – indipendenza *interna* – a “quando l’organo interessato esercita le proprie funzioni in modo autonomo, senza essere sottoposto ad alcun vincolo gerarchico o subordinato ad alcun altro organo e senza assumere ordini o istruzioni da qualsiasi fonte, essendo così protetto da interventi o pressioni dall’esterno suscettibili di pregiudicare l’autonomia di giudizio dei suoi membri e di influenzarne le decisioni”; sia in relazione – indipendenza *esterna* – al mantenimento di un’uguale distanza (imparzialità) rispetto alle parti del procedimento e ai rispettivi interessi per quanto riguarda l’oggetto di tali procedimenti, e altresì quando i singoli giudici sono protetti da indebite pressioni interne alla magistratura, anche con particolare riferimento alle Corti supreme o di ultima istanza, il cui ruolo è essenziale per assicurare l’uniforme applicazione del diritto euro-unitario, pur non potendo condizionarne l’indipendenza individuale in ragione dell’organizzazione gerarchica<sup>12</sup>.

Come rilevato inoltre dalla Corte di Giustizia, il principio della separazione dei poteri, in quanto strumento di garanzia del rispetto del principio dello Stato di diritto, può assumere forme diverse data la varietà dei modelli parlamentari e il

10. R. Tarchi, *Le “democrazie illiberali” nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di stato? Alcune riflessioni di sintesi*, in DPCE online, 3/2020.

11. A partire dal caso *Wilson* (sentenza del 19 settembre 2006, C-506/04), ma si veda anche sentenza del 21 gennaio 2020, *Banco di Santander*, C-274/14; sentenza della Grande Sezione 18 maggio 2021, *Asociatjia Forumul Judecatorilor din Romania e altri*, Cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19.

12. Così da ultimo *The 2023 EU Justice Scoreboard*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2023), 309, 40. Si veda anche il sito: [italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/quadro-di-valutazione-ue-della-giustizia-2023-lefficacia-dei-sistemi-giudiziari-dellue-migliora-ma-2023-06-08\\_it](https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/quadro-di-valutazione-ue-della-giustizia-2023-lefficacia-dei-sistemi-giudiziari-dellue-migliora-ma-2023-06-08_it) [consultato il 7 ottobre 2023]. Come risulta evidente, la garanzia di indipendenza riguarda anche le norme sulla inamovibilità del giudice e sulla retribuzione adeguata, sulla composizione dell’organo, sulle qualifiche e sulla nomina dei suoi membri, sulla anzianità di servizio e licenziamento, nonché le norme interne su questioni quali il voto, il quorum e l’astensione in caso di conflitti di interesse, e il regime disciplinare.

diverso grado di applicazione del principio a livello nazionale. Ne discende che, con riferimento alla separazione operativa dei poteri e al conseguente controllo giurisdizionale indipendente ed effettivo, il diritto dell'Unione non osta a che uno Stato membro sia al contempo legislatore, amministratore e giudice, purché tali funzioni siano esercitate nel rispetto del principio della separazione dei poteri che caratterizza uno stato di diritto. Altresì, il principio dell'indipendenza giudiziaria non vieta la nomina dei giudici da parte dell'esecutivo, purché una volta nominati essi siano liberi da influenze o pressioni riguardanti l'esercizio delle loro funzioni<sup>13</sup>.

Alla base di tale quadro di valutazione è dunque la constatazione del ruolo fondamentale dell'efficienza dei sistemi giudiziari “per attuare il diritto dell'UE e preservare lo Stato di diritto e i valori su cui si fonda l'UE”. Infatti, “quando applicano il diritto dell'UE, gli organi giurisdizionali nazionali fungono da organi giurisdizionali dell'UE”, e assicurano i diritti e gli obblighi sanciti dal diritto europeo: pertanto, “disporre di sistemi giudiziari efficienti è essenziale per la fiducia reciproca, il clima a favore degli investimenti e la sostenibilità della crescita a lungo termine”, e in definitiva per il buon funzionamento del mercato unico<sup>14</sup>.

Non deve in tal senso stupire che i percorsi di riforma avviati dagli Stati membri siano finiti sotto i riflettori del giudice lussemburghese<sup>15</sup>, sollecitato dal duplice e parallelo impulso proveniente, per un verso, dalle istituzioni politiche eu-

13. Cfr. in proposito sentenza del 19 novembre 2019, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18 – *A.K. e altri (Indipendenza della Camera disciplinare della Corte suprema)*, e sentenza 2 marzo 2021, C-824/18 *A.B. e altri (Nomina dei giudici della Corte suprema)* sulle garanzie procedurali di nomina.

14. Cfr. il Quadro di valutazione UE della giustizia (testo disponibile al sito: [commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard\\_it](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_it) [consultato il 7 ottobre 2023]), con cui, a partire dal 2012, la Commissione europea fornisce una ricognizione dell'efficienza dei sistemi giudiziari. Tra i parametri essenziali per la valutazione dell'efficienza di un sistema giudiziario indicati dalla Commissione si trovano, appunto, efficienza, qualità, indipendenza. Inoltre, a partire dal 2020, tale valutazione si pone in stretta connessione anche con la relazione annuale sullo Stato di diritto, concepita come meccanismo di monitoraggio della situazione negli Stati membri e quale strumento preventivo di dialogo e consapevolezza comune delle questioni attinenti allo stato di diritto – o come precisato, più puntualmente *rule of law* – che si basa su quattro pilastri: il sistema giudiziario; il quadro anticorruzione; il pluralismo dei mezzi di comunicazione; altre questioni istituzionali ad esempio riferite alle autorità indipendenti. Cfr. G.M. Salerno, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, cit. Il rapporto sullo stato di diritto del 2022 è disponibile al sito: [commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters\\_en](https://commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en) [consultato il 7 ottobre 2023].

15. A partire dal caso *LM*, C-216/18 PPU, fino alla recente sentenza della Corte (Grande Sezione) del 2 marzo 2021, *A.B., C.D., E.F., G.H., I.J. / Krajowa Rada Sądownictwa*, Causa C-824/18. Di tale giurisprudenza si trova ovviamente traccia nelle Relazioni annuali *Panoramica dell'anno* della CGUE reperibili sul sito [curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1\\_6308/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/) [consultato il 7 ottobre 2023].

ropee e dagli altri Stati membri, preoccupati per il *vulnus* arrecato allo stato di diritto e alla fiducia reciproca fra i componenti dell'Unione; nonché, per altro verso, dal giudice interno degli stessi Stati membri interessati – spesso quale “last resort” – attraverso la proposizione di questioni pregiudiziali (*ex art. 267 TFUE*), per risolvere la specifica disputa pendente di fronte alla Corte nazionale<sup>16</sup>.

La questione del rispetto del principio di indipendenza dei giudici nel quadro dell'Unione europea – soprattutto nella dimensione esterna, incidente sul rapporto fra poteri – si ripercuote infatti direttamente sulla realizzazione dell'UE come “Unione di diritto”: ovvero, su quella dimensione attinente, come indicato dalla Corte di Giustizia, “al contenuto del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e dalla salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati dall'art. 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto”<sup>17</sup>.

## 2. L'indipendenza della magistratura al vaglio della Corte di Giustizia: tra tutela giurisdizionale effettiva e rispetto del principio di *rule of law*

Proprio l'art. 19 TUE, in virtù di una rinnovata attenzione interpretativa da parte della CGUE (che ne ha riconosciuto anche l'effetto diretto)<sup>18</sup>, è divenuto il riferimento normativo cardine della giurisprudenza più recente, consentendo un incisivo intervento della Corte di Giustizia in un settore, quello della giustizia, che a prima vista esula dalle competenze attribuite in senso stretto all'Unione (e cionondimeno, è ritenuto parte integrante dell'*acquis communautaire* nell'ambito del processo di adesione di nuovi Stati membri).

Tale sindacato, avviato sulle misure nazionali ritenute potenzialmente idonee ad intaccare lo statuto di indipendenza dei giudici interni, ha contribuito a dar vita a un nuovo filone della giurisprudenza europea volto oggi a qualificare i pro-

16. Cfr. G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, in B. Carotti (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Atti della Giornata di studio tra Corte costituzionale e CGUE, CC, 2022 e in *Federalismi.it*, n. 27/2022.

17. Così, con riferimento alla sentenza LM C-2916/18, in *Introduzione* in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassino (a cura di), cit., xvii.

18. Cfr. L.B. Larsen, *Rule of Law and Independence of National Judges* in B. Carotti (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali* cit., 100, con riferimento a CGUE, sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e altri contro Krajowa Rada Sądownictwa e altri*, causa C-824/18 (Nomina dei giudici della Corte suprema – Azioni) e sentenza del 22 aprile 2022, *RS*, causa C-430/21 (Effetti delle decisioni di una corte costituzionale).



blemi della *judicial independence* in termini di violazione dello stato di diritto (*rule of law crisis*), dunque in relazione a uno dei valori comuni su cui si fonda l'Unione (ai sensi del citato art. 2 TUE)<sup>19</sup>. È stato rilevato infatti che la giurisprudenza della Corte “instaura un ponte tra art. 2 del TUE, art. 19 del TUE e art. 47 della Carta” che, in virtù della possibilità di applicare l'art. 19 TUE tutte le volte in cui un organismo, che è considerato una Corte o un Tribunale, ha giurisdizione su questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione, “permette a ciascun giudice di agire, agendo nella sua ‘istituzionale capacità’, davanti ad una Corte nazionale allorché la sua *indipendenza* sia stata pregiudicata da una legge o da un comportamento amministrativo”<sup>20</sup>.

La portata di questo mutamento non è di poco conto, tanto da far sostenere che parlare di indipendenza oggi non è lo stesso di 10 o 20 anni fa, in ragione della pressione sul principio democratico della preminenza del diritto<sup>21</sup>. Non solo per la rilevanza della casistica collegata a questo tipo di crisi, che vede protagonisti innanzitutto una serie di Stati di recente adesione, ma per l'utilizzo e l'invocazione di un parametro, l'art. 2, cui per un verso va riconosciuta una portata fortemente espansiva dell'ambito di intervento delle istituzioni europee – al di là dei limiti materiali definiti dai Trattati – e che per altro verso coinvolge un concetto, quello di stato di diritto, non univocamente definito e per lo più tradotto dall'ambito dei valori a quello applicativo dei principi, con tutta una serie di problematiche giuridico-dottrinali non irrilevanti.

In effetti, le modalità di reazione alle violazioni dell'art. 2 consentono la messa in campo di un armamentario di natura politica ben più ampio di quello costituito dai soli rimedi giuridici, ma non necessariamente più efficace. Ne è riprova la focalizzazione del dibattito europeo sulla scarsa efficacia, in termini di effettività, degli strumenti previsti dal diritto dell'UE per la prevenzione e la risposta alle minacce o alle violazioni al citato principio, basati in primo luogo sulla procedura prevista dall'art. 7 TUE (sia di tipo preventivo che sanzionatorio) e sul ricorso

19. “L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”. Valori, sia detto per inciso, che sono stati appunto positivamente con il Trattato di Lisbona, ma che già, secondo risalente giurisprudenza della Corte, connotano l'Unione europea come comunità di diritto basata sul rispetto di alcuni valori, comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri (sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*).

20. G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, cit., 134.

21. G. Raimondi, *L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Pitruzzella. O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia*, cit.

alle procedure di infrazione (ricorsi per inadempimento), cui di recente sono stati affiancati ulteriori meccanismi e strumenti di dialogo. Pur risultando ineludibile il ricorso agli strumenti previsti dai Trattati, quali le procedure di infrazione, il ricorso per inadempienza, o per violazioni dello Stato di diritto, questi infatti non sempre hanno dimostrato di conseguire risultati efficaci, se non politicamente controversi<sup>22</sup>.

Dunque, si diceva, il nuovo corso giurisprudenziale ha consentito alla Corte di Giustizia di ricondurre le misure concernenti lo statuto dei giudici nazionali sotto la sua giurisdizione, proprio attraverso l'integrazione del requisito di indipendenza con l'obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva (secondo quanto previsto dall'articolo 19, par. 1, TUE in combinato disposto con il citato art. 47 CDFUE). Da un lato quindi la Corte afferma il nesso inscindibile tra rimedi effettivi e Corti indipendenti, cui consegue anche l'obbligo per gli Stati membri di proteggere l'indipendenza delle loro Corti ai sensi dell'art. 19 TUE; dall'altro, a partire da questa recente giurisprudenza, fa esplicito riferimento ai valori su cui si fonda l'Unione, con il richiamo all'art. 2 TUE<sup>23</sup>.

In maggior dettaglio, con la prima di queste decisioni, la "storica" (per dirla con Pitruzzella) sentenza sul caso *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*<sup>24</sup>, in merito alla riduzione degli stipendi dei giudici per esigenze di austerità, la Corte di Giustizia ha affermato infatti il principio secondo il quale l'indipendenza delle corti fa parte del contenuto essenziale dell'art. 47 della Carta, ritenendo "di 'primaria importanza' preservare l'indipendenza degli organi giurisdizionali al fine di assicurare il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione (ricavato dall'art. 19 TUE), [collegando] i

22. Cfr. F. Battaglia, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea fra strumenti di natura politica e mezzi giurisdizionali*, in F. Anghelone, F. Battaglia, F. Cherubini, *Uniti si può. I valori dell'Unione europea in un tempo di crisi*, Bordeaux, 2019.

23. Con particolare riguardo al tema dei valori, cfr. G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, cit., che sottolinea come "La giurisprudenza sulla *rule of law* e l'indipendenza dei giudici, infatti, fa costantemente riferimento alle tradizioni costituzionali comuni e si è sviluppata in piena sintonia con quella della Corte Edu. I valori utilizzati dalla Corte di giustizia, sulla base dell'art. 2 TUE, non sono imposti agli Stati membri, ma derivano dagli stessi Stati, dalle loro tradizioni costituzionali comuni e quindi emergono da un processo bottom-up. Solo così possono unire piuttosto che dividere". In senso concorde anche K. Lenaerts, *National identity, the equality of member States before the Treaties and the primacy of EU law*, Corte costituzionale della Repubblica italiana – Corte di giustizia dell'Unione europea. Giornata di studio (5 settembre 2022). *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, 12. Cfr. anche sentenza della Grande Sezione del 29 marzo 2022 *Getin Noble Bank* (C-132/20), in merito alla posizione dei giudici polacchi nominati durante il periodo autoritario e la presupposta necessaria conformità del sistema giudiziario con il diritto dell'UE ai fini dell'adesione.

24. *ASJP*, C-64/16, sent. 27 febbraio 2018.

suddetti principî al valore dello Stato di diritto consacrato dall'art. 2 TUE e [sottolineando] come l'Unione si fonda su alcuni valori comuni agli Stati membri, tra cui, appunto, quello dello Stato di diritto". Successivamente, nei c.d. "conditionality judgments", la Corte ha specificato che "l'art. 2 TUE non è semplicemente una dichiarazione di linee guida politiche o di intenzioni, ma contiene i valori che (...) sono una parte integrante dell'identità dell'UE come ordine giuridico comune, valori che hanno una concreta espressione in principi, comprese delle obbligazioni vincolanti per gli Stati". L'adesione a tali valori, ha chiarito ancora, rimane pur sempre una scelta sovrana degli Stati, ma una volta avvenuta diviene *momento costituzionale vincolante* della loro appartenenza all'Unione, che non consente regressioni<sup>25</sup>.

Dal punto di vista dei rimedi adottati, vale inoltre precisare, con riguardo ai c.d. "conditionality judgments", che si tratta di decisioni relative all'approvazione del Regolamento 2020/2092 con cui, per ovviare agli esiti spesso insoddisfacenti ottenuti, è stato disposto un sistema di condizionalità orizzontale relativo alle questioni finanziarie, finalizzato specificamente a contenere le minacce al budget europeo cagionate dalle violazioni dello Stato di diritto, sulla base delle modalità relative all'esecuzione del bilancio dell'Unione di cui all'art. 322 TFUE<sup>26</sup>.

Uno strumento, approvato nel dicembre 2020 con il solo voto contrario di Polonia e Ungheria, la cui concreta attuazione ha incontrato varie criticità e ha anzi visto la presentazione di due ricorsi da parte degli Stati citati<sup>27</sup>, respinti dalla

25. Cfr. ancora G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, cit., anche con riferimento al caso *Repubblika* (sentenza 20 aprile 2021, C-896/19), concernente l'indipendenza dei giudici in relazione all'intervento del primo ministro nella procedura di nomina, ove la Corte fa salva la riforma adottata dallo stato maltese e afferma che "uno Stato membro non può modificare la sua legislazione in maniera tale da portare ad una riduzione del livello di protezione del *rule of law*. In altre parole, l'ordinamento giuridico dell'Unione vieta la *regressione dei valori*".

26. Ai sensi del Regolamento si specifica inoltre che: (considerando n. 3) "Lo Stato di diritto impone che tutti i pubblici poteri agiscano entro i limiti fissati dalla legge, in linea con i valori della democrazia e nel rispetto dei diritti fondamentali quali stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e negli altri strumenti applicabili, sotto il controllo di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali. Esso esige, in particolare, che i principi di legalità che sottendono un processo legislativo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarità del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali; e separazione dei poteri debbano essere rispettati"; (considerando n. 6) "Sebbene non esista una gerarchia tra i valori dell'Unione, il rispetto dello Stato di diritto è essenziale per la tutela degli altri valori fondamentali su cui si fonda l'Unione, quali la libertà, la democrazia, l'uguaglianza e il rispetto dei diritti umani. Il rispetto dello Stato di diritto è intrinsecamente connesso al rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali. L'uno non può esistere senza gli altri, e viceversa".

27. I ricorsi si fondavano sull'argomentazione che "il regolamento, benché formalmente presentato come un atto rientrante nell'ambito delle regole finanziarie previste all'articolo 322, paragrafo 1, lettera a), TFUE, mirerebbe, in realtà, a sanzionare, in quanto tale, qualsiasi pregiu-

Corte con due decisioni del 16 febbraio 2022. Le sentenze *Ungheria/Parlamento e Consiglio* e *Polonia/Parlamento e Consiglio* (C-156/21 e C-157/21), con cui la Corte ha affermato la validità del regolamento che subordina l'erogazione dei fondi europei al rispetto dello Stato di diritto<sup>28</sup>, sono state l'occasione per ribadire che l'Unione è fondata appunto su valori comuni agli Stati membri, tra cui lo Stato di diritto, che ne definiscono l'identità stessa quale ordinamento giuridico comune: valori comuni che, va ribadito, sono stati accettati da tutti gli Stati membri all'atto della loro adesione all'Unione, a cui non è pertanto possibile successivamente sottrarsi. Ne consegue che il rispetto dei principi dello Stato di diritto – dato anche il loro “contenuto sostanziale concreto” nel diritto dell'Unione – costituisce un “obbligo di risultato” per gli Stati membri, derivante direttamente dalla loro appartenenza all'Unione, cui è subordinato il godimento stesso di tutti gli altri diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati.

Emerge qui con tutta evidenza il peculiare collegamento ravvisato dalla Corte tra il rispetto dello stato di diritto e gli interessi finanziari dell'Unione, che possono essere gravemente compromessi in caso di violazioni del primo, legittimando interventi dell'Unione a protezione del bilancio, il quale rappresenta, sempre nelle parole della Corte, uno dei principali strumenti di concretizzazione del principio di solidarietà tra Stati membri, basato su quella reciproca fiducia imprescindibile nell'attuazione delle politiche dell'Unione. La “sana gestione finanziaria” può essere infatti garantita solo se le autorità pubbliche agiscono in conformità

dizio arrecato da uno Stato membro ai principi dello Stato di diritto, i cui requisiti sarebbero, in ogni caso, insufficientemente precisi”, con conseguente “incompetenza dell'Unione ad adottare un simile regolamento, sia per via della mancanza di una base giuridica sia per via dell'elusione della procedura prevista all'articolo 7 TUE, nonché sulla violazione dei limiti intrinseci alle competenze dell'Unione e del principio della certezza del diritto”. Cfr. CGUE, *Selezione di grandi sentenze 2022*, al sito: [curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1\\_6308/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/) [consultato il 7 ottobre 2023].

28. Nello specifico, ai sensi dell'art. 2 a) del Regolamento, rientrano nella nozione di stato di diritto, insieme al principio di tutela giurisdizionale effettiva (accesso a una giustizia indipendente e imparziale), il principio di legalità, di certezza del diritto, il divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, il principio della separazione dei poteri, il principio di non discriminazione e di uguaglianza di fronte alla legge. Sulle sentenze si veda CGUE, *Relazione annuale 2022. Panoramica dell'anno*, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu), 46. Tali criteri sembrano sostanzialmente ricalcare quelli enunciati dalla Commissione di Venezia in una relazione del 2011, elaborati sulla base anche della pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che inquadra lo Stato di diritto come una comune norma europea fondamentale che guida e inquadra l'esercizio dei poteri democratici, e come componente intrinseca di ogni società democratica che impone a tutte le istanze decisionali di trattare ogni persona secondo i principi della dignità, dell'uguaglianza e della razionalità nonché conformemente alla legge, e di dar loro la possibilità di contestare le decisioni davanti a un giudice indipendente e imparziale. Per una schematica ricognizione del quadro applicativo e degli strumenti a disposizione si veda anche Camera dei Deputati, *Lo Stato di diritto e l'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Dossier n. 11, 23 novembre 2022.

della legge, se le violazioni del diritto sono effettivamente perseguite e se le decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche possono essere soggette a un effettivo controllo giurisdizionale da parte di un potere giudiziario indipendente e imparziale. Un meccanismo che dunque prefigura un diverso rimedio rispetto alla procedura prevista dall'art. 7 TUE, di cui la Corte evidenzia la diversità di scopo e oggetto: l'art. 7 TUE consente di rispondere a qualsiasi violazione grave e persistente di uno dei valori fondanti dell'Unione o a qualsiasi rischio evidente di una siffatta violazione, mentre il regolamento impugnato si applica soltanto alle violazioni dei principi dello Stato di diritto e unicamente se sussistono motivi fondati per ritenere che dette violazioni abbiano un'incidenza sul bilancio: in altri termini, deve essere accertata la sussistenza di un nesso effettivo tra una violazione di un principio dello Stato di diritto e un pregiudizio o un rischio serio di pregiudizio alla sana gestione finanziaria dell'Unione<sup>29</sup>.

Fra i vari strumenti a disposizione dell'Unione per la tutela dello Stato di diritto si è in effetti dimostrato più efficace l'intervento della Corte di giustizia, vuoi tramite il ricorso alla procedura di infrazione, ex artt. 258 e 259 TFUE, vuoi in relazione alla competenza pregiudiziale interpretativa, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Di più difficile utilizzo è risultato invece il ricorso allo strumento specificamente approntato dall'art. 7 TUE (par. 2)<sup>30</sup>, così come il ricorso alle varianti extra-art. 7 improntate al "dialogo", o a strumenti appositi del sistema di condizionalità, quali anche il meccanismo di cooperazione e verifica (MCV) adottato nel 2007 nei soli confronti della Romania e della Bulgaria, al fine di comprovare gli effettivi progressi conseguiti dai due Paesi nella fase successiva all'adesione, con specifico riguardo agli ambiti della giustizia e della lotta alla corruzione<sup>31</sup>.

29. Il 12 dicembre 2022 il Consiglio europeo ha infine deliberato di dare esecuzione alla decisione di esecuzione del meccanismo di condizionalità proposta dalla Commissione europea (il 18 settembre 2022), con una sospensione di 6,3 miliardi di euro, data l'azione correttiva solo parziale dell'Ungheria, e pur riconoscendo, in ragione delle misure correttive attuate in modo soddisfacente dall'Ungheria e tenuto conto del grado di cooperazione, una "approssimazione ragionevole" il rischio di bilancio al 55% degli impegni dei programmi interessati. Le misure, di carattere provvisorio, possono inoltre essere revocate se la situazione sarà pienamente risolta entro 2 anni. Cfr. Consiglio dell'UE, Comunicato stampa 12 dicembre 2022, testo disponibile al sito: [www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/12/12/rule-of-law-conditional-mechanism/](http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/12/12/rule-of-law-conditional-mechanism/) [consultato il 7 ottobre 2023].

30. In quanto subordinato all'unanimità del Consiglio e non a caso definito procedura "nucleare", giacché comporta la sospensione dei diritti derivanti dai Trattati, per casi di violazione grave e persistente da parte dello Stato membro. A questo si affianca al par. 1 la procedura di preallarme in relazione alla constatazione dell'evidente rischio di una violazione grave.

31. Cui hanno fatto seguito ulteriori pronunce in sede pregiudiziale della CGUE: si veda sent. *Asociația Forumul Judecătorilor din România* del 18 giugno 2021, con riaffermazione del primato del diritto europeo anche rispetto alla disapplicazione di disposizioni costituzionali, qualora sussista una violazione dell'art. 19 par. 1.

Se dunque tanto alla Polonia quanto all'Ungheria per la prima volta si è applicata la procedura prevista dall'art. 7, bisogna altresì sottolineare come questa sia di fatto rimasta a livello istruttorio, non giungendo a definitivo completamento per l'esitazione del Consiglio di darvi pienamente seguito. Proprio a tale riguardo il Parlamento europeo ha approvato la risoluzione del 18 marzo 2022, stigmatizzando l'incapacità del Consiglio di compiere progressi significativi nelle procedure in corso ai sensi dell'art. 7 in risposta alle minacce ai valori comuni europei in Polonia e Ungheria, e di applicare efficacemente l'art. 7 TUE rispetto alla compromissione dell'integrità dei valori comuni europei, della fiducia reciproca e della credibilità dell'Unione nel suo complesso<sup>32</sup>.

Infine, con riguardo alle procedure di infrazione, va rammentato come siano state utilizzate in maniera strategica da parte della Commissione a partire dal 2019, nel quadro del programma d'azione volto a rafforzare lo Stato di diritto. È il caso ad esempio della serie di procedure riguardanti la Polonia per le riforme attuate in ambito giudiziario, culminate con alcune sentenze di condanna da parte della Corte di Giustizia<sup>33</sup>. Tali decisioni hanno sancito l'incompatibilità del nuovo regime disciplinare dei giudici con il diritto dell'UE, in quanto inidoneo a fornire le necessarie garanzie per tutelarli dal controllo politico, e dunque a preservarne l'indipendenza (Causa C-791/19) in relazione alle disposizioni relative alla Camera disciplinare della Corte suprema. Da ultimo, la procedura di infrazione originata dalle preoccupazioni suscitate dalla riforma del 2019 e dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale, che ha espressamente contestato il primato del diritto dell'UE ritenendo alcune disposizioni dei Trattati incompatibili con la Costituzione polacca<sup>34</sup>, ha portato la Corte di Giustizia a emettere dapprima una

32. Come sintetizzato nel dossier di documentazione parlamentare 3 dicembre 2021, le riforme dell'ordinamento giudiziario introdotte in Polonia dal 2015 hanno portato la Commissione ad avviare nel 2017 la procedura di cui all'art. 7, par. 1, del TUE, che è ancora all'esame del Consiglio. Nel 2019 e nel 2020 la Commissione ha altresì avviato due procedure di infrazione a tutela dell'indipendenza della magistratura; la Corte di giustizia ha inoltre adottato provvedimenti provvisori per sospendere i poteri della camera disciplinare della Corte suprema per quanto riguarda i procedimenti disciplinari nei confronti dei giudici. Analogamente, le riforme avviate in Ungheria dal 2012 hanno portato ad avviare la medesima procedura nel 2018 in relazione alle difficoltà del Consiglio nazionale della magistratura indipendente nel controbilanciare i poteri del presidente dell'Ufficio giudiziario nazionale incaricato dell'amministrazione degli organi giurisdizionali: nuove norme che consentirebbero di nominare alla Corte suprema membri della Corte costituzionale, eletti dal Parlamento, al di fuori della normale procedura di nomina.

33. Si veda Camera dei Deputati, *Lo Stato di diritto e l'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Dossier n. 11, 23 novembre 2022.

34. La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021 ha sostenuto che gli organi dell'Unione europea non dispongono del potere di stabilire come debba essere organizzato il potere giudiziario negli Stati membri e le sue condizioni di indipendenza, compito che spetterebbe alle Costituzioni nazionali e non ai Trattati europei, rigettando un'interpretazione

pronuncia di penalità (sentenza di condanna) nei confronti della Polonia per l'attuazione dei provvedimenti provvisori (in relazione alla sospensione dei poteri della Camera disciplinare della Corte suprema sui procedimenti nei confronti dei giudici), e da ultimo ad accogliere il ricorso della Commissione accertando l'inadempienza da parte dello Stato polacco. Nelle motivazioni la Corte ha ribadito innanzitutto la propria competenza in merito al controllo del rispetto, da parte di uno Stato membro, di valori e principi come lo Stato di diritto, la tutela giurisdizionale effettiva e l'indipendenza della giustizia, e l'obbligo per gli Stati membri di impedire qualunque regressione, sotto il profilo del valore dello Stato di diritto, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare norme che possano pregiudicare l'indipendenza dei giudici. Ha infine confermato il pregiudizio arrecato all'indipendenza e imparzialità dei giudici dalla riforma della Sezione disciplinare della Corte suprema e l'incompatibilità delle misure adottate dal legislatore polacco con le garanzie di accesso a un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge<sup>35</sup>.

Nonostante le sanzioni comminate, anche le procedure di infrazione presentano alcune criticità, anche solo rispetto al più ampio ambito di applicazione dell'art. 7 ai fini della tutela dello stato di diritto: ragioni per cui, proprio al fine di colmare il divario derivante dalle difficoltà politiche per il ricorso alle procedure dell'art. 7 e a quelle di infrazione, sono stati progressivamente implementati gli ulteriori strumenti di dialogo e monitoraggio cui si è fatto cenno, a partire dal "Quadro dell'UE per il rafforzamento dello stato di diritto" nel 2014, che precede l'attivazione della procedura di infrazione, qualora non diano esito positivo le tre fasi in cui è articolato (valutazione, raccomandazione, seguito della raccomandazione). In breve, quel che emerge con evidenza è la delicatezza nei rapporti fra Unione e Stati membri dell'utilizzo di tali strumenti, che mostrano di volta in volta non superati limiti, come si è visto anche con riguardo al meccanismo di condizionalità, pur forte delle potenzialità mostrate dal ricorso alla leva economico-finanziaria quale strumento di riconduzione ai valori e agli standard comuni europei delle tendenze centrifughe di alcuni stati.

In definitiva, pur nel quadro di un concorso di rimedi tutti tesi a ripristinare e

dell'art. 2 TUE che impedisce al Parlamento polacco di riformare l'organizzazione della propria Corte Costituzionale anche se tale organizzazione contraddice il principio di separazione dei poteri e di indipendenza del giudiziario. In altri termini, per la Corte polacca le istituzioni dell'Unione agiscono al di fuori dell'ambito delle competenze loro conferite dalla Repubblica di Polonia nei Trattati. Come si può notare, si tratta di modalità di contrapposizione ben diverse ad esempio dal "dialogo" instaurato dalla Corte costituzionale italiana nell'ambito della c.d. "saga Taricco", pur muovendo dalla possibile (o minacciata) applicazione dei controlimiti.

35. CGUE sent. 5 giugno 2023 causa C-204/21 *Commissione c. Polonia* (Indipendenza e vita privata dei giudici).

garantire il rispetto dello stato di diritto nell'Unione, un ruolo di primo piano, in ragione delle cruciali questioni legate alle garanzie interne dei sistemi giudiziari, sembra da ricondurre al coinvolgimento della Corte di Giustizia e alla presentazione di questioni pregiudiziali, in quanto tese a verificare la sussistenza dei caratteri di indipendenza della magistratura, quale aspetto essenziale del dialogo con i giudici nazionali e del buon funzionamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione: tanto che pur nel rispetto della competenza degli Stati membri con riguardo ai rispettivi sistemi giudiziari, questi non possono pregiudicare la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione.

### **3. Il rinvio pregiudiziale come “chiave di volta” dell’architettura giudiziaria europea e presidio dello stato di diritto**

Parallelamente dunque agli strumenti di tutela dello stato di diritto sopra indicati, un indiscusso rilievo è assunto dallo strumento del ricorso in via pregiudiziale, che ha consentito un corposo intervento giurisprudenziale, cui si è fatto in precedenza richiamo, a partire dalle questioni sollevate per profili inerenti all'indipendenza della magistratura sulla base della sussistenza di un “fattore di connessione” tra l'interpretazione (“estensiva”) dell'art. 19, par. 1, chiesta dal giudice del rinvio, e la lite pendente davanti allo stesso. Decisioni che hanno contribuito a segnare la misura dell'impatto di tale questione sull'intero sistema europeo, giacché coinvolgendo i principi e valori comuni rappresentati dallo stato di diritto hanno finito per rimettere in luce gli stessi rapporti fra primato del diritto europeo e controlimiti nazionali, tra profili legati alla definizione di un'identità costituzionale europea a fronte di quelle degli Stati membri.

A tale riguardo rilevano non solo quelle riforme della giustizia che modificando ad esempio le procedure di nomina, o il ruolo dei consigli di magistratura, o le retribuzioni salariali, possono incidere – in concreto – sull'indipendenza dei giudici in maniera diretta o indiretta, ma ancor più quegli interventi in grado di condizionare lo stesso utilizzo del ricorso in via pregiudiziale, qualificato come “architrate” del sistema dei Trattati, sottraendone la facoltà o l'obbligo al giudice nazionale, impedendone di fatto l'attivazione o vanificando l'esito della pronuncia resa: con la conseguenza che, a parere della Corte di Lussemburgo, dovrebbe senza dubbio essere rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la disapplicazione di siffatte previsioni interne<sup>36</sup>.

Affermata in altri termini la discrezionalità del giudice di promuovere un rin-

36. Cfr. CGUE, Grande Camera, sent. 2 marzo 2021 Polonia, causa C-824/18 *A.B., C.D., E.F., G.H. e I.J. / Krajowa Rada Sądownictwa* (Consiglio nazionale della magistratura, KRS),



vio pregiudiziale alla Corte di giustizia come un aspetto del principio dell'indipendenza giudiziaria, misure nazionali che limitano tale discrezionalità violano il diritto dell'Unione, ad esempio qualora prevedano procedure disciplinari nei confronti del giudice per avere promosso un rinvio pregiudiziale, o per non aver applicato una sentenza di una Corte costituzionale di uno Stato membro con la quale detta Corte rifiutava di dare effetto a una sentenza della Corte che ha deciso in seguito a un rinvio pregiudiziale<sup>37</sup>.

Dunque il giudice del rinvio, proprio in ragione della duplicità del suo ruolo, di cesura e ponte fra sistema nazionale e sistema comunitario, finisce per trovarsi in una posizione dilemmatica, su cui si scaricano le principali tensioni dell'appartenenza a entrambi i sistemi – soprattutto laddove siano coinvolte anche le supreme corti nazionali – ogni qualvolta vengano meno i profili di integrazione.

Un ulteriore aspetto, particolarmente significativo anche alla luce del principio di cooperazione e collaborazione fra le Corti, del problema della reciproca fiducia e del mutuo riconoscimento degli standard di garanzia, è rappresentato inoltre da alcuni casi sull'applicazione del mandato di arresto europeo (MAE). In particolare, nel noto caso *LM*<sup>38</sup> la questione, sorta dinanzi a un giudice irlandese per la consegna di un cittadino polacco alla Polonia, sulle cui possibili generali carenze del sistema giudiziario aveva espresso preoccupazione anche la Commissione di Venezia, porta a chiedere in via pregiudiziale alla Corte se “violazioni generali del principio di indipendenza della magistratura in Polonia a seguito delle sentenze pronunciate dalla CGUE implicavano che non vi fosse più una base sufficiente per la fiducia reciproca necessaria per l'esecuzione del MAE in questione”. Dunque la Corte rimette – non poco problematicamente – all'autorità giudiziaria di esecuzione del mandato la valutazione del rischio di violazione del diritto fondamentale a un equo processo (di cui all'art. 47 della Carta di Nizza) qualora sussista, nei confronti dello Stato membro di consegna, una violazione sistematica o generalizzata del principio di indipendenza, tenuto anche conto del contesto di fatto che costituisce la base del mandato d'arresto europeo e alla luce delle informazioni fornite dallo Stato membro di emissione.

In tale contesto specifica attenzione è da riservarsi pertanto al ruolo del giudice nazionale e al requisito dell'indipendenza in relazione all'elaborazione (comunitaria) della nozione di giudice, o meglio di “organo giurisdizionale”, ai fini della individuazione dei soggetti nazionali legittimati a sollevare rinvio pregiudiziale ai

37. Cfr. ad es. CGUE, sent. 22 febbraio 2022, *RS*, in causa C-430/21, (*Effetti delle decisioni di una Corte costituzionale*).

38. CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, (*Carenze nel sistema giudiziario*). Si veda anche sentenza del 22 febbraio 2022 (Grande Sezione), *Openbaar Ministerie (Giudice costituito per legge nello Stato membro emittente)* (C-562/21 PPU e C-563/21 PPU)

sensi dell'art. 267 TFUE, i cui elementi qualificanti sono come noto l'origine legale e non convenzionale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, il fatto che tale organo applichi norme giuridiche e non si pronunci secondo equità, la natura contraddittoria del procedimento nonché il rispetto delle garanzie di indipendenza ed imparzialità da parte dei singoli membri nonché dell'organo nel suo complesso.

Il rinvio pregiudiziale, quale strumento di uniforme applicazione del diritto dell'Unione, finisce infatti per assumere una fondamentale valenza sistemica di preservazione dei valori dello stato di diritto e di buon funzionamento complessivo dell'ordinamento giuridico, disvelando potenzialità di risoluzione dei conflitti in alcuni casi più efficaci rispetto ad altre misure quali le procedure di infrazione o le sanzioni previste per le violazioni consistenti dello stato di diritto.

Infatti, come emerge ancora una volta chiaramente dalla giurisprudenza europea sulla crisi del *rule of law*, il sistema di attuazione del diritto euro-unitario e di garanzia dei diritti fondamentali dell'Unione è incardinato sull'essenziale ruolo sia del giudice nazionale sia del giudice europeo, e sull'imprescindibile possibilità di "dialogo" fra questi, offerta dal rinvio pregiudiziale. Entrambi partecipano alla "architettura giudiziaria europea", con cui è assicurato il primato del diritto dell'Unione tramite una piena e corretta esplicazione delle potenzialità di applicazione della normativa nazionale<sup>39</sup>.

Nel momento in cui l'indipendenza del giudice assurge a criterio discriminante la possibilità stessa di qualificazione dell'organo giurisdizionale interno per l'attivazione di tale dialogo, appare chiaro come la definizione di uno standard condiviso e il rispetto di tali requisiti finisca per condizionare la funzionalità stessa del sistema di giustizia integrato, che nella rete fra giudici trova un fattore ineludibile. Se l'indipendenza dei giudici è essenziale per il buon funzionamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale, in quanto attivabile solo da un giudice indipendente, il rischio, a fronte di riforme (giudiziarie) che mettano in crisi, in ultima analisi, il funzionamento democratico dello Stato di diritto, potrebbe paradossalmente essere proprio quello di escludere in tali Stati le possibilità di dialogo fra giudice nazionale ed europeo, ripercuotendosi gli effetti della mancanza di indipendenza dei giudici nazionali sul funzionamento del sistema costituzionale e giudiziario europeo.

Le vicende di Polonia, Ungheria, Romania si vedono accomunate dal problema del rispetto del principio della *tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali* quale elemento essenziale dello Stato di diritto. Può anzi sottolinearsi come, pur divenendo tali procedimenti noti in ragione della violazione dello stato di diritto, e

39. Cfr. ancora G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, cit.

dunque con riferimento all'art. 2 TUE, proprio la questione della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti rappresenta l'aspetto cruciale di tali vicende, in quanto si ripercuote direttamente sulla tutela di quei diritti fondamentali che sempre più integrano l'identità costituzionale europea.

L'indipendenza dei giudici, dunque, vale sia come "diritto individuale" ai sensi dell'art. 47 della Carta, ma anche come principio di struttura dell'ordinamento europeo, tanto con riferimento all'operatività del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), quanto del principio di leale collaborazione (art. 4 TFUE), che, infine, con riferimento ai valori comuni dell'Unione, fra cui lo Stato di diritto (art. 2 TUE), che nell'art. 19 TUE trovano concretizzazione. Giacché, come nota ancora Pitruzzella, "Se una misura nazionale pregiudica l'indipendenza degli organi giurisdizionali l'architettura costituzionale dell'Ue è minacciata. Come si ricava dalla giurisprudenza della Corte, senza indipendenza non ci può essere un'effettiva protezione giudiziaria dei diritti attribuiti dall'Unione; senza indipendenza degli organi giurisdizionali una corte nazionale non può impegnarsi in un dialogo, basato esclusivamente sul diritto, con la Corte di giustizia; senza indipendenza viene meno la fiducia reciproca tra le Corti mettendo a repentaglio l'Area di libertà, sicurezza e giustizia"<sup>40</sup>.

Da ultimo, dato il collegamento del principio dell'indipendenza al valore dello stato di diritto, vale richiamare alcune considerazioni circa il dibattito e le tensioni che ruotano oggi intorno allo stato di diritto – che costituisce non a caso dal 2020 un capitolo a sé stante, prima assente, nelle relazioni annuali sulla *Panoramica dell'anno* della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo –, e che derivano indubbiamente anche dal diverso significato e dalla diversa declinazione con cui il concetto di *rule of law* è accolto dalle costituzioni nazionali e dalle tradizioni giuridiche degli Stati<sup>41</sup>, nonché per come è fatto oggetto di interpretazione dalla Corte di Giustizia nell'esercizio delle proprie competenze: qui viene infatti a saldarsi con la comunità di valori fondamentali e fondanti dell'UE, la cui protezione è affidata alle procedure iscritte nei Trattati e agli ulteriori strumenti a tutela di quella che si ravvisa come "identità costituzionale sostanziale" dell'UE. Le problematiche aperte da tale prospettiva non sono di poco conto, e non permangono ovviamente nel solo ambito giuridico, ma coinvolgono e mettono in discussione come si è visto i potenziali sviluppi del processo di integrazione europea: da possibili esiti da alcuni paventati come "Polexit"<sup>42</sup>, alla questione delle tendenze maggioritarie, al tema della "giuridificazione" dei rinvii alla Corte teorizzato da Weiler

40. *Ibidem*.

41. Su cui si veda G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, cit.

42. Così ad es. C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, n. 24/2021.

per fronteggiare le conseguenze delle decisioni prese a Lussemburgo e “difendere” la posizione degli Stati nazionali, al fine di scongiurare “eccessi di pervasività” della CGUE.

Il rischio di esasperazione dei fattori più divisivi e dell’inedita espansività del diritto europeo dovrebbe essere arginato proprio da quei riferimenti, operati anche dalla Corte (si veda in particolare nelle sentenze sulla condizionalità), volti a sottolineare i caratteri di un’Unione di valori non imposti dall’alto, ma derivanti dall’apporto degli stati membri e delle tradizioni costituzionali comuni<sup>43</sup>. Solo gli sviluppi futuri consentiranno di verificare se un approccio di questo tipo, che lasci spazio all’autonomia degli stati nella realizzazione della *rule of law* (da considerarsi come “*framework of reference*”), senza comportare l’imposizione di un unico modello costituzionale (preclusa anche dall’art. 4 par. 2)<sup>44</sup>, riuscirà a garantire il giusto punto di equilibrio fra la più estesa garanzia dei valori europei e il rispetto dei diversi ambiti di competenza (anche con riguardo all’Unione e all’organizzazione del sistema giudiziario, attribuita agli Stati membri), e a far sì che, come sottolinea Amato a conclusione di un recente incontro tra Corte costituzionale italiana e Corte di Lussemburgo, l’interpretazione del diritto europeo si formi attraverso un dialogo proficuo con la Corte di Giustizia, cui spetta l’ultima – ma non unica – parola, e a cui concorrono invece anche le Corti nazionali, grazie al *preliminary ruling*, nel determinare il primato, ben diverso dalla supremazia, del diritto europeo<sup>45</sup>.

43. A perseguire un’integrazione, per riprendere i riferimenti richiamati da G. Pitruzzella, *L’integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, cit., di tipo irenico, alla Smend, non di conflittualità, alla Schmitt.

44. Ovvero dal rispetto delle identità nazionali, cfr. sentt. *Euro Box Promotion et al. e RS*. Cfr. anche K. Lenaerts, *National Identity, the Equality of Member States before the Treaties and the Primacy of EU Law*, cit.

45. G. Amato, *Conclusioni*, in B. Carotti (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell’Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Atti della Giornata di studio tra Corte costituzionale e CGUE, CC, 2022, 153 ss.

# IL RUOLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI IN CAMPO ECONOMICO/FINANZIARIO. QUALI PERCORSI PER LA PRECETTIVITÀ DELL'ART. 47 COST.?

MICHELE BELLETTI\*

SOMMARIO: 1. Una premessa sui modelli storici e odierni di Autorità amministrative indipendenti: regolazione e garanzia – 2. L'implementazione dei modelli di Autorità e la trasformazione dei mercati – 3. Il tentativo di perimetrare gli ambiti di competenza delle Autorità coinvolte in questioni economico/finanziarie – 3.1. Dalla tutela dei soggetti alla tutela dei mercati – 4. Le garanzie di indipendenza: autonomia organizzativa e finanziaria funzionali alla concorrenzialità dei mercati.

## **1. Una premessa sui modelli storici e odierni di Autorità amministrative indipendenti: regolazione e garanzia**

In tema di tutela dei diritti nel settore economico/finanziario, unitamente al ruolo svolto dall'autorità giudiziaria, assumono sempre maggiore rilevanza le Autorità amministrative indipendenti che operano in quello specifico ambito, oppure in ambiti più generali, tali comunque da ricomprenderlo.

Prima di entrare nel merito della questione, è necessario chiarire taluni aspetti in ordine al ruolo istituzionale delle medesime Autorità; alcune esercitano un ruolo di garanzia, altre un ruolo di regolazione in senso stretto, pur non mancando quelle che svolgono entrambe le funzioni.

Queste Autorità costituiscono l'evoluzione più significativa nel panorama delle istituzioni pubbliche, acquisendo una forte legittimazione ad operare in ambiti specialistici, un tempo alle stesse sottratti, erodendo spazi di intervento proprio all'autorità giurisdizionale.

L'attenzione, anche scientifica, nei confronti di tali Autorità è considerevolmente cresciuta, tant'è che non vengono più percepite come collocate e trattate entro i confini del solo Diritto Amministrativo, ma "esprimono una nuova arti-

\* Professore Ordinario di Diritto Pubblico presso l'Università di Bologna Alma Mater Studiorum.

colazione dei poteri pubblici che può investire lo stesso assetto costituzionale”<sup>1</sup>. Ciononostante, non si tratta certo di organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, ma di organi che svolgono una funzione di rilevanza costituzionale, di tutela di valori costituzionalmente rilevanti.

Frequentemente vengono evocate, come modello storico di riferimento, le agenzie regolatrici che presero piede negli Stati Uniti a partire dalla fine del XIX secolo.

Sono invero ravvisabili con quel modello sia ragioni comuni, sia diversità di matrici e di discipline nel dettaglio, che escludono l’esistenza di un unico ceppo storico. Contano comunque quelle ragioni comuni e l’esistenza di principi simili, se non identici.

In Europa quelle Autorità risultano in buona parte derivate dall’onda delle privatizzazioni e quindi dall’arretramento del tradizionale intervento pubblico di tipo discrezionale e intrusivo. Mentre, negli Stati Uniti dell’inizio del secolo scorso fu con le *Agencies* che prese corpo un’estensione dell’intervento pubblico, a tutela di interessi individuali e collettivi, che in diversi settori – scambi commerciali, di borsa, telecomunicazioni – apparivano ingiustamente compressi nel libero svolgimento dei rapporti interprivati<sup>2</sup>.

In sostanza, semplificando al massimo, mentre in Italia l’obiettivo principale di dette Autorità è quello di assicurare la concorrenza nei diversi settori di intervento, negli Stati Uniti, paradossalmente, ove il valore della concorrenza, tramite la c.d. *Commercial clause*, è consustanziale al Testo costituzionale, in quanto con quello venuto ad esistenza, quelle medesime Autorità si affermano con l’obiettivo di tutelare gli interessi di coloro che venivano colpiti e danneggiati dall’eccesso di concorrenza.

Dal punto di vista della forma di governo, quelle Autorità erano una sorta di *longae manus* del Congresso.

Le modalità di nomina dei componenti erano quelle tipiche dell’elezione dei giudici federali e dei giudici della Corte Suprema, ovvero, nomina presidenziale con assenso del Senato. La composizione è collegiale, non sussiste alcun potere di indirizzo preventivo e di controllo successivo da parte dell’esecutivo e si registra in quegli organi la confluenza di poteri sia di regolazione sia di aggiudicazione sui casi concreti.

La prima *Agencies* risale al 1887, anche se diviene realmente indipendente nel 1889, ovvero, la *Interstate Commerce Commission*, con il compito di regolare tariff-

1. Cfr. M. D’Alberti, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1995.

2. Cfr. G. Amato, *Le autorità indipendenti*, in *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant’anni*, il Mulino, 2014, 309-310.

fe e comportamenti delle compagnie ferroviarie, a tutela dei produttori agricoli e dei commercianti che se ne servivano per il trasporto dei loro prodotti<sup>3</sup>.

Successivamente vengono istituite la *Federal Trade Commission*, con il compito di regolare e colpire comportamenti anticoncorrenziali; la *Federal Communication Commission*, che regolava l'uso dell'etere e la *Securities and Exchange Commission*, con compiti di vigilanza sulla Borsa<sup>4</sup>.

Naturalmente, non può non far riflettere che in Europa, ma soprattutto in Italia, queste Autorità, talvolta le medesime esigenze di tutela di determinati valori – si pensi alla concorrenza, alla *privacy* e al pluralismo nel sistema delle comunicazioni – si affermano negli anni Novanta, oppure, nella migliore delle ipotesi nel secondo dopoguerra.

In Italia gli inizi degli anni '90 hanno rappresentato per questi modelli organizzativi un momento di fecondo sviluppo e sicura legittimazione, con l'approvazione di una serie di leggi istitutive di altrettante Autorità amministrative indipendenti: la legge 146 del 1990, di istituzione della Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, che regolamenta lo sciopero in quei settori; la legge 223 del 1990, istitutiva del Garante per la radiodiffusione e l'editoria; la legge 287 del 1990, istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>5</sup>.

La classe politica di quegli anni ha dunque dimostrato di voler ricorrere, per quelle specifiche funzioni amministrative, poste a salvaguardia di precisi valori costituzionali, allo strumento dell'amministrazione indipendente con funzioni di garanzia, piuttosto che ricondurle al modello amministrativo gerarchico/ministeriale.

Paradossalmente, quella fase storica che di lì a poco avrebbe registrato la crisi totale di una classe politica e la sua sostanziale scomparsa, seppe intuire e assecondare il fondamentale momento riformatore<sup>6</sup>.

3. Ivi, 310.

4. Ivi, 311.

5. Per una compiuta disamina di queste Autorità, delle problematiche e della evoluzione si rinvia a G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, in S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio (a cura di), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, il Mulino, 2015, 515 ss. A queste Autorità si aggiungerà più tardi la "debole, se non debolissima" "Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici", istituita con legge 109 del 1994, per la quale è cambiata nel tempo la disciplina, con il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163 del 2006), e la stessa denominazione in Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, che verrà poi sostituita dalla più efficace ANAC, Autorità nazionale anticorruzione.

6. Basti pensare che dal punto di vista legislativo nel 1990 vennero approvate, dal Governo allora in carica – VI Governo Andreotti – anche la legge 8 giugno 1990, n. 142, recante *Ordinamento delle autonomie locali*, e la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di accesso ai documenti amministrativi*.

Le Autorità amministrative indipendenti istituite prima degli anni '90 rispondevano a differenti finalità. Si pensi alla CONSOB, istituita nel 1974; all'ISVAP nel 1982 e all'originario Garante per l'editoria, nel 1981.

Per quanto concerne la Banca d'Italia, in ragione di marcate peculiarità, si continua a riflettere se considerarla o meno una Autorità amministrativa indipendente.

La svolta maggioritaria del 1993, in particolare con gli esecutivi Amato e Ciampi, spinse alla ricerca di meccanismi in grado di porre quelle Autorità al riparo dai condizionamenti politico-partitici<sup>7</sup>. La legge 675 del 1996, voluta dal Governo Prodi, ha previsto per la designazione dei membri del Garante per la protezione dei dati personali l'elezione parlamentare con voto limitato, in sostituzione delle deliberazioni o determinazioni d'intesa, assunte dai Presidenti di Camera e Senato, che aveva caratterizzato l'investitura delle tre Autorità del 1990.

Prima della trasformazione del sistema politico in senso maggioritario, le semplici decisioni dei due Presidenti delle Camere garantivano sia maggioranza che opposizione, alla luce della convenzione costituzionale che riconosceva la presidenza della Camera dei deputati a un esponente del principale partito di opposizione, il Partito Comunista, e la presidenza del Senato a uno dei partiti politici della coalizione di governo.

Le Autorità hanno poi seguito un lungo itinerario che le ha portate ad irrobustire i loro poteri sul versante del tratto caratterizzante dell'indipendenza funzionale, con il riconoscimento, in alcuni frangenti, anche dell'indipendenza finanziaria, evidentemente strettamente correlata alla precedente, mediante la previsione di fonti di finanziamento in specifici capitoli del bilancio dello Stato, o dell'autofinanziamento, attraverso la contribuzione da parte delle imprese che operano in uno specifico mercato.

Successivamente, il legislatore intervenne sull'indipendenza organizzativa, ovvero, sulla durata della carica e/o sul numero di componenti il collegio, imponendo alle Autorità, come ad altri soggetti pubblici, la politica dei c.d. tagli lineari per far fronte alla crisi economico/finanziaria.

La domanda che gli studiosi della materia si sono posti più volte è quella relativa al ruolo complessivo svolto dalle Autorità amministrative indipendenti rispetto alle dinamiche della forma di governo e quale potrebbe essere l'impatto sulla forma di Stato, in merito alla salvaguardia dei valori costituzionali, nell'assetto generale del Paese, posto che, come noto, la forma di Stato non è altro che lo svolgimento del rapporto tra Stato e individuo<sup>8</sup>.

7. Cfr. più ampiamente, G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 515 ss.

8. *Ibidem*.



## 2. L'implementazione dei modelli di Autorità e la trasformazione dei mercati

Nel settore qui preso in considerazione, quello economico/finanziario, svolgono un'importante funzione regolatoria sia la Banca d'Italia, sia la CONSOB. Più nello specifico, la prima, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ha assunto un ruolo rilevante nella garanzia di effettività dei principi di cui all'art. 47 Cost., "tutela del credito e del risparmio".

Come è noto, quell'articolo, in ragione della sua brevità, risulta di non chiara interpretazione, evidenziando la difficoltà dei Costituenti a tradurre in termini normativi gli istituti che caratterizzano lo Stato sotto il profilo economico, acquisendo un significato compiuto solo se contestualizzato nella c.d. "Costituzione economica"<sup>9</sup>.

I due fattori citati, risparmio e credito, rischiano di entrare in contrasto, perché esprimono la "liquidità monetaria", ma solo il credito, non anche il risparmio, confluisce nella liquidità. Pertanto, il risparmio destinato al credito può essere efficacemente difeso se si controlla l'intero ciclo finanziario, che si svolge attraverso le imprese bancarie.

Nella sua connessione con il credito, il risparmio è rilevante in quanto investito; dunque, è funzionale a garantire l'equilibrio economico-finanziario del sistema<sup>10</sup>.

La principale funzione dell'art. 47 Cost. era quella di dare copertura costituzionale alla legge bancaria del 36/38, facendo assumere alla funzione di intermediazione del credito un carattere di pubblico interesse, come tale sottoposto al controllo pubblico<sup>11</sup>.

In particolare, quella legge contemplava la possibilità di disciplinare pubblicisticamente sia l'attività di raccolta del risparmio, sia l'utilizzo di quello in forme

9. Cfr. F. Merusi, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. III, Zanichelli, 1980, 156 ss.

10. Cfr. C. Buzzacchi, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, 39 ss., che richiama la pronuncia della Corte costituzionale n. 52/2010 volta a contenere l'uso degli strumenti finanziari derivati da parte di Regioni ed enti locali. La tutela del risparmio viene qualificata come rilevante interesse pubblico, associata alla stabilità dei mercati finanziari. Ne deriva che per la salvaguardia di quel valore è legittimo un penetrante sistema di vigilanza attribuito a Banca d'Italia e a CONSOB, non solo per gli operatori che seguono il modello pubblicistico, ma anche per quelli che operano sotto forma di società per azioni.

11. Cfr. F. Merusi, *Art. 47*, cit., 156 ss., il quale rileva che quella legge aveva razionalizzato i salvataggi bancari attuati dallo Stato negli anni Trenta, con la creazione dell'IRI. La stessa legge aveva sancito lo spostamento verso la mano pubblica di tutti i maggiori istituti bancari. L'art. 47 Cost. era dunque venuto a sancire la legittimità di questo oligopolio amministrato.

imprenditoriali, mediante l'esercizio del credito, con lo scopo di assicurare l'equilibrio tra il risparmio raccolto e il credito erogato, così da evitare le crisi bancarie che avevano costretto alla "politica dei salvataggi bancari". In sostanza, il risparmio viene tutelato incidentalmente mediante la tutela della stabilità del rapporto imprenditoriale "risparmio-credito"<sup>12</sup>.

Nel 1947 viene istituito il Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio, con la successiva concentrazione in capo alla Banca d'Italia sia delle funzioni di governo della moneta, sia delle funzioni di controllo e indirizzo sulle imprese bancarie, anche se non mancò chi si interrogò se questa concentrazione di poteri in capo alla Banca d'Italia fosse o meno coerente con il dettato dell'art. 47 Cost.

Riferendosi, tuttavia, quell'articolo alla "Repubblica", ovvero, allo "Stato-ordinamento", è evidente che qualsiasi soggetto pubblico, anche autonomo, avrebbe potuto essere collocato al vertice dell'ordinamento del credito e del risparmio<sup>13</sup>.

L'art. 47, secondo i contenuti qui riportati, ivi compreso l'equilibrio tra credito e risparmio, enuncia un principio al quale lo stesso legislatore deve ispirarsi, bilanciandolo con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, nell'esercizio del suo potere discrezionale, che incontra il solo limite della contraddizione del principio<sup>14</sup>.

L'equilibrio finanziario è un valore non solo per la finanza pubblica, già secondo l'originaria formulazione dell'art. 81 Cost.<sup>15</sup>, ma anche per le imprese erogatrici del credito, a salvaguardia del valore risparmio. Un valore che veniva direttamente tutelato dalla Costituzione, sottratto agli organi rappresentativi e agli istituti della democrazia diretta.

Sul piano soggettivo la tutela del risparmio viene a coincidere con la tutela del risparmiatore, inteso oggi come consumatore di prodotti e servizi bancari, finanziari e assicurativi.

Nella fase di costituzione del mercato comune europeo l'attività bancaria viene considerata come una qualsiasi altra attività imprenditoriale, nei confronti della quale applicare le libertà contemplate dai Trattati<sup>16</sup>. Mentre, significativamen-

12. *Ibidem*.

13. *Ibidem*.

14. Cfr. M. Giampieretti, *Art. 47*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, 2008, 474 ss.; Cfr. anche, Corte cost., sent. 143/1995 e 29/2002.

15. Già Einaudi interpretava l'art. 81 Cost. come l'indispensabile corollario logico dell'obbligo di tenere il bilancio in pareggio, anche se prevalse l'impostazione per cui quello si sarebbe limitato a disciplinare la procedura di adozione delle leggi di spesa; cfr. G. della Cananea, *Lex Fiscalis Europea*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2014, 7 ss.

16. Il che, anche se la Direttiva servizi (2006/123/CE) escludeva i servizi finanziari, proprio per le loro specificità. Non sono mancate comunque, discipline a tutela del consumatore di prodotti bancari, finanziari e assicurativi; cfr. C. Buzzacchi, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea*, cit., 74-75.

te, il risparmio non viene esplicitamente riconosciuto come bene a sé stante dal diritto dei Trattati.

Per la verità, non manca un'importante normativa – costituita prevalentemente da direttive – a tutela dei risparmiatori. Tuttavia, la mancata esplicita disciplina del risparmio trova ragion d'essere proprio nella logica del diritto dell'Unione Europea, ove assume rilevanza l'attore, non già il valore, ove il risparmiatore viene semplicemente considerato una tipologia di consumatore<sup>17</sup>.

Il risparmiatore, in quel contesto, viene tutelato in quanto consumatore di prodotti e servizi bancari, finanziari, creditizi e assicurativi, trovando così una significativa tutela nel ruolo istituzionale della BCE, di salvaguardia della stabilità dei prezzi e di conseguente controllo dell'inflazione<sup>18</sup>.

L'art. 47 Cost. è strettamente correlato all'art. 41 Cost. è evidente, infatti, che il c.d. “governo del credito” può sensibilmente influenzare le dinamiche economiche, orientando le attività imprenditoriali attraverso la concessione del credito<sup>19</sup>.

La Costituzione dispone che la competenza a determinare l'indirizzo economico materiale sia transitata nel Parlamento, che deve provvedervi con legge che “determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” (art. 41 Cost., comma 3 Cost.).

Come è noto, tuttavia, soprattutto a fare data dagli anni '90 le dinamiche economiche si sono orientate, su precisi impulsi istituzionali, soprattutto sovranazionali, lungo la direttrice della concorrenza.

Con la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, le materie “moneta”, “tutela del risparmio” e dei “mercati finanziari” divengono di competenza legislativa esclusiva dello Stato, unitamente alla materia “tutela della concorrenza”, ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 2, lett. e), mentre quelle relative a “Casse di risparmio, Casse rurali, Aziende di credito a carattere regionale”, nonché, “Enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale” confluiscono nella competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni, ex art. 117 Cost., comma 3.

L'attività bancaria, sia pubblica che privata, viene considerata come attività d'impresa, consistente nella raccolta del risparmio tra il pubblico e nell'esercizio

17. In argomento, cfr. più ampiamente, F. Pedrini, *Consumo, risparmio, finanza. Un'analisi costituzionale*, Giappichelli, 2019, 305 ss., che parla di protezione del consumatore finanziario “nel” mercato, “attraverso” il mercato e “dal” mercato.

18. Cfr. C. Buzzacchi, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea*, cit., 39 ss.; è noto come il fine principale della politica monetaria europea sia quello di controllare l'inflazione, attraverso vari strumenti, tra i quali, il tasso ufficiale di sconto. È del tutto evidente che questo “divieto di inflazione” incida indirettamente sulla tutela del risparmio.

19. Del resto, nella concezione fascista del 36/38 il credito veniva concepito come il principale strumento per dirigere l'economia.

del credito<sup>20</sup>. È bene tuttavia rimarcare che il controllo pubblico sul credito non comporta un'opzione sulla natura organizzativa dei soggetti che esercitano le relative funzioni. La contestualizzazione dell'art. 47 nella c.d. "Costituzione Economica" non esclude pertanto una privatizzazione degli Istituti di Credito, posto che, tra l'altro, seppur teoricamente, sarebbe sempre possibile la nazionalizzazione nei termini dell'art. 43 Cost., qualora ne ricorressero i presupposti<sup>21</sup>.

La finalità del "controllo" pubblico è infatti la tutela del risparmio e il conseguente orientamento degli investimenti nell'interesse generale, a prescindere dalla natura pubblica o privata dei soggetti che erogano il credito e gestiscono il risparmio. Ne deriva che queste imprese sono soggette anche all'art. 41 Cost., per quanto attiene ai profili dell'iniziativa economica e della concorrenza.

Così, la legislazione in materia ha imposto una progressiva liberalizzazione del mercato del credito, con conseguente maggiore apertura alla concorrenza interna ed europea. Il che ha determinato la previsione di una serie di limiti volti a garantire la stabilità del settore. Oltre agli obblighi di autorizzazione, controllo sull'attività, trasparenza e gestione delle crisi, si pensi alle numerose riforme, come quella del MIFID, o del BAIL-IN, ma soprattutto, si pensi al meccanismo di sorveglianza sovranazionale costituito dal SEBC – Sistema Europeo di Banche Centrali – e all'Unione Bancaria Europea<sup>22</sup>.

Le citate dinamiche hanno interessato anche le c.d. Banche popolari<sup>23</sup>, cosicché, fatte salve alcune limitate eccezioni, tutto il settore del credito e del risparmio, dunque, della finanza, è ora caratterizzato dall'imperativo europeo della concorrenza.

Quanto qui rilevato rende evidente che anche alle imprese bancarie si applica la disciplina "antitrust", dunque, oltre alle Autorità che tradizionalmente intervengono nel settore del credito e del risparmio, un ruolo rilevante non può non essere riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, naturalmente, non certo in funzione della salvaguardia diretta dei risparmiatori, ma in funzione della garanzia che i relativi mercati si conformino alle regole della concorrenza e della trasparenza.

20. Cfr. Corte cost. sent. 309/1988; Direttiva CE 2000/12 e Corte di Giustizia dell'UE, C-66/02 e C-148/04.

21. Cfr. M. Giampieretti, *Art. 47*, cit., 474 ss.

22. Sul quale si rinvia più ampiamente a: A.C. Visconti, *Banca Centrale Europea e sovranità economico-finanziaria*, BUP, 2023, 95 ss.; F. Salmoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria Europea e Costituzione*, CEDAM, 2019.

23. Cfr. Corte cost., sent. 287/2016, ove la Consulta ha giudicato ragionevole l'obbligo di trasformazione delle Banche Popolari in S.p.A. al ricorrere di determinate condizioni; Corte cost., sent. 99/2018 in tema di limitazione alla cessione di quote da parte degli azionisti, a seguito della trasformazione.

### 3. Il tentativo di perimetrare gli ambiti di competenza delle Autorità coinvolte in questioni economico/finanziarie

Gli anni Novanta conoscono l'implementazione del modello delle Autorità amministrative indipendenti. Tra queste, quella più rilevante, in quanto incaricata di svolgere una funzione trasversale, che impatta su tutti i mercati, è sicuramente l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, che esercita funzioni rilevanti anche nel settore economico/finanziario, soprattutto in considerazione del fatto che, con l'evoluzione dei mercati finanziari e l'abbandono dei tradizionali strumenti di risparmio, con conseguente implementazione degli strumenti di investimento azionario/obbligazionario, misti, ecc., il risparmiatore è sempre più diventato un "consumatore" di strumenti finanziari<sup>24</sup>.

Già da uno dei primi approcci al tema da parte dell'Autorità di garanzia della concorrenza e del mercato<sup>25</sup> è parso evidente che, per quanto il relativo intervento non possa che essere il più delle volte mediato e indiretto, in quanto volto principalmente a garantire le condizioni di concorrenzialità del mercato, non per questo sia meno efficace, proprio perché il rispetto di quelle regole costituisce un'esigenza prodromica al corretto svolgersi delle dinamiche di quel mercato<sup>26</sup>.

24. Cfr. al riguardo, G. Amato, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Laterza, 1998, 7 ss., il quale rileva che l'*Antitrust* viene da subito concepito "come uno strumento per combattere il potere economico privato". Ha il compito di "impedire a pochi di decidere del destino di molti". "L'inviolabilità della libertà individuale non lo permette". In Europa, tuttavia, "la lotta al potere privato in nome della libertà e dell'uguaglianza" genera non già una legge anti-monopoli, ma "lo statalismo (...)" il rafforzamento della presenza dello Stato nell'economia". Solo dal secondo dopoguerra, quando l'economia supera i confini degli Stati, si comprende che "lo statalismo non ha più senso", perché "lo sviluppo dell'economia non si ottiene difendendo le imprese dalla concorrenza, bensì facendole crescere tramite questa".

25. A mero titolo esemplificativo, una delle prime decisioni in argomento fu assunta con Provvedimento n. 6432 del 1998, nonostante il parere contrario dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, quando l'*Antitrust* deliberò che alcuni messaggi pubblicitari della Banca Mediolanum comparsi sul quotidiano *Il Foglio* costituissero una fattispecie di pubblicità ingannevole. La veste grafica degli stessi, la collocazione tra gli articoli del quotidiano e non già tra i messaggi pubblicitari, il fatto di essere preceduti dalla dizione "notizie Mediolanum a cura di Roberto Scippa", nel settore intitolato "*Piazza Affari*" faceva sì che "al consumatore/lettore non (fosse) immediatamente percepibile che in realtà tutti i redazionali hanno come denominatore comune il fatto di poter essere riferiti alla Banca Mediolanum".

26. Cfr. E. Picozza, *Il Diritto Pubblico dell'Economia nell'integrazione europea*, Carocci, 1998, che ha da subito compreso che le Autorità Amministrative indipendenti non erano semplici strutture amministrative, ma "i principali soggetti di governo dell'economia"; F. Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, 2020, 3 ss., il quale rileva che "lo Stato imprenditore, ritirandosi dal mercato, butta nella mischia un 'regolatore' il cui compito principale è assicurare il corretto funzionamento dei mercati rimessi all'iniziativa dei privati"; C.P. Guarini, *Contributo allo studio della regolazione 'indipendente' del mer-*

Giuliano Amato, nella sua esperienza di Presidente dell' *Antitrust*, ricorda di essersi pronunciato sulla posizione dominante di Mediobanca sul mercato dei servizi per la ristrutturazione di grandi imprese in difficoltà, rilevando che l'Autorità garante della concorrenza "non è un tribunale della storia, ma il giudice di vicende sufficientemente dimensionate". "Tutela il consumatore, prima ancora che il cittadino", ma quest'ultimo, "in quanto consumatore, ne trae enormi vantaggi". Il che vale anche per i mercati finanziari, posto che in generale, "la liberalizzazione che si è avuta in alcuni settori si è tradotta (...) in un abbassamento dei prezzi e in un miglioramento dei servizi"<sup>27</sup>.

### 3.1. *Dalla tutela dei soggetti alla tutela dei mercati*

Diviene pertanto necessario perimetrare le competenze in materia economico/finanziaria delle tre citate Autorità, *Antitrust*, CONSOB e Banca d'Italia, posto che, indubbiamente, le vicende che impattano sui risparmiatori incidono contestualmente e negativamente sulla corretta concorrenzialità del mercato dei prodotti finanziari.

In argomento, un punto di vista imprescindibile è il Parere reso dal Consiglio di Stato, n. 3999/2008, che ravvisa la specialità del settore finanziario e auspica tutele rafforzate per il risparmiatore, giustificando la prevalenza della normativa speciale contenuta nel TUF, con riguardo agli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, affermando il prevalente ruolo della CONSOB<sup>28</sup>.

Il che, tuttavia, non esclude un ruolo rilevante delle Autorità di garanzia, in particolare dell' *Antitrust*, soprattutto in considerazione della rapida evoluzione di questa tipologia di mercato.

All'inizio degli anni '90 le più accreditate ricerche in materia di attività finanziarie e controlli evidenziavano che "nell'area dell'investimento del pubblico risparmio si sono verificati" nei due decenni precedenti "mutamenti di grande rilievo"<sup>29</sup>.

*cato*, Cacucci, 2005, 254 ss., il quale rileva che dette Autorità "appaiono come organismi in grado di incarnare il punto di equilibrio tra politica ed economia; istituzioni, ad un tempo, sia dell'una che dell'altra, e, se si vuole, dell'una perché dell'altra".

27. Cfr., al riguardo, G. Amato, *Il gusto della libertà*, cit., 16 ss. Il quale ricorda che "Antitrust e liberalizzazioni (...) hanno un senso solo se il cittadino è pronto a esercitare la sua libertà, solo se egli si considera sovrano e non suddito in cerca di protezione".

28. Sul punto, cfr., più ampiamente, O. Pini, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o "consumatore di servizi finanziari". Un focus sul riparto fra CONSOB e AGCM in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 169 ss.

29. Così, cfr. G. Minervini, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Le attività finanziarie. I controlli*, il Mulino, 1990, 7 ss.

Se alla fine degli anni Settanta, era diffusa la denuncia degli eccessi dell'intermediazione bancaria, ai quali corrispondeva il continuo deperimento del mercato finanziario, nella metà degli anni Ottanta, quel ciclo conosce una radicale inversione. L'industria italiana, sospinta da idonei indirizzi di politica economica e sorretta dall'ausilio finanziario dello Stato, si ristruttura, e consegue un notevole grado di vitalità. Si allenta progressivamente il ricorso al credito bancario, in forza del ricorso diretto al mercato e alle famiglie. A quelle si rivolge anche lo Stato, per finanziare il proprio disavanzo crescente, al quale peraltro non è estraneo l'ausilio dato all'industria, se solo si pensa ai molteplici interventi statali nel mercato<sup>30</sup>.

Si realizzano, così, i fenomeni speculari della disintermediazione bancaria e della crescita del mercato finanziario. Si consolida il fenomeno per cui le famiglie non depositano più i propri risparmi presso le banche, per riceverne un reddito fisso, un interesse che in termini reali, al netto della svalutazione, spesso risulta addirittura negativo, ma preferiscono l'investimento sul mercato in titoli pubblici o privati, talora diretto, talora indiretto tramite intermediari finanziari.

Ne consegue che al sistema bancario le regole precedenti iniziano ad andare strette, avvertendo finalmente il fascino della libertà. Nuove regole occorrono invece per il mercato finanziario, tali da fronteggiare due *trends* di segno opposto, verso la deregulation bancaria e contemporaneamente verso la regolamentazione finanziaria<sup>31</sup>.

Dunque, l'intrinseca complessità che caratterizza oggi il mercato dei servizi finanziari e la peculiare rischiosità che si afferma per i relativi scambi, evidenziate soprattutto in occasione della crisi dei debiti sovrani, ha portato ad interrogarsi sulla possibilità di estendere a favore degli investitori non professionali la disciplina generale a tutela del consumatore, sulla base degli approdi ai quali è giunto il Diritti dell'Unione Europea. La disciplina consumeristica tanto europea quanto nazionale è di conseguenza pervasa da tendenze armonizzatrici, in funzione della massima garanzia, ma tende a stemperarsi in molteplici categorie settoriali, declinando le esigenze di tutela in base ai diversi contesti nei quali agiscono gli operatori economici<sup>32</sup>.

Pare oramai assodato che la tutela del consumatore di strumenti finanziari debba necessariamente muoversi lungo due direttrici tra loro strettamente connesse: "la prima volta a garantire la stabilità oggettiva del congegno economico e finanziario", la seconda "che appresti invece tutele nella forma di specifiche situazioni giuridiche soggettive alla parte debole del rapporto di consumo". Per quanto sia di grande interesse la "micro-dimensione personalistica dei diritti", è "sul-

30. *Ibidem.*

31. *Ibidem.*

32. Così, cfr. O. Pini, *La precettività del valore del risparmio*, cit., 169 ss.

la linea di intervento macro-economica” che ci si deve concentrare, ovvero, in quell’ambito ove operano le Autorità “preposte ad assicurare la salute del settore bancario e finanziario”<sup>33</sup>.

#### **4. Le garanzie di indipendenza: autonomia organizzativa e finanziaria funzionali alla concorrenzialità dei mercati**

Alla luce di quanto rilevato, è sicuramente importante sondare le garanzie che caratterizzano l’operare delle citate Autorità, in primo luogo per quanto attiene alle modalità di nomina dei relativi membri, che ha nel tempo conosciuto una sostanziale evoluzione, seppur rimanendo sempre di carattere, in senso lato, “politico”, con la garanzia di una larga convergenza tra le forze politiche sulle opzioni in campo, così da escludere scelte confinate nel circuito della maggioranza parlamentare.

È, tuttavia, evidente che, soprattutto nel settore che qui si indaga, gli aspetti più rilevanti riguardano l’autonomia organizzativa e quella finanziaria, che ha più di tutte conosciuto importanti svolgimenti, in considerazione del fatto che l’indipendenza di questi “poteri” deve essere assicurata non solo, e non tanto, dal circuito politico/rappresentativo, quanto nei confronti degli operatori economici, soprattutto se di importanti dimensioni, che possono tentare di condizionarne l’operato.

Sul finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti si è finanche generato un contenzioso amministrativo, che ha ben evidenziato come quello sia il “nervo scoperto” tra tutti i meccanismi volti ad assicurare autonomia e indipendenza alle *Authority*<sup>34</sup>. Proprio per quanto concerne l’Autorità di garanzia della concorrenza e del mercato si è pervenuti a un importante punto fermo alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, che consente di assicurare alla stessa autonomia dalla politica, ma soprattutto, per quanto qui interessa, dagli operatori la cui attività è sottoposta a controllo<sup>35</sup>.

33. Cfr. F. Pedrini, *Consumo, risparmio, finanza*, cit., 308 ss.

34. Sul quale si rinvia, più ampiamente, a G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 515 ss., che ricorda come la politica dei tagli lineari abbia determinato delle sperequazioni tra Autorità che potevano finanziarsi tramite il mercato di riferimento e Autorità completamente dipendenti da finanziamenti pubblici, imponendo un meccanismo perequativo a favore delle seconde. Meccanismo che ha generato un contenzioso amministrativo di fronte al TAR Lazio, con questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, quando l’AGCOM ha alzato al massimo l’aliquota contributiva, senza rispettare le condizioni poste dal Giudice europeo, con conseguente disapplicazione della normativa interna.

35. Cfr. Corte cost., sent. 269/2017. In quell’occasione, il giudice *a quo* censurava la disposizione che prevede, al fine di assicurare il funzionamento dell’AGCM, l’applicazione di contributi a



Concludendo sul ruolo costituzionalmente rilevante dell'AGCM, si ricordi che la stessa Consulta, nel momento in cui ne negava la natura di giudice a quo, rilevava che “la veste processuale di parte riflette (...) la natura del potere attribuito all'Autorità”, ovvero, “una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”. Al pari di tutte le amministrazioni, “è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (...), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97)”, come emerge con particolare evidenza dai “rilevanti poteri pararegolatori e consultivi” alla stessa attribuiti<sup>36</sup>.

Compiti che, come si è cercato di evidenziare, quell'Autorità può esercitare anche nel complesso mercato dei prodotti finanziari, assicurandone lo svolgimento secondo le regole della libera concorrenza.

carico dei soli imprenditori con fatturato superiore a 50 milioni di euro, con un limite massimo per tale contributo (non superiore a cento volte la misura minima), lamentando la violazione degli artt. 3 e 53, comma 1 e 2 Cost., in relazione ai principi di eguaglianza e capacità contributiva, per una serie di ragioni e, segnatamente, perché: “escluderebbe dall'obbligo di contribuzione i consumatori, le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici diversi dagli imprenditori; assoggetterebbe all'obbligo di contribuzione solo gli imprenditori con volume d'affari superiore a 50 milioni di euro; individuerebbe quale base imponibile una grandezza come il fatturato, da considerarsi inespessiva di capacità contributiva”. Inoltre, “prevedendo un limite massimo alla misura del contributo, introdurrebbe una imposizione regressiva a beneficio delle imprese di maggiori dimensioni, in spregio al principio di progressività dell'imposizione”. Ritenendo la Consulta ragionevole quel criterio di contribuzione, ha salvato il meccanismo di finanziamento dell'AGCM, assicurandone autonomia e indipendenza.

36. Cfr. Corte cost., sent. 13/2019.

# GIUSTO PROCEDIMENTO E GIUSTO PROCESSO: I PRINCIPI DELLA CEDU E IL LORO RAPPORTO CON LE TRADIZIONI COSTITUZIONALI NAZIONALI (RIFLESSIONI A MARGINE DEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI)

PAOLO MEZZANOTTE\*

SOMMARIO: – 1. Introduzione al tema. La questione della fungibilità tra tutele processuali e procedurali – 2. Rapporti tra procedimento e processo: modelli e basi teoriche – 3. I vincoli dell'ordinamento CEDU: problemi generali – 4. L'estensione della sfera della funzione giurisdizionale ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU – 5. La difficile costruzione di un regime dei procedimenti sanzionatori – 6. La *full jurisdiction* e i suoi nodi irrisolti: ripristino della centralità della giurisdizione o "sanatoria" delle carenze procedurali? – 7. Interrogativi a monte del sindacato giurisdizionale: l'incerta identificazione del "nocciolo duro" del diritto penale e le sue conseguenze sui limiti stessi della dottrina della *full jurisdiction*. Le discordanti indicazioni proprio in materia di vigilanza sui mercati finanziari – 8. Suggestioni derivanti dalle pronunce sul diritto al silenzio (ancora in tema di procedimento sanzionatorio CONSOB e Bankitalia) – 9. Brevi note conclusive.

## 1. Introduzione al tema. La questione della fungibilità tra tutele processuali e procedurali

L'idea di affidare compiti sanzionatori e aggiudicatori a soggetti non giurisdizionali risponde a esigenze funzionali note e dà luogo a interrogativi di squisito interesse pubblicistico.

Sotto un primo profilo, il legislatore, nazionale o sovranazionale, muove dall'assunto che la componente della specializzazione tecnica e quella dell'efficienza decisionale siano essenziali per la risoluzione di conflitti individuali e collettivi nell'ambito del governo di alcuni settori dell'economia, oltre che più idonee alla tutela dei diritti. Questi, affrancandosi dalle lungaggini processuali e dai connessi oneri economici, sarebbero infatti dotati di maggiore effettività<sup>1</sup>.

\* Sapienza Università di Roma.

1. Il pensiero corre ovviamente alle autorità indipendenti di garanzia e di regolazione dei settori economici e finanziari. La letteratura in tema è notoriamente vasta. Fra gli altri, si veda G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645

Le istanze così prospettate devono però convivere – e veniamo al secondo profilo – con principi costituzionali e ordinamentali che, sempre al fine di tutelare diritti individuali e interessi collettivi, postulano garanzie di tipo giurisdizionale. Queste attengono, da un lato, all'individuazione del soggetto che esercita la funzione e alla sua indipendenza – precostituzione del giudice, divieto di giudici speciali e straordinari, ecc.<sup>2</sup> – e dall'altro, come qui interessa, all'esercizio delle funzione stessa, ossia al procedimento.

In questa prospettiva, il grado di fungibilità tra la tutela giurisdizionale e quella offerta da soggetti e rimedi alternativi dipende proprio dall'idoneità delle garanzie procedurali inerenti a questi ultimi a far le veci del processo giurisdizionale. In questa valutazione bisogna tener conto del rispetto dei principi di giustizia procedurale necessari alla garanzia dei diritti; senza, però, impedire l'implementazione di quelle componenti di ordine funzionale che giustificano la stessa attrazione di competenze para-giurisdizionali in capo a soggetti specializzati e di natura soggettivamente amministrativa.

Valutazione difficile questa, che, con particolare riguardo ai profili pubblicistici, trova il suo precipuo campo di indagine nei procedimenti sanzionatori, con particolare riferimento, per quanto qui interessa, a quelli che si svolgono presso la CONSOB e la Banca d'Italia, ma con attenzione rivolta, potenzialmente, a ogni organo amministrativo, nazionale o sovranazionale, che eserciti poteri sanzionatori di un certo rilievo per la sfera soggettiva di persone fisiche o giuridiche.

## 2. Rapporti tra procedimento e processo: modelli e basi teoriche

Il tema del rapporto tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale ha coinvolto, nella sua complessità, riflessioni di diritto amministrativo, processuale, teoria generale.

Sulla scorta di autorevoli insegnamenti, in dottrina si conviene che, a seconda

ss.; S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, 2000; L. Gianì, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, 2002; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, 2006; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2004; M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, 1994; Id., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, 1997; Id., *Le autorità indipendenti*, Laterza, 2007; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, il Mulino, 2000; A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, 1997; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, 2007.

2. Si veda rispettivamente artt. 25, comma I, Cost.; art. 102, comma II, Cost. Si rinvia ai contributi tematici agli appositi Capitoli del volume.

del momento storico e dell'ordinamento giuridico, il procedimento amministrativo può dar luogo a tre tipi di rapporto rispetto al processo giurisdizionale.

In un primo modello, tipico della tradizione giuridica di stampo continentale, amministrazione e giurisdizione sono poste su di un piano di reciproca alterità. L'azione amministrativa è il luogo dove si persegue il pubblico interesse; e lo si persegue in maniera unilaterale, oltre che autoritativa. Gli interessi privati che entrino in conflitto con il pubblico potere, essendo subordinati al primo, godono in seno al procedimento amministrativo di tutele limitate – quando non proprio assenti. Il momento della garanzia dei diritti del cittadino è interamente demandato alla giurisdizione, nell'ambito della quale trovano spazio le tipiche tutele processuali<sup>3</sup>.

Tale modello è riscontrabile per parte consistente della storia italiana fin dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, per proseguire, “a stretto giro”, con il progressivo sviluppo delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. In questo contesto, il momento della tutela dei diritti e degli interessi del cittadino era confinato alla sfera giurisdizionale, mentre gli affari di attribuzione dell'amministrazione erano gestiti con moduli procedurali dalla scarsa, o quantomeno incerta, portata garantista.

Una significativa e generale correzione di rotta si rinviene solo a partire dall'introduzione della legge n. 241 del 1990. Questa, nel codificare i tratti fondamentali del giusto procedimento amministrativo, incentrati sugli istituti della partecipazione dei soggetti interessati, ha reso possibile una parziale anticipazione in sede amministrativa di alcuni elementi di giustizia procedurale fino ad allora confinati alla sfera della giurisdizione. Così, si è progressivamente instaurato un nuovo rapporto tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, che in dottrina è comunemente definito di complementarietà.

3. Cfr. M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, 1996, 1430 ss. A proposito della sostanziale estraneità del modello amministrativo paragiurisdizionale rispetto alla tradizione giuridica di stampo continentale, cfr. *ivi*, *passim*; M. D'Alberty, *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, 1992, 17; S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, *Il procedimento*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007, 107 ss. Per ampi riferimenti storico-comparativi, si rinvia inoltre a S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo*, in *Id.* (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I tomo, in *Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, 2003; nonché a L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, 2003. Ai fini della differenziazione tra i modelli di diritto amministrativo di stampo continentale e modelli anglosassoni, esercita ancora influenza e fascino l'opera di V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, il Mulino, 2003, 279 ss., nonché, per il *coté* continentale, quella di M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933, *passim*. Attorno alla tradizione autoritaria del diritto amministrativo francese e dei suoi principi costituzionali, si veda ovviamente A. de Tocqueville, *L'Antico Regime e la Rivoluzione* (1856), BUR, 2006. In particolare, cfr. 71 ss.; 91 ss.; 97 ss.

In questo nuovo assetto, amministrazione e giurisdizione continuano a essere distinte nelle rispettive attribuzioni costituzionali, anche se la prima viene integrata da istituti processuali che ne arricchiscono l'originaria funzione, volta univocamente al perseguimento del pubblico interesse, con l'anticipazione di garanzie di giustizia. Ora la tutela del soggetto privato può svolgersi sia nel procedimento amministrativo che, più pienamente, nel processo giurisdizionale, dando luogo a un *continuum* in cui la giustizia procedimentale si salda con la tutela in sede giudiziaria.

In questo modo, il sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, garantito costituzionalmente agli artt. 113 e 24, si rinforza nella sua effettività, giacché può giovare delle risultanze già acquisite di un'istruttoria procedimentale aperta e partecipata, che aumentano, all'evidenza, le sue capacità cognitive<sup>4</sup>. È questo il modello instauratosi, sebbene con le rispettive differenze, con l'evoluzione dell'ordinamento italiano, francese, tedesco, per i quali i principi costituzionali in tema di tutele amministrative restano comunque visibilmente incentrati sull'elemento giurisdizionale<sup>5</sup>.

Infine, procedimento e processo possono dar luogo a una relazione per la quale il primo si presenta come strumento potenzialmente alternativo al secondo. Come si può intuire dalla stessa dizione letterale, questo tipo di relazione presenta aspetti di vivo interesse ai fini della presente esposizione. In via generale, infatti, può dirsi che il rapporto di alternatività intercorre quando, per l'ordinamento, un procedimento amministrativo è suscettibile di sostituirsi alla giurisdizione, integralmente o quasi. Ciò si verifica per lo più quando la disciplina del procedimento amministrativo è reputata sostanzialmente in grado di assicurare quelle esigenze di giustizia che comunemente integrano la principale funzione del processo giurisdizionale<sup>6</sup>.

A queste condizioni, il sindacato giurisdizionale può svolgersi in maniera meno penetrante o, al limite, addirittura mancare. Nelle esperienze in cui il procedimento è particolarmente ritagliato sul modello giustiziale, come, tradizionalmente, quella austriaca e quella statunitense, talvolta il procedimento stesso assume quasi le sembianze di un primo grado di giudizio, rispetto al quale il compito della giurisdizione è limitato ai profili di stretta legittimità<sup>7</sup>.

4. Cfr. M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., 1435 ss.

5. Ivi, 1433 ss.

6. Per una sintetica ricostruzione dei tre modelli, parzialmente succedutisi nella storia italiana, di rapporto tra procedimento e processo, si veda anche G. Sala, *Giusto procedimento e giusto processo*, in *Amministrare*, n. 2/2018, 285 ss.

7. Soprattutto l'esperienza statunitense del *due process of law* ha esercitato una forte attrazione culturale per la sua stretta connessione con l'eredità premoderna che vede l'amministrazione come parte della giurisdizione. Cfr., per tutti, L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministra-*

In un quadro sinottico dei vari modelli, può essere evidenziato, generalmente, un rapporto di proporzionalità inversa fra le tutele procedimentali e processuali. Più, infatti, il sistema costituzionale richiede la conformazione del procedimento amministrativo su quella del processo, meno pressante sarà l'esigenza di un sindacato pieno sui fatti oggetto dell'azione amministrativa e sulla ricostruzione che ne dà l'amministrazione. È vero, però, anche il reciproco: più la costituzione ancora la giustizia amministrativa al momento della giurisdizione, meno il procedimento amministrativo avrà modo e necessità di smorzare la sua originaria carica di autorità. Per lungo tempo, poi, il modello italiano è stato reputato da molti come lacunoso sia dal punto di vista della tutela procedimentale, sia da quello di una piena ed effettiva garanzia giurisdizionale. Come si vedrà proprio a proposito di alcuni profili di compatibilità con il sistema CEDU, le propaggini di questa eredità storico culturale, malgrado gli indubbi progressi sia sull'uno che sull'altro versante, riecheggiano anche in alcuni tratti salienti dell'esperienza più recente<sup>8</sup>.

Queste ricostruzioni sottendono più ampi scenari speculativi, concernenti la definizione, sul piano della teoria generale, del *proprium* del processo rispetto alla nozione di procedimento.

In sintesi, può dirsi che la categoria del processo può essere considerata come una specie del genere procedimento. Quest'ultimo infatti, come da celebre defini-

*tivo*, Laterza, 2003, 36 ss. Per riferimenti più specifici al *due process of law* nel diritto costituzionale statunitense, chiaramente con riferimento al procedimento amministrativo, si veda S. Breyer *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, Aspen Law & Business, 2006, 605 ss.; L. Barra Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*, Giappichelli, 1997. Con specifico riguardo al collegamento tra la *due process* e la storia medievale inglese, cfr. E.D. Re, *Due process of law*, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, 1989, 1 ss. Per un approccio costituzionalistico, si veda G. Bognetti, *Dalla rule of law allo stato amministrativo*, parte II, in *Jus*, n. 1/1987, 11 ss. Con riferimento alle peculiarità dell'esperienza austriaca, specie in relazione all'equiparazione tra amministrazione e giurisdizione, ma nell'ambito della teoria gradualistica dell'ordinamento giuridico, si veda H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato* (1923), in *Id.*, *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, 1982, 83 ss., 94 ss.; *Id.*, *Giurisdizione e amministrazione*, in *Id.*, *Il primato del Parlamento*, cit., 123 ss. Con riferimento al modello austriaco, si veda anche le pregnanti osservazioni di F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, 1970, 596 ss. Per approfondimenti comparativi sulle esperienze europee e d'Oltreoceano, si veda A. Massera (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Jovene, 2007, 11 ss.

8. Cfr. *infra*, § 6, a proposito del dibattito sulla sufficienza o meno del sindacato sull'eccesso di potere, sia pure declinato in maniera più penetrante, a integrare i requisiti della giurisdizione piena su fatto e diritto, necessaria, secondo la Corte EDU, per compensare *ex post* le deficienze del procedimento amministrativo sotto il profilo delle tutele giustiziali. Emblematico, sul punto, il caso *Menarini c. Italia*, su cui si veda *infra*, § cit. Sul tema delle carenze originarie dell'intero sistema di giustizia amministrativa in Italia, sia sotto il profilo procedimentale che processuale, si veda ampiamente F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, cit., 599 ss.

zione, è la forma giuridica in cui si manifesta qualsiasi funzione pubblica, sia essa giurisdizionale, amministrativa, legislativa. All'interno di questa macro-categoria, definibile come procedimento in senso lato, si distinguono il procedimento in senso stretto e, per l'appunto, il processo<sup>9</sup>.

Il primo si contraddistingue per l'unilateralità. Ciò vale a dire che tutti i suoi atti sono posti in essere dal soggetto titolare di poteri decisori; ovvero, dove intervengano altri soggetti, come nei procedimenti complessi, questi non esprimono una vera alterità di interessi e la loro partecipazione si realizza per lo più in forme collaborative e non dialettiche. Si ha processo, invece, quando partecipano all'esercizio della funzione, in tutte o alcune delle sue fasi, anche i destinatari dell'atto amministrativo, e vi partecipano secondo lo schema del contraddittorio<sup>10</sup>.

Ciò che interessa sottolineare è che, in questa prospettiva, procedimento e processo non sono moduli necessariamente legati all'esercizio di una data funzione, ma sono categorie di teoria generale. In particolare il processo, sebbene contraddistingua normalmente la giurisdizione, può essere esteso nei suoi istituti portanti anche ad altri organi dello stato e, nella specie, all'amministrazione. Così è avvenuto, sebbene in parte, con la legge n. 241/90. Questa, nel codificare gli istituti essenziali del c.d. giusto procedimento, ha di fatto esteso a quest'ultimo alcune delle modalità funzionali proprie del processo<sup>11</sup>.

9. Quasi superfluo, qui, il richiamo al classico di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, 118 ss.

10. Di conseguenza, la dottrina specifica che la "mera" partecipazione del soggetto privato all'esercizio della funzione non è sufficiente perché il procedimento amministrativo si comporti come un processo: occorre ulteriormente che la partecipazione acquisti una struttura dialettica, dando vita a un vero e proprio contraddittorio. Cfr. E. Fazzalari, *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, 1986 826 ss. Da tale assunto può dedursi, ad esempio, che il "diritto di essere ascoltati" di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo in Italia comporta bensì delle contaminazioni del procedimento amministrativo con elementi partecipativi, tali da modellare l'azione amministrativa secondo i canoni di un procedimento giusto; ma non lo rende pienamente sovrapponibile allo schema del processo. Non a caso, a proposito del procedimento amministrativo nostrano, si parla di continuità con il sindacato giurisdizionale, piuttosto che di alternatività. Quanto detto non significa che, perché si abbia processo, il decisore debba essere terzo rispetto al contraddittorio; significa, però, che, nell'istruttoria, il destinatario dell'atto abbia i poteri processuali necessari per potersi confrontare con il decisore, in quella fase, su un piano di parità. È evidente come, attraverso l'obbligo che grava sul decisore di tener conto di quanto emerso nel procedimento, la spendita di poteri propriamente processuali nella fase prodromica possa influire concretamente sulla decisione (ivi, 827 ss.). Peraltro, nella ricostruzione del Benvenuti, i requisiti perché si abbia processo anziché procedimento in senso stretto paiono essere meno stringenti. Infatti, in questa seconda prospettiva, intrisa di elementi propri della cultura giuridica amministrativistica, perché si abbia processo non rileva tanto l'atteggiarsi della partecipazione secondo i canoni del contraddittorio, quanto la circostanza che il decisore e il partecipante siano portatori di *interessi diversi*. Cfr. F. Benvenuti, *Funzione amministrativa*, cit., *passim*.

11. Cfr. E. Fazzalari, *Procedimento (teoria generale)*, cit., 821, per cui il processo non è esclu-

Può esserci, dunque, processo anche nell'amministrazione e al di fuori della giurisdizione. Allo stesso modo, lo "slittamento funzionale" può avvenire nel verso opposto: può esserci procedimento in senso stretto al di fuori dell'amministrazione e segnatamente davanti al giudice – i procedimenti di volontaria giurisdizione e quelli ispirati al modello inquisitorio costituiscono un esempio, sia pure parziale, di questo fenomeno. Procedendo ancor più dal particolare al generale si può dire che tali evenienze non rappresentano altro che concretizzazioni, sul piano dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, di una più universale dicotomia, comunemente conosciuta come "formale-sostanziale". La dicotomia, antica quasi quanto la giuspubblicistica moderna, entra in gioco ogni qual volta, per la complessità e il pluralismo istituzionale, si tratti di affrontare il problema dell'esercizio da parte di un organo o soggetto pubblico di una funzione che, almeno sulla base di una visione tradizionale del principio della separazione dei poteri, pertiene astrattamente ad altro organo o soggetto<sup>12</sup>.

Infine, sullo sfondo di queste rappresentazioni – a chiudere la premessa teorica – sta la proverbiale ricostruzione kelseniana, per la quale esistono due sole funzioni pubbliche fondamentali: quella normativa (*legis latio*) e quella esecutiva dei precetti normativi (*legis executio*). Nell'ambito della teoria normativista, amministrazione e giurisdizione, poste sullo stesso livello della scala gerarchica lungo la quale l'ordinamento conosce la sua implementazione, sono entrambe funzioni di esecuzione-applicazione della legge e tra di esse non corre alcuna differenza ontologica. Lo stesso utilizzo di poteri discrezionali non costituisce criterio sufficiente di differenziazione in quanto, nella prospettiva della teoria pura, a ogni livello della piramide gerarchica, anche quello dell'esecuzione dei precetti normativi, è coesistente un margine di creatività, più o meno esteso a seconda dei casi, il cui esercizio è frutto di un processo volitivo e non solo strettamente ricognitivo. Sicché, a tutto concedere, possono darsi differenze solo quantitative nella disposizione di poteri discrezionali, che dipendono dall'ampiezza di apprezzamento che la cornice normativa lascia rispettivamente agli organi preposti all'esecuzione. In

sivo della giustizia, sebbene "è uno schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e così, appunto, in quello della pubblica amministrazione".

12. La distinzione formale-sostanziale, come si sa, si è profilata nella storia del costituzionalismo con riferimento alla legge, onde distinguere le leggi volte all'adempimento della loro funzione più tipica, ossia la regolazione generale e astratta, dalla vasta ed eterogenea moltitudine di atti formalmente legislativi recanti un contenuto amministrativo o comunque non normativo in senso classico, come le leggi di bilancio, le c.d. leggi provvedimento, l'autorizzazione alla ratifica dei trattati, ecc. Per una panoramica generale, cfr. A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, 185 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, CEDAM, 1991, 342 ss.; si veda ampiamente V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II.1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, CEDAM, 1993, 74 ss.



questo modello, il problema della separazione dei poteri è evidentemente risolto sul nascere, così come quello, intimamente legato al primo, dell'esercizio di poteri discrezionali da parte di organi della giurisdizione<sup>13</sup>.

### 3. I vincoli dell'ordinamento CEDU: problemi generali

Tali assunti teorici, che per definizione intendono descrivere "l'essere" del fenomeno giuridico astraendolo, per quanto possibile, dai valori storico-positivi, vanno poi misurati, ai nostri fini, con il "dover essere" che promana dai principi e dalle regole che, invece, positivamente definiscono le funzioni pubbliche e pretendono di conformarle e distinguerle l'una dall'altra. Per calare la questione nei rapporti fra procedimento e processo, è indispensabile confrontarsi con i vincoli di derivazione costituzionale e, prima, con quelli derivanti dalla CEDU. Questi ultimi, infatti, influiscono sull'interpretazione della Carta repubblicana, hanno positiva vigenza anche entro l'ordinamento nazionale attraverso meccanismi ormai noti e, quanto al tema di interesse, hanno conosciuto un'elaborazione già piuttosto sedimentata.

Orbene, sotto il profilo del diritto positivo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha anzitutto evidenziato le condizioni per le quali le disposizioni CEDU in materia di giurisdizione, in particolare la nozione di tribunale, possono applicarsi anche ai procedimenti amministrativi – con particolare riguardo, ai nostri fini, alle attività sanzionatorie, in ragione degli effetti che producono sulla sfera giuridica dei soggetti.

Ulteriormente, ha fornito alcune risposte in merito ai termini in cui le stesse attività amministrative possono addirittura fare le veci della giurisdizione fino al limite di poterla sostituire. Tale interrogativo evoca, come si capisce, il tema centrale della trasposizione delle tutele processuali in seno al procedimento amministrativo. In concreto, sempre ai nostri fini, la questione ha ad oggetto il livello di garanzie processuali richiesto dall'ordinamento CEDU nel procedimento sanzionatorio.

13. Cfr. H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato*, in Id., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, 1982, 83 ss., 94 ss.; Id., *Giurisdizione e amministrazione*, in Id., *Il primato del Parlamento*, cit., 123 ss. Il tema del rapporto tra procedimento e processo non ha mai cessato di destare vivo interesse nella dottrina. Fra i contributi più recenti, si segnala, in via generale, Bellavista, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, 596 ss.; L. Buffoni, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Jovene, 2012, 28 ss.; Ead., *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2009, 277 ss.; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, Giappichelli, 2016, 34 ss.; G. Sala, *Giusto procedimento e giusto processo*, cit., 285 ss.

In terzo luogo, la Corte europea, con una giurisprudenza ormai nutrita, si è occupata di vagliare anche l'opzione inversa, ossia la possibilità e i limiti di una sostituzione delle valutazioni del giudice a quelle dell'organo amministrativo competente in prima battuta, specie quando sia in gioco la spendita di poteri discrezionali, in senso stretto o in senso lato. Riemerge qui, all'evidenza, il principio della separazione dei poteri e i limiti che ne derivano sul piano dello slittamento dall'amministrazione verso la giurisdizione di potestà discrezionali, ovvero, più spesso, di specifiche competenze in ordine a valutazioni tecnicamente complesse.

Emergono, in questa sede, anche le limitazioni cui deve andar soggetto lo stesso principio della separazione dei poteri. Questo ha da essere infatti temperato con l'esigenza di una piena tutela dei diritti, particolarmente avvertita, com'è ovvio, nell'ambito dell'ordinamento CEDU. Si pone dunque all'attenzione la maggiore o minore intensità con la quale al giudice nazionale è consentito incidere su decisioni amministrative che recano profili di discrezionalità tecnica o di discrezionalità *tout court*.

A seconda delle risposte fornite dalla CEDU a ciascuna delle questioni rappresentate qui sopra, si può tentare di abbozzare una ricostruzione del regime dei rapporti tra procedimento e processo. Le posizioni della giurisprudenza, spesso ritagliate sul caso concreto, non sono sempre univoche. Pertanto, a motivo di maggiore chiarezza, è previamente opportuno predisporre una "griglia" generale delle possibilità che la Corte EDU ha dovuto vagliare nel susseguirsi delle varie tipologie di fattispecie sottoposte al suo scrutinio.

L'elenco tende a ricalcare in parte quello delle alternative sopra esposte in linea di teoria generale e di riferimenti comparativi, sempre con l'avvertenza che, in questa sede, trattasi di fattispecie positivamente sottoposte al vaglio della Corte EDU e da questa trattate sulla stretta base dei principi dell'ordinamento convenzionale.

Anzitutto, come sopra accennato, la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi sui requisiti per i quali il procedimento può validamente prestarsi come alternativa al processo; ciò che può fare, in estrema sintesi, quando da questo ripete i principali istituti che ne connotano la struttura garantista. Per fare le veci del giusto processo, il procedimento amministrativo deve cioè "diventare processo" anch'esso.

In mancanza di tali presupposti, ossia quando il procedimento amministrativo manca di uno o più elementi considerati non derogabili ai fini della realizzazione del giusto processo o, comunque, non li garantisce a un livello e con un'intensità considerati sufficienti dall'ordinamento, si rende necessaria una fase giurisdizionale a carattere complementare o, addirittura, sostitutivo. In un contesto siffatto, il successivo controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa assume i connotati di una compensazione *ex post*. Si realizza, così, un rapporto complementare

tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale L'ideoneità di questo a soddisfare alle istanze della giustizia e della tutela dei diritti è proporzionale al potere, istituzionalmente conferito al giudice, di penetrare nelle valutazioni amministrative, riportandole alla luce nel processo in un contesto di contraddittorio pieno e di effettiva parità delle armi fra amministrazione e cittadino.

Diversamente, il recupero in sede giurisdizionale dei diritti di contraddittorio, delle condizioni di indipendenza e imparzialità del decisore e di tutti gli altri elementi che compongono il giusto processo non avrebbe molto senso laddove, in seno al processo medesimo, venisse limitato in maniera sostanziale il sindacato sulle valutazioni amministrative. È evidente che, nell'eventualità da ultimo paventata, parte rilevante dell'oggetto della decisione, che incide sui diritti del privato, rischierebbe di essere determinata nel procedimento amministrativo in assenza di garanzie adeguate e sottratta, altresì, al contraddittorio processuale in virtù delle limitazioni al sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa o tecnica. Tale ipotesi è certamente problematica visto che, in questo genere di fattispecie, il *continuum* procedimento-processo non realizza appieno, né prima né dopo, i requisiti del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU – che peraltro trovano riscontro, come noto, nell'art. 111 Cost. e negli artt. 47 e 48 CDFUE.

Non è questa, tuttavia, l'unica possibile "zona d'ombra" per le tutele del privato – e veniamo alla quarta e ultima ipotesi, forse quella che, come si vedrà, racchiude gli elementi di maggiore incertezza e che più interessa in questa sede. È possibile, infatti, che il sindacato giurisdizionale, pure quando estremamente penetrante e garantista e quindi pienamente idoneo a compensare carenze del procedimento amministrativo, si mostri, comunque e *a priori*, insufficiente a porre rimedio alla situazione concretamente prodottasi *medio tempore* nella sfera giuridica e di interessi del privato. Questi infatti, prima di ottenere giustizia, può vedere compressi i suoi diritti – patrimoniali o addirittura personali – da un provvedimento preso in assenza di contraddittorio o di altre garanzie inerenti al giusto processo, con effetti che concretamente vengono a stabilizzarsi in capo alla sua persona e, in definitiva, con la conseguenza di venir privato del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

Quest'ultimo aspetto mette capo a diversi interrogativi in ordine agli strumenti finalizzati a propiziare la tutela effettiva. Tra questi, vanno certo menzionati gli strumenti cautelari, così come, a monte di questa, il problema della stessa esecutorietà degli atti della pubblica amministrazione e dei suoi eventuali limiti, problema tanto più serio ove riguardi provvedimenti sanzionatori potenzialmente dotati di un alto grado di afflittività. Soprattutto, la dottrina è indotta a interrogarsi sulla reale fungibilità delle stesse garanzie del privato in seno al procedimento amministrativo; a chiedersi, in altri termini, se la tutela effettiva dei diritti del privato non necessiti, almeno in determinati casi, di un'estensione tendenzial-

mente piena delle garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa, senza possibilità di deroghe più o meno compensabili, magari in maniera tardiva, nel giudizio di impugnazione<sup>14</sup>.

In quest'ultimo caso, evidentemente, si ritorna al paradigma dell'alternatività tra procedimento e processo, ma per soddisfare a istanze parzialmente diverse rispetto a quelle sottese all'ipotesi cui si è accennato sopra. In quel caso, infatti, il procedimento amministrativo è rappresentato come potenzialmente fungibile rispetto al successivo ed eventuale processo di impugnazione. In altri termini, in quella ipotesi il procedimento è considerato sotto il profilo della sussistenza delle condizioni per le quali esso *può* fare le veci del processo, rendendo meno pressante l'esigenza di un penetrante sindacato giurisdizionale per essere già stato realizzato, di fatto, un giusto processo in seno all'amministrazione.

Nel caso di specie, invece, non vi è alcuna fungibilità tra il prima e il dopo. In questa prospettiva, il procedimento amministrativo *deve* essere connotato in senso giustiziale, di per sé e a prescindere dal livello di tutela eventualmente offerto dalla fase dell'impugnazione in giudizio.

Come potrà osservarsi nei paragrafi seguenti, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è più complessa di quanto non appaia, in quanto oscilla, a seconda dei casi, fra l'una e l'altra delle variabili poc'anzi descritte. Soprattutto l'ultima questione è tuttora oggetto di dibattito. Sicché, anche in dottrina, le opzioni ricostruttive non sono sempre concordi tra loro.

#### **4. L'estensione della sfera della funzione giurisdizionale ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU**

Per la sua cifra anagrafica, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contempla in via generale diritti del cittadino in seno all'azione amministrativa. Sono previsti, come si sa, puntuali diritti processuali, che a loro volta si compongono nel più generale diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione<sup>15</sup>. Il riferimento alla sola giurisdizione si evince anche dal tenore letterale del disposto, ad esempio dal riferimento a un "tribunale indipendente e imparziale il quale sia chiamato a giudicare sulle controversie (...) di carattere civile o sulla fondatezza di un'accusa penale"<sup>16</sup>.

14. Cfr. *infra*, § 7.

15. I contenuti dell'equo processo di cui all'art. 6 sono noti. Ai nostri fini possono brevemente ricordarsi i requisiti di indipendenza e imparzialità del giudice, la pubblicità del procedimento, il contraddittorio su prove e testimonianze, la difesa legale, l'informativa del processo a proprio carico.

16. Espressamente a proposito della mancanza, all'origine, di autonoma rilevanza del diritto amministrativo per l'ordinamento CEDU, *ex plurimis*, A. Carbone, *Il contraddittorio procedi-*

Quindi, pur essendo uno dei luoghi in cui i diritti del cittadino possono subire limitazioni, di per sé l'azione amministrativa non è coperta letteralmente dall'art. 6 CEDU. In questo, il diritto CEDU riflette un approccio tradizionale al tema delle garanzie, fondato sul ruolo assorbente della tutela giurisdizionale.

Con il tempo, però, la giurisprudenza ha avuto modo di calibrare un'interpretazione attualizzante ed estensiva dell'art. 6 della CEDU, nei termini di cui si dirà poco appresso. Principalmente due sono le ragioni sottese all'evoluzione giurisprudenziale, di cui una a carattere, per così dire, sistemico, in quanto legata alla configurazione complessiva della CEDU come strumento di tutela dei diritti; mentre l'altra motivazione è più legata alla concretezza dei processi istituzionali degli stati membri.

Sotto il primo aspetto, va ricordato, a costo di dire un'ovvietà, che il punto di osservazione da cui muove ogni enunciato della CEDU è, per definizione, quello dei diritti. In questa prospettiva, se al centro del sistema è la protezione dei diritti sostanziali, la questione se la compressione di un diritto provenga da un giudice piuttosto che da un'autorità amministrativa è suscettibile di veder relativizzata la sua importanza. Lo stesso equo processo è contemplato nell'art. 6 come una complessiva posizione sostanziale del privato, che poi si sfrangia in diversi diritti a carattere processuale. Il *coté* istituzionale, quello che guarda al potere e al suo funzionamento, è certo sussistente – basti pensare alla posizione di indipendenza e imparzialità del tribunale – ma si colloca più sullo sfondo o, meglio, è la risultante della proclamazione dell'equo processo come diritto della persona e, a monte, dei diritti sostanziali che vengono tutelati per suo tramite.

La filosofia della CEDU si capisce ancor meglio se raffrontata con la configurazione del giusto processo nella Costituzione italiana, che non è un diritto soggettivo, bensì, prima di tutto, un principio di diritto obbiettivo concernente il corretto funzionamento della giurisdizione<sup>17</sup>. Per vero, le ricadute sulla tutela del privato sono evidenti, così come evidente è il nesso sistematico che lega l'art. 111 Cost. con il diritto inviolabile di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost. Tuttavia, è un fatto che il principio del giusto processo è collocato fra le norme sulla giurisdizione – Parte II, Titolo IV – ciò che ne rende più ardua l'estensione analogica da parte della giurisprudenza costituzionale<sup>18</sup>.

*mentale. Diritto nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Giappichelli, 2016, 110 ss.; F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.* n. 3/2013, 685.

17. Così, fra gli altri, M. Cecchetti, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. V, Giuffrè, 2001, 595 ss., in particolare 610 ss.

18. Pertanto, non è casuale che, anche dopo la codificazione del giusto processo all'interno dell'art. 111, la giurisprudenza della Corte fa ancora perno sul diritto inviolabile di difesa di cui

Con riguardo alla CEDU, invece, la strumentalità delle forme procedurali alla garanzia dei diritti è talmente immediata da far prediligere la sostanza sulle forme. La centralità dei diritti, quale che sia la natura istituzionale del soggetto giudicante nel sistema dei poteri dello stato, facilita il trasferimento delle forme tipiche della giurisdizione all'azione di organi di diritto pubblico qualificati come soggettivamente amministrativi.

Così, va rimarcata quella giurisprudenza ormai consolidata che, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione, coraggiosamente ha esteso la nozione di "tribunale" ivi contemplata fino a ricomprendervi, tendenzialmente, ogni soggetto dotato del potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica individuale – quindi, in buona sostanza, organi e autorità amministrativi<sup>19</sup>.

La nozione di tribunale, così, non è circoscritta a organi facenti parte del potere giudiziario, e tantomeno a organi che già godano della posizione di indipendenza e imparzialità tipiche del giudice<sup>20</sup>. In ogni caso, la giurisprudenza CEDU è stata particolarmente coraggiosa perché ha conferito un'estensione massima alla fattispecie "tribunale", ben oltre il suo tenore letterale e ben oltre la cerchia degli organi formalmente tributari della qualifica di giudice alla stregua dei singoli ordinamenti nazionali<sup>21</sup>.

Secondo parte della dottrina, in una simile equiparazione funzionale tra am-

all'art. 24, cioè sostanzialmente su un diritto soggettivo, per estendere tutele quasi-giurisdizionali alle fattispecie di diritto amministrativo nelle quali se ne palesi la particolare necessità. In tema, con accenti più ottimistici, di veda L. Buffoni, *Processo e pluralismo*, cit., 233 ss.

19. Cfr., *ex multis*, Corte EDU, *Olujc v. Croatia*, 5 febbraio 2009. In tema, cfr. M. Allena, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e amministrazione*, n. 2/2018, 27 ss.; Ead., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale scientifica, 2012, 47 ss. Sul punto, si veda anche A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 124 ss.

20. Fra l'altro, è opportuno precisare che l'obbligo del rispetto dei requisiti di imparzialità e indipendenza, prescritto dall'art. 6 CEDU, è conseguenza normativa della previa qualifica dell'organo come tribunale e non può essere considerato, invece, come condizione per la qualifica stessa. Questa inversione logica porterebbe al paradosso di rendere inapplicabile l'art. 6 a organi, magari anche formalmente giurisdizionali, che presentassero qualche lacuna proprio sotto il profilo dell'indipendenza, ossia si negherebbe l'applicazione dell'art. 6 proprio in quelle fattispecie in cui se ne ravvisi il maggiore bisogno. Ciò vale a dire che le garanzie di indipendenza e imparzialità discendono, come conseguenza giuridica obbligatoria ex art. 6 CEDU, dalla qualificazione dell'autorità procedente come tribunale, e non vice versa. Cfr. F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali*, cit., 687.

21. Per una sintesi efficace ed esaustiva dei termini dell'estensione dell'art. 6 CEDU, cfr. L. Prudenzano, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2014, 3 ss. Per una ricognizione generale della posizione del giusto procedimento amministrativo nel complesso del sistema della CEDU, anche alla luce di disposizioni diverse dall'art. 6, cfr. S. Mirate, *The right to be heard: Equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ e prev.*, n. 3/2011.

ministrazione e giurisdizione sarebbe rinvenibile un'eco della sopra menzionata teoria kelseniana della *legis executio* come funzione pubblica unitaria. Questa tesi è sostenuta con interessanti argomentazioni. Fra queste, è posto particolare accento sul fatto che la CEDU dà vita a una struttura ordinamentale e istituzionale più "rarefatta" rispetto agli ordinamenti di matrice nazionale<sup>22</sup>. Per questo motivo, essa è meno condizionata dalle pregiudiziali storiche, politiche e dogmatiche che sono proprie degli ordinamenti nazionali e che, all'interno di questi ultimi, pongono un freno evidente alla rimodulazione, sia pure graduale, delle categorie giuridiche<sup>23</sup>.

Si avrà modo di avvalorare alcuni aspetti di questa riflessione nel § s., allorché si darà conto dei limiti che le tradizioni giuridiche nazionali pongono a un'evoluzione in senso giustiziale del procedimento amministrativo, così come, specie per l'Italia, delle difficoltà a instaurare un sindacato di piena giurisdizione nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa.

D'altra parte, valgono a suffragare la tesi in questione le considerazioni svolte sopra in merito alla collocazione profondamente diversa che gli istituti del giusto processo ricevono nella Costituzione italiana rispetto alla CEDU o alla Carta di Nizza. Posizionato nella Parte II della Costituzione, che disciplina i fondamenti delle strutture istituzionali della Repubblica, e precipuamente dedicato al funzionamento della giurisdizione, l'art. 111 Cost. è evocativo di assetti organizzativi statuali – quali l'ordinamento giudiziario, l'indipendenza dagli altri poteri, ecc. – profondamente radicati, i quali, come componenti organizzative della Costituzione, possono esercitare influenza decisiva sull'interpretazione. Ben si capisce come, su queste basi, il giusto processo assuma presso di noi la configurazione di un principio di diritto obiettivo; ciò a differenza della CEDU, in cui è espressamente rappresentato come un diritto dell'individuo.

In queste vicende relative al giusto processo trova riscontro un assunto tanto elementare quanto fondamentale: la CEDU non è una costituzione ma "solo" una carta dei diritti. Il suo univoco indirizzo alla tutela dei diritti umani la rende uno strumento certamente più agile e meno appesantito dalla complessità stratificata degli ordinamenti giuridici nazionali, così profondamente caratterizzati da precondizioni valoriali e organizzative. In questi termini può dirsi che le suggestioni della teoria pura, che è tale proprio perché ha la pretesa di fare astrazione dagli ordinamenti positivi, trovano terreno fertile nella CEDU come ordina-

22. Cfr. M. Allena, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e amministrazione*, n. 2/2018, 31 ss., Ead., *Art. 6 CEDU*, cit., 42 ss.

23. A sostegno di tale intuizione, si vedano le argomentazioni di F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, n. 1/2018, 7 ss.

mento di matrice internazionale e a carattere funzionale, che, in quanto tale, non espone certo il livello di complessità proprio degli ordinamenti giuridici c.d. a fini generali.

Va tuttavia rimarcato che è proprio la centralità dei diritti a fornire alla CEDU la sua più evidente identità a livello positivo. A ben vedere, la giurisprudenza che estende la nozione di tribunale trova la sua spiegazione in relazione a questo assunto di fondo. Infatti, la definizione di una nozione unitaria di tribunale, che porta a estendere all'amministrazione la sfera di applicazione dell'art. 6, è proposta dalla Corte di Strasburgo sulla base dell'esplicito presupposto che l'una e l'altra incidono egualmente, o in maniera analoga, sui diritti di persone fisiche o giuridiche.

Se ciò è vero, ai fini dell'interpretazione dell'art. 6, l'ampliamento della nozione di tribunale, e quindi la definizione dei contorni della stessa funzione giurisdizionale in senso lato, è da porre in relazione con l'idoneità dell'organo a incidere sui diritti dell'individuo. È la presenza dei diritti a determinare la funzione di riferimento, con quell'approccio tipicamente sostanziale che, in materia, è riconosciuto alla CEDU anche dalla dottrina.

La teoria della *legis executio* – il cui utilizzo per la questione in oggetto rimane comunque uno spunto alquanto suggestivo – parte invece da presupposti differenti. Nella costruzione di un'unica funzione di esecuzione della legge, essa non guarda ai diritti soggettivi, bensì, come dice la parola stessa, al livello cui la funzione è collocata nel sistema di implementazione normativa dell'ordinamento giuridico, ossia del diritto oggettivo<sup>24</sup>.

La seconda motivazione da porre alla base delle evoluzioni interpretative della CEDU ha carattere se vogliamo più storico e politico e attiene alla concreta proliferazione, nei sistemi giuridici europei, di funzioni amministrative sanzionatorie dotate di profonda incidenza sulla sfera dei diritti. Da alcuni decenni, poi, il profilo sanzionatorio e della vigilanza "securitaria" e quello più squisitamente giustiziale si sono saldati insieme nel modello dell'autorità amministrativa indipendente.

Il fenomeno giuridico delle sanzioni amministrative è vastissimo e molto frastagliato al suo interno. Alla sfera tradizionalmente affidata alla potestà sanzionatoria delle pubbliche amministrazioni – e.g. illeciti stradali, urbanistici o tributa-

24. Ciò è peraltro conferente con la più complessiva impostazione della dottrina pura del diritto, che, nell'intento di rappresentare l'intero fenomeno giuridico come un processo del tutto obbiettivo di produzione e applicazione di norme, mira espressamente alla destrutturazione del diritto soggettivo come categoria teorica generale, criticandone l'originaria ascendenza giusnaturalistica e quindi, in questa prospettiva, la mancanza di scientificità. Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966, 148 ss. e, in particolare, 215 ss., laddove il celebre A. dissolve il diritto soggettivo e la stessa soggettività giuridica nel fascio di norme obbiettive che rispettivamente che li vanno a disciplinare.



ri – si è aggiunta, nel tempo, la vasta gamma di fattispecie interessate da processi legislativi di depenalizzazione<sup>25</sup> e, ultime ma non ultime, le vaste potestà sanzionatorie di competenza delle autorità indipendenti di vigilanza e regolazione dei mercati, così come di quelle preposte al controllo e alla tutela di ambiti sensibili della vita individuale e associata. Oltre all'ambito materiale, ai nostri fini rileva soprattutto la profonda differenziazione del livello di afflittività.

Quella delle sanzioni amministrative è dunque realtà consolidata e complessa. La scelta per la sanzione amministrativa piuttosto che per quella penale è spesso ispirata a finalità meritevoli. Fra queste, possono essere ricordate: la dequotazione a illecito amministrativo di fattispecie non più avvertite dalla coscienza sociale come ascrivibili al diritto penale in senso stretto; il tentativo di soddisfare a un'esigenza di efficienza, funzionalità, competenza tecnica nel governare settori economico sociali ad alto livello di complessità e nel perseguirvi il pubblico interesse assieme con il rispetto della legalità; la tendenza culturale a una progressiva caratterizzazione della sanzione penale come eccezionale, marginale o sussidiaria nella complessiva economia delle politiche di controllo e repressione di diverse categorie di illeciti; la necessità di snellire ed efficientare i procedimenti in relazione agli illeciti e alle sanzioni di minore entità – siano essi stradali, urbanistici o altro.

A fronte di un materiale normativo così stratificato, nel quale si riflette la discrezionalità politica dei legislatori nazionali, la Corte EDU, evidentemente, non ha ampio margine di sindacato in ordine alla scelta di attrarre alcune attività sanzionatorie nell'ambito del diritto amministrativo piuttosto che in quello del diritto penale – a meno che, com'è intuitivo, la questione non impinga nell'ambito più strettamente penalistico, ad esempio quando la potestà sanzionatoria è suscettibile di coinvolgere la libertà personale dell'individuo<sup>26</sup>.

Tuttavia, sin da tempi non recenti, la giurisprudenza ha espresso piena consapevolezza circa le insidie che possono celarsi dietro l'etichetta più o meno rassicurante di una sanzione rubricata come amministrativa anziché penale. Infatti, il rischio maggiore, talvolta concretizzatosi, è che l'attrazione della materia nella sfera del diritto amministrativo serva anche per legittimare una fuga dalle garanzie che assistono il processo penale. In tali casi, il procedimento amministrativo finisce per essere di natura penale sotto il profilo funzionale, senza però assicurare all'interessato diritti processuali equiparabili a quelli di cui godrebbe in quel caso.

25. La depenalizzazione va qui intesa in senso lato. A questa possono essere infatti ricondotte non solo, letteralmente, tutte quelle riforme legislative che portano alla sostituzione della sanzione penale con quella amministrativa, ma anche una più generale tendenza all'utilizzo degli strumenti del diritto amministrativo piuttosto che di quelli del diritto penale.

26. Peraltro, l'individuazione del raggio di estensione del c.d. nocciolo duro oltre il bacino più tradizionale del diritto penale, fino a ricomprendere le sanzioni amministrative particolarmente afflittive, è questione, come si vedrà, anch'essa piuttosto densa di incertezze. Cfr. *infra*, § 7.

Ciò è tanto più grave laddove il legislatore non si limiti ad assegnare ai procedimenti amministrativi questioni minori, bensì, come nel caso dei provvedimenti *antitrust*, della CONSOB o della Banca d'Italia, contempra anche fattispecie dalle elevate conseguenze punitive sia sotto il profilo patrimoniale sia, eventualmente, sotto quello personale<sup>27</sup>.

Per questi motivi, come è noto, ai fini della soggezione al disposto dell'art. 6 CEDU, giurisprudenza consolidata ascrive al diritto penale anche il sanzionatorio amministrativo, e ciò nei casi in cui la sanzione, così come nel diritto penale, sottenda una tipica finalità punitiva e di deterrenza oppure, in ogni caso, quando sia contraddistinta da un elevato grado di afflittività<sup>28</sup>.

## 5. La difficile costruzione di un regime dei procedimenti sanzionatori

Un altro punto essenziale va tuttavia sottolineato ai fini di una piena consapevolezza della problematicità dei termini della questione.

Anche sulla base di quanto accennato sopra, può dirsi che, se la CEDU ha una propria caratterizzazione dogmatica, sia pure "rarefatta", che la Corte di Strasburgo tenta in qualche modo di imporre – e sovrapporre – a quella dei sistemi giuridici nazionali, questi ultimi dispongono, come detto, di strutture ordinamentali e di categorie giuridiche ben più sedimentate. Esse fatalmente oppongono la propria forza inerziale e, al limite, la propria diversità anche sul piano valoriale, alla penetrazione più o meno pacifica dei principi CEDU. Questa constatazione, fra l'altro, deve mettere in guardia dall'accedere a una visione eccessivamente armonica dell'integrazione fra ordinamenti giuridici.

Orbene, salve alcune significative eccezioni, le tradizioni statualistiche dell'Europa continentale risentono della sopra menzionata concezione autoritaria della pubblica amministrazione, che fatalmente confluisce nell'idea e nella pratica del

27. Tale fenomeno è ben rappresentato dalla nostra stessa giurisprudenza costituzionale con l'emblematica nozione di "truffa delle etichette", per cui procedimenti a carattere sostanzialmente penale vengono privati di alcune delle garanzie portanti del giusto processo per il solo fatto di essere presentati dal legislatore come formalmente amministrativi. Cfr. Corte cost., 5 aprile 2017 n. 109; si veda anche Corte cost., 26 marzo 2015 n. 49.

28. Sono questi i famosi criteri elaborati a partire dalla sentenza *Engel* del 1976. In tema, fra gli altri, si vedano M. Allena, *Art. 6 CEDU*, cit., 48 ss.; F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.* n. 3/2013, 670 ss. Da rimarcare come il requisito del livello di afflittività debba essere considerato, alla stregua di detta giurisprudenza, come sussidiario. Quindi i criteri per l'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale non sono cumulativi, bensì alternativi. Cfr. *Engel and Others v. Netherlands*, 8 giugno 1976, §§ 81 ss.

procedimento amministrativo. Questo, come sopra accennato, non nasce certo come surrogato del processo giurisdizionale, benché, con il progressivo ammodernamento della cultura delle garanzie, favorito anche da processi di contaminazione con modelli differenti, sia stato con il tempo dotato di rilevanti istituti partecipativi, specie con riguardo all'attività sanzionatoria e, più in generale, ai provvedimenti che incidono negativamente e in profondità nella sfera giuridica privata<sup>29</sup>.

Tali garanzie, però, mancano il più delle volte di pregnanza difensiva paragonabile a quella degli istituti processuali. Né rivela una simile ambizione la stessa legge n. 241/90, nella quale, peraltro, finalità di garanzia si combinano con un'ispirazione collaborativa dal marchio più spiccatamente pubblicistico. In ogni caso, la sua disciplina non si articola in istituti tesi ad assicurare un processo dialettico tra autorità e cittadino in ogni fase del procedimento. Inoltre, come emerge anche dalla regolazione in materia di procedimenti sanzionatori, pure davanti alle autorità indipendenti di settore e pure in presenza di tutele certo meno lontane da quelle del processo in senso stretto, permane un parziale retaggio della vecchia impostazione inquisitoria, e comunque non paritaria, del rapporto procedimentale tra amministrazione e cittadino. Solitamente, se guardiamo all'esperienza italiana, il contraddittorio procedimentale non è pienamente *adversarial* spesso neppure nelle funzioni sanzionatorie, ad esempio sotto il delicato profilo della separazione delle funzioni<sup>30</sup>. In altri ordinamenti, sebbene complessivamente minoritari, la contaminazione del procedimento amministrativo secondo schemi più autenticamente giustiziali è frutto di una tradizione culturale antica e consolidata, sicché, a seconda dei casi, lo stesso esercizio della funzione amministrativa può esser quasi considerato come un primo grado di giudizio rispetto alla fase giurisdizionale<sup>31</sup>.

29. Cfr. *supra*, § 2.

30. Si rinvia, per ulteriori considerazioni, ai Capitoli del volume specificamente dedicati al tema. In ogni caso, cfr. M. Allena, *Art. 6 CEDU*, cit., 101 ss. Soprattutto, si vedano le ampie considerazioni svolte da Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596, che, come ben noto, ha reputato il Regolamento per le sanzioni CONSOB allora in vigore come non conforme alle prescrizioni della legge nazionale, in particolare con gli artt. 187-*septies* e 195 TUF e art. 24 l. 28 dicembre 2005 n. 262. In quella circostanza, il Supremo giudice amministrativo ha altresì evidenziato le lacune che permarrebbero anche nel successivo Regolamento CONSOB, il n. 18750 del 2013, in tema di effettiva separazione delle funzioni inquisitorie da quelle giudicanti. Tali lacune, di fatto, impedirebbero il pieno sviluppo del contraddittorio e lascerebbero intatti vistosi elementi inquisitori e di contraddittorio "di tipo verticale" tra cittadino e amministrazione. Si veda in partic. § 16. Inoltre, lo stesso Consesso ha reputato non pienamente costituzionalizzato il principio del giusto procedimento sanzionatorio all'infuori dell'enunciazione di principi generalissimi. Cfr. § 23. In tema, si veda dottrina citata *infra*, in questo stesso §. Peraltro, nodi problematici rimangono anche dopo riforme e aggiornamenti del Regolamento CONSOB – da ultimo, delibera n. 19521 del 24 febbraio 2016 – ad esempio con riguardo alla perdita del diritto di contraddittorio di quanti non abbiano inizialmente partecipato all'istruttoria. Cfr. art. 8, comma 1.

31. Cfr. *supra*, *sub* § 2.

## 6. La *full jurisdiction* e i suoi nodi irrisolti: ripristino della centralità della giurisdizione o “sanatoria” delle carenze procedurali?

La Corte EDU, alla stregua di un principio di realtà, non ha potuto quindi godere di autonomia assoluta nell'imporre agli stati membri una propria visione dei diritti al procedimento, proprio in considerazione di questi assetti normativi di lunga durata e del grado di diversificazione spesso elevato fra di essi.

Con particolare riferimento alle tradizioni continentali, in esse vige quell'ottica pangiurisdizionale delle tutele giuridiche cui sopra si è accennato, imperniata sulla centralità sistemica del sindacato del giudice amministrativo. L'atteggiarsi dei rapporti tra amministrazione e giustizia risente della sua originaria conformazione secondo il modello della separatezza. Questa, a sua volta, poggia su una declinazione del principio della separazione dei poteri nel senso di preservare all'amministrazione la pienezza delle prerogative sovrane nello svolgimento della sua attività e concentrare nella giurisdizione i contrappesi di maggiore spessore.

La Corte EDU, posta di fronte alla complessità e alla differenza dei sistemi di tutela, come noto ha elaborato la dottrina della c.d. piena giurisdizione. Siffatta dottrina si caratterizza per una struttura ancipite, trovando espressione nel principio per il quale deve essere assicurata piena giustizia procedurale almeno in una delle due sedi interessate, cioè o nel procedimento, oppure nel processo d'impugnazione. La dottrina della *full jurisdiction* muove proprio dalla necessità di tener conto delle diverse tradizioni nazionali, cercando non di contrastarle ma, per quanto possibile, di assecondare e ulteriormente perfezionare i tratti essenziali di ciascuna ai fini dell'osservanza in termini sostanziali dei precetti dell'art. 6. Tale impostazione nasce, dunque, come risposta pratica alle condizioni di pluralismo ordinamentale e culturale in cui la CEDU si trova per definizione a operare. Solo all'apparenza, quindi, lo schema proposto dalla giurisprudenza CEDU si presenta come lineare, organico e frutto di un'unica filosofia delle garanzie giuridiche, giacché in esso si incontrano ispirazioni e aspettative anche molto diverse fra loro circa la reciproca posizione del procedimento e del processo in relazione al compito della tutela procedurale dei diritti<sup>32</sup>.

La stessa plurivocità della dottrina della *full jurisdiction*, ossia il suo essere imperniata su due momenti tra loro distinti e potenzialmente alternativi, determina negli interpreti – e in parte, come si vedrà, nella giurisprudenza stessa – una

32. Tra le prime decisioni tese a impostare il sistema duale della *full jurisdiction*, per cui, almeno per le sanzioni amministrative di importo non elevato, la tutela giurisdizionale può sopperire *ex post* alle carenze di quella procedimentale, si veda il celebre caso *Ötztürk v. Germany*, 21 febbraio 1984. In dottrina, Cfr. M. Allena, *L'art. 6 CEDU e la continuità*, cit., 29 ss. Molto ampiamente sulla *full jurisdiction* vedasi F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, 546 ss.

scomposizione delle prospettive di osservazione. Anche nella letteratura italiana si riscontrano ipotesi ricostruttive diverse.

Da un lato, ponendo l'accento sulle virtualità evolutive della tutela procedimentale, si sostiene la centralità di questa nell'economia della dottrina della piena giurisdizione e si tende a individuare in una compiuta processualizzazione del procedimento amministrativo l'obbligo che principalmente ricade sul legislatore nazionale. Nell'ambito di questa impostazione, eventuali minori aperture della sede procedimentale agli istituti propri del giusto processo assumono già quasi le sembianze di un *vulnus*, di una mancanza; rispetto alla quale la possibilità di instaurare un processo giurisdizionale pienamente devolutivo sul fatto e sul diritto somiglia piuttosto a uno strumento a carattere rimediabile, compensativo, quando non anche, con espressione descrittiva ma forse pertinente, di una "sanatoria *ex post*"<sup>33</sup>.

Per contro, visioni più strettamente legate alla nostra tradizione giuridica tendono a dare risalto alla sede giurisdizionale come momento autonomo e pienamente sufficiente, ricorrendo determinate condizioni, a concretizzare i postulati dell'art. 6<sup>34</sup>. Soprattutto, l'idoneità e centralità del sindacato di piena giurisdizio-

33. Su questa linea si colloca M. Allena, *L'art. 6 e la continuità*, cit., 39 ss., la quale tende a valorizzare quegli aspetti della giurisprudenza CEDU per i quali la compensazione *ex post* sarebbe possibile solo in caso di *minor offences*, ossia di illeciti meno gravi e sanzionati in maniera più lieve. Coerentemente, l'A. esprime perplessità su quella giurisprudenza – in particolare i casi *Menarini e Grande Stevens* – dalla quale sembra emergere una implicita ricomprensione della generalità delle sanzioni amministrative nel campo delle *minor offences*. Propende per la necessità della tutela preventiva rispetto a quella rimediabile concepita dalla dottrina della *full jurisdiction* L. Ferraro, *L'applicazione del principio del giusto procedimento all'attività sanzionatoria delle Autorità indipendenti alla luce della più recente giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. pub. eur. online*, dicembre 2015; similmente, F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali*, cit., 689 ss. Di recente, un'adesione al filone dottrinale che propugna, per l'ordinamento CEDU, una nuova centralità del procedimento rispetto al processo come istituto finalizzato alla giustizia e alla tutela dei diritti, si veda C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2019, 758 ss.

34. Questa è la tesi che sembra emergere dall'opera di A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 132 ss., tendente a ricostruire un regime di piena compensabilità *ex post* ogni qual volta si tratti di sanzioni irrogate da autorità formalmente amministrative, indipendentemente dall'entità della sanzione patrimoniale irrogata. Quella indicata nel testo sarebbe la *ratio* giustificativa della compensabilità *ex post* di lacune garantiste in procedimenti culminanti con sanzioni alquanto pesanti – non solo di natura patrimoniale – comminate rispettivamente dall'*antitrust* e dalla CONSOB nei casi *Menarini e Grande Stevens*. Tale tesi confina l'estensione dello *hard core of criminal law* al diritto penale tradizionale e, correlativamente, a sanzioni irrogate dalla sola autorità giudiziaria. Coerentemente, l'A. conclude negando che la fase procedimentale possa dar luogo a un'illegittimità di per sé, bensì solo a seguito del mancato esperimento del sindacato di piena giurisdizione (*ibidem*).

ne è predicata anche quando il contenzioso giudiziario sia preceduto da una fase amministrativa fortemente carente sul piano dei diritti di contraddittorio e degli altri requisiti di giustizia procedurale, fino al limite di strutturarsi come un'attività totalmente unilaterale.

La prima maniera di ricostruire le coordinate della *full jurisdiction* esprime un'impostazione assiologicamente orientata in senso "progressivo", ossia tesa a valorizzare i percorsi evolutivi dello stesso ordinamento CEDU e dei vari ordinamenti giuridici nazionali.

Si rammenti, sul punto, che nel sistema costituzionale italiano il tema della giustizia nel procedimento amministrativo – soprattutto nel campo delle sanzioni e dei provvedimenti disciplinari ma, più in generale, per fattispecie in cui è rilevabile una significativa compressione della sfera giuridica dell'individuo – ha guadagnato, specie negli ultimi decenni, una pregnanza di significato via via maggiore<sup>35</sup>.

Va parimenti segnalata, proprio per il tema che qui interessa, la legislazione sulle funzioni sanzionatorie delle autorità indipendenti. Questa, per quanto a tratti lacunosa, ha comunque impostato il tema della struttura *quasi-judicial* delle attività sanzionatorie.

Non da ultimo, va dato atto dell'influenza e delle suggestioni che vengono esercitate ormai da tempo sulla dottrina italiana, e continentale in genere, dallo studio del paradigma comparativo del *due process of law* statunitense e della *natural justice* inglese. Tali esperienze, come si sa, sono spiccatamente ispirate a un modello garantista di procedimento amministrativo che trova preciso riscontro nel diritto costituzionale e consuetudinario di quei paesi. In quei contesti, la tra-

35. In tema, cfr. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, cit., *passim*; G. Colavitti, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, 13 ss.; M. Comba, *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense*, in S. Sicardi, R. Ferrara (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministratori e costituzionalisti a confronto*, CEDAM, 1998, 205 ss.; S. Cassese, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, 2016, 513 ss.; M. Cocconi, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 5/2010, 1021 ss.; G. Garancini, *Le garanzie del giusto procedimento amministrativo*, in *Iustitia* n. 4/2008, 457 ss.; P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo*, cit., 33 ss.; G. Scoca, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2012, 58 ss.; N. Zanon, *La legge di sanatoria non è onnipotente: un'ammissione importante in nome del "giusto procedimento" e degli artt. 24 e 113 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1998, 1651 ss. Più problematico, invece, G. Sala, *Giusto procedimento e giusto processo*, cit. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale all'insegna di un riconoscimento solo parziale e "frammentario" di uno statuto propriamente costituzionale del giusto procedimento, si veda, se si vuole, P. Mezzanotte, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2010, 101 ss.

dizione dell'amministrazione giustiziale poggia sul fondamentale assunto, per cui storicamente la stessa amministrazione nasce e si sviluppa come una gemmazione della giustizia, dalla quale tende a ripetere da sempre i canoni che ne connotano le modalità di funzionamento<sup>36</sup>.

Tutti questi fattori contribuiscono a indirizzare l'interprete – non senza qualche riscontro giurisprudenziale, come si vedrà a breve – verso ipotesi ricostruttive volte a dar rilievo a un processo di confluenza e di integrazione dei modelli orientato nel senso della progressiva acquisizione di un'autonomia portata garantista della giustizia procedimentale nell'ambito del costituzionalismo multilivello.

Sempre volendo attenerci alla schematizzazione che si è ritenuto di poter adottare, la seconda ipotesi ricostruttiva della dottrina della *full jurisdiction* tende invece a dar risalto a tutti quegli aspetti – anch'essi presenti nella giurisprudenza CEDU – dai quali è dato evincere che la giurisdizione, intesa nel senso soggettivo, sia ancora il luogo d'elezione per l'esercizio del potere secondo giustizia, in via prevalente e assorbente rispetto a qualsiasi altra istanza di garanzia che con essa abbia a concorrere<sup>37</sup>.

Quelle appena rappresentate non sono solo opzioni teoriche o dottrinali, ché invece esse immettono a soluzioni diverse di questioni di stretto diritto positivo e trovano, tanto le une quanto le altre, un sostegno almeno parziale nell'andamento non sempre univoco della giurisprudenza CEDU.

Partendo dalla seconda impostazione – quella “filogiudiziaria” per intenderci – questa dà luogo a sua volta a due differenti filoni interpretativi.

Secondo una prima e più rigorosa posizione, la piena giurisdizione, per essere tale, quando occorre deve poter dar luogo all'integrale sostituzione delle valutazioni del giudice rispetto a quelle, contestate, dell'autorità amministrativa<sup>38</sup>. Nella menzionata prospettiva, l'istanza giurisdizionale, lungi dal limitarsi a un controllo più o meno penetrante sulla proporzionalità, ragionevolezza, logicità della decisione, deve prestarsi, ove occorra, a quella che appare come una autentica riappropriazione di un potere – quello dell'esercizio della sanzione penale sostanzial-

36. Cfr. *supra*, sub § 2.

37. Oltre alla dottrina sopra citata, si avvicina alla visione imperniata sulla centralità del sindacato giurisdizionale P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo*, Giappichelli, 2018, 11 ss. Secondo l'A., sempre il processo giurisdizionale in senso stretto resta comunque oggetto principale dell'art. 6 CEDU, malgrado l'interpretazione estensiva portata dalla giurisprudenza, di cui si è ampiamente dato conto. Coerentemente, le tutele procedimentali costituirebbero un'anticipazione di quelle processuali e, nella prospettiva della continuità-integrazione, andrebbero considerate in funzione di queste. In tema, cfr. M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2010, 1127 ss.

38. F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., *passim*; Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit., *passim*.

mente intesa – che fa capo al giudice secondo i principi dello stato di diritto. In una concezione siffatta, la depenalizzazione delle funzioni sanzionatorie, ossia, in senso lato, l’attribuzione della potestà punitiva a un organo amministrativo anziché giurisdizionale, è vicenda non illegittima di per sé, ma da osservarsi con molta attenzione perché derogatoria di un principio fondante del costituzionalismo moderno, ossia la tutela giurisdizionale dei diritti nelle forme che le sono proprie; principio il quale è tanto più fondante in quanto, nel settore del diritto penale, da sempre le prerogative della statualità si manifestano in maniera particolarmente incisiva e ostile nei confronti delle libertà del cittadino<sup>39</sup>.

Non mancano però, sia in giurisprudenza che in dottrina, posizioni meno nette circa la pretesa di identificare la piena giurisdizione con una *revisio prioris instantiae* a carattere effettivamente sostitutivo. Proprio con riferimento al processo amministrativo italiano, la Corte di Strasburgo ha anche riconosciuto espressamente la sufficienza del sindacato sull’eccesso di potere e dei connessi controlli di proporzionalità e ragionevolezza. È stata infatti considerata l’ampiezza variabile dello strumentario a disposizione del giudice amministrativo. Questo, allargando o stringendo i propri poteri di sindacato in maniera più o meno estesa, è anche in grado, secondo questa impostazione, di esercitare uno scrutinio sufficientemente penetrante da rispettare nella sostanza i requisiti della piena giurisdizione<sup>40</sup>.

È noto che simili problematiche hanno interessato gli itinerari giurisprudenziali e il connesso dibattito dottrinale con particolare riguardo al tema dei pote-

39. Emblematica, in proposito, è l’*Opinione dissenziente* del giudice Pinto de Albuquerque, §§ 8 e 9, esposta in calce alla sentenza sul caso *Menarini*, del 27 settembre 2011. Tale concezione “integrale” del sindacato di piena giurisdizione e delle prerogative del giudice dell’impugnazione è ampiamente riportata da F. Goisis, *Un’analisi critica delle tutele procedurali*, cit., 722 ss. Efficace, sul punto, Id., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., 19. Questa sembra essere anche la posizione ormai assunta dalla Corte di giustizia UE, per la quale si rinvia a Id., “A de novo review of all factual and legal issues” v. un esame “point by point without having to decline jurisdiction” (...). *La pienezza della giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell’esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.* n. 1/2021, 8 ss.

40. Proprio il caso *Menarini* è indice di questo approccio talvolta non rigido della Corte EDU ai requisiti che integrano la *full jurisdiction*. Un’impostazione siffatta, che dà credito alle virtualità espansive del sindacato del giudice amministrativo italiano, trova concorde, fra gli altri, A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 135 ss., nonché F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.* n. 2/2015, 533 ss. Quest’ultimo converge su conclusioni sostanzialmente positive circa l’idoneità del sindacato del giudice amministrativo a soddisfare alle richieste della *full jurisdiction*, sebbene attraverso un percorso argomentativo che evidenzia una posizione più problematica. Il tema della *full jurisdiction* ha attratto molti commentatori. Fra gli altri, cfr. L. Prudenzano, *Giusto procedimento amministrativo*, cit., 13 ss. Più recentemente, proprio dal nostro giudice amministrativo sembrano provenire alcuni segnali nella direzione dell’evoluzione del sindacato giurisdizionale in senso pieno e sostitutivo. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414. In tema, cfr. F. Goisis, “A de novo review of all factual and legal issues”, cit., 5 ss.



ri di valutazione dell'esercizio della discrezionalità tecnica delle competenti amministrazioni – specie delle autorità indipendenti o della Commissione europea. Tali poteri mettono in questione il grado di legittimazione politica del giudice, o comunque la sua istituzionale vocazione a decidere della correttezza, della ragionevolezza o, con canone ancora più stringente, della concreta condivisibilità nel merito di provvedimenti amministrativi basati sull'utilizzo di cognizioni tecnico scientifiche opinabili.

Esiste in principio una differenza tra il primo e il secondo modo di intendere la *full jurisdiction*, dacché nell'un caso trattasi della pretesa che un potere venga "restituito" per intero al giudice; nell'altro, dello sviluppo delle tradizionali prerogative del giudizio amministrativo in tema di eccesso di potere, fino al limite di proporre un modello di sindacato talmente serrato da penetrare nel merito dell'esercizio delle valutazioni tecniche.

## **7. Interrogativi a monte del sindacato giurisdizionale: l'incerta identificazione del "nocciolo duro" del diritto penale e le sue conseguenze sui limiti stessi della dottrina della *full jurisdiction*. Le discordanti indicazioni proprio in materia di vigilanza sui mercati finanziari**

L'impostazione più garantista, che postula l'esigenza di una tutela tendenzialmente completa già nel procedimento sanzionatorio e a prescindere dalla portata del sindacato giurisdizionale, va riguardata in stretta connessione con la questione dell'identificazione del c.d. nocciolo duro del diritto penale, nei termini in cui si dirà qui appresso.

Ai fini di un giudizio sulla congruità degli strumenti di tutela procedimentale o processuale a disposizione dell'interessato, è importante comprendere se la fattispecie *sub iudice* esprima caratteri tali da poter essere ascritta all'ambito del diritto penale tradizionale, quello nel quale la potestà punitiva dello stato si esprime nella maniera potenzialmente più forte e lesiva dei beni della vita (e.g.: con la privazione della libertà personale)<sup>41</sup>. Questione preliminare, ai fini della valutazione della fattispecie, è la definizione stessa dei contorni di tale "nocciolo duro".

Dalla risposta a tale interrogativo circa la qualificazione o meno di una de-

41. È da specificare che la giurisprudenza, a partire dal caso *Ötztürk v. Germany*, cit., § 53, delinea la materia penale secondo criteri di larga ampiezza quanto al livello di afflittività, ricomprendendovi anche le sanzioni comuni e ordinarie. Ciò apre la strada, all'evidenza, all'ipotesi di differenziazione del trattamento procedimentale delle fattispecie "tipicamente" di diritto amministrativo rispetto a quelle che, per entità della sanzione e dei beni patrimoniali e personali coinvolti, sono più assimilabili alla materia penale in senso stretto. Circa la legittimità di ampie deroghe alle garanzie para-giurisdizionali, sia in sede amministrativa che giurisdizionale, per le fattispecie di en-

terminata fattispecie come pertinente allo *hard core of criminal law* dipendono circostanze di elevato rilievo, fra le quali, *in primis*, un'applicazione netta e inequivoca del principio della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, comma 2, CEDU. Infatti, in una situazione rientrante nel diritto penale in senso stretto, il principio della presunzione di innocenza acquista un rilievo comparativamente maggiore, cosicché non può essere ammessa alcuna sanzione che, in qualche modo, possa fungere da "anticipazione" di una condanna penale, ove l'istruttoria, come tutto il procedimento, non si svolgano nel rigoroso rispetto dei diritti processuali del soggetto interessato.

In altri termini, allorché ci si trovi al cospetto dello *hard core of criminal law*, è la stessa dottrina della *full jurisdiction* a non poter trovare applicazione. Viene meno, infatti, la possibilità stessa di una compensazione *ex post* in quanto, per il livello di afflittività della sanzione, si produrrebbero in capo al soggetto gli effetti, oltre che lo stigma sociale, tipici di una condanna penale *stricto sensu*, prima ancora che lo stesso sia messo in condizione di difendersi nell'ambito di un giusto processo<sup>42</sup>.

In seno alla materia penale in senso lato si rinviene, dunque, una gradazione della rilevanza e della gravità delle fattispecie sanzionatorie e dei relativi procedimenti. In particolare, la compensabilità *ex post* delle carenze procedurali mediante un ricorso di piena giurisdizione è prevista per tutte e sole quelle fattispecie che non impingano nello *hard core of criminal law*. Tali fattispecie tendono, però, a coprire tutto il campo delle sanzioni amministrative. Queste, infatti, sono state fatte spesso oggetto dalla giurisprudenza, ora esplicitamente, ora meno, di una sorta di presunzione di estraneità rispetto al nocciolo duro del diritto penale<sup>43</sup>.

Ha pesato su tale assunto il fatto che trattavasi di illeciti depenalizzati, come tali da ritenersi di minore entità. Ha pesato, parimenti, la circostanza che generalmente – ma non sempre – i procedimenti in questione si risolvono in sanzioni pecuniarie e non personali o che, comunque, non è in gioco la privazione della libertà personale dell'interessato. Ha pesato, ovviamente, l'esigenza di snellezza, celerità, efficienza, deflazione del contenzioso giudiziario, che è alla base di molte iniziative di depenalizzazione.

Sta di fatto, però, che accomunare tutto il sanzionatorio amministrativo all'interno di un regime tendenzialmente omogeneo presuppone una valutazione di

tità evidentemente minore, si veda il caso *Jussila v. Finland*, 23 novembre 2006. Nella specie, trattavasi di sanzione tributaria che ammontava a circa 300 Euro.

42. Cfr. M. Allena, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, cit., 41; Ead., *Art. 6 CEDU*, cit., 73 ss.

43. Cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 133.

minore gravità o rilevanza che spesse volte non corrisponde alla realtà. Le pesanti sanzioni pecuniarie *antitrust*, piuttosto che quelle della CONSOB o di Bankitalia, sono spesso intuitivamente accomunabili allo zoccolo duro del diritto penale piuttosto che all'universo delle *minor offences*. Ciò dicasi anche perché, non di rado, i provvedimenti *de quibus* si accompagnano a misure interdittive di carattere personale e comunque non sono quasi mai disgiunte, di fatto, dalla stigmatizzazione sociale e/o professionale dell'interessato, persona fisica o giuridica che opera sui mercati e per la quale un'immagine professionalmente credibile è spesso requisito dirimente ai fini dell'attività intrapresa<sup>44</sup>.

Di fronte a situazioni simili, la Corte EDU ha alternato segnali di importante apertura ad altri in cui, invece, ha ritenuto sufficiente la strada del sindacato giurisdizionale successivo, sia pure nel rispetto dei canoni della *full jurisdiction*.

Tale ambiguità è ravvisabile proprio nell'ambito dei procedimenti delle autorità di vigilanza in materia finanziaria.

Da un lato, infatti, una nota giurisprudenza di Strasburgo ha sanzionato lo stato francese in relazione all'organizzazione dell'autorità di vigilanza sui mercati finanziari, la cui disciplina è stata giudicata non completamente rispettosa del requisito della separazione tra le funzioni inquirenti e quelle giudicanti; requisito, a sua volta, strumentale alla realizzazione della piena parità delle armi tra amministrazione e cittadino all'interno del procedimento sanzionatorio. Interessa in particolar modo notare che il mancato rispetto di uno dei principi del giusto

44. Molto chiaramente, in materia di sanzioni *antitrust*, F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.* n. 2/2015, 511 ss.: "la sanzione è immediatamente esecutiva, la sentenza del giudice amministrativo potrebbe giungere anche molto tempo dopo e, soprattutto, oltre a quelle strettamente economiche, essa produce conseguenze ulteriori a carico dell'impresa interessata: (...) il danno reputazionale di una sanzione è rilevantissimo ed esteso nel mercato globale, sicché non sempre può dirsi che il controllo processuale sia in grado di ristabilire *ex post* a beneficio dell'impresa la situazione anteriore alla sanzione". In tema, si veda anche E. Bindi, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri d'indagine di Banca d'Italia e CONSOB*, in *Giur. cost.*, n. 2/2021, 1056 ss. L'A. si sofferma in particolare sugli effetti delle sanzioni patrimoniali e personali, oltre che sul profilo reputazionale, proprio sui diritti sanciti dalla Costituzione, quali il diritto di impresa e il diritto al lavoro. In realtà, il differente grado di stigma sociale che promana dalla sanzione è oggetto di sicura considerazione dalla Corte EDU non per ascrivere allo *hard core* le fattispecie di maggiore gravità, bensì, al contrario, per promuovere un regime di minore rigore procedimentale e processuale per quelle minori. Cfr. il caso *Jussila v. Finland*, cit. Nei fatti, la giurisprudenza *Jussila* considera come derogabili in sede processuale alcuni diritti di contraddittorio già omessi nel procedimento sanzionatorio. Tale pronuncia dà luogo a un regime speciale rispetto alla *full jurisdiction* ma, evidentemente, in negativo, nel senso che non riguarda la diversa questione dell'eventuale delimitazione dello *hard core* del diritto penale rispetto al regime comune degli illeciti amministrativi. La bipartizione cui si dà luogo con il caso *Jussila* avviene, cioè, tra le sanzioni di entità particolarmente lieve e tutte le altre, per le quali la dottrina della *full jurisdiction* continua ad applicarsi normalmente, anche in relazione a quelle di maggiore gravità.

processo nella sede procedimentale è stata rilevata indipendentemente dall'accertamento della sussistenza o della possibilità di un ricorso di piena giurisdizione<sup>45</sup>.

Dall'altro lato, molto più sfumata, invece, appare sul punto la pronuncia CEDU nell'altrettanto famoso caso *Grande Stevens*, in materia di procedimento sanzionatorio CONSOB. Il caso ha attratto l'attenzione dei commentatori sotto diversi aspetti. Interessa qui rilevare che, da un lato, nella motivazione della sentenza è individuabile una chiara censura dell'organizzazione dell'autorità, sempre sotto il profilo del mancato rispetto della separazione delle funzioni requirenti da quelle giudicanti. Tuttavia, nell'economia della decisione tale assunto rimane quasi come un *obiter dictum*, dal momento che la condanna verte sulle carenze della successiva fase di impugnazione in relazione ai postulati della piena giurisdizione. Se ne può argomentare che, probabilmente, in tal caso il ricorso di piena giurisdizione è considerato come soddisfacente, secondo la Corte, delle prescrizioni che promanano dall'art. 6 CEDU, seppure resta l'ambiguità di un richiamo anche piuttosto circostanziato alle deficienze del procedimento amministrativo<sup>46</sup>.

In buona sostanza, con questa giurisprudenza la CEDU non sembra aver fatto chiarezza sull'esatta collocazione delle sanzioni amministrative notevolmente afflittive, *in primis* proprio quelle delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Se da una parte, in quanto nominalmente amministrative, si presume possano essere fatte rientrare all'interno dell'operatività della dottrina della *full jurisdiction*, dall'altra manifestano più di un'assonanza con la sfera dello *hard core of criminal law*, che la Corte non ha completamente disconosciuto, e che lascerebbe deporre

45. Si vedano i casi *Dubus c. France*, 11 giugno 2009 e *Messier c. France*, 31 giugno 2011. Il primo fa riferimento alla separazione, in ogni caso, delle funzioni requirenti da quelle giudicanti con riferimento all'attività della *Commission bancaire* francese; la seconda, che si occupa più da vicino del procedimento in senso stretto, afferma la regola per cui, in caso di sanzioni non lievi, deve essere assicurata nel procedimento la piena parità delle armi tra accusa e difesa (si trattava, nella fattispecie, del diritto alla piena conoscenza degli elementi di prova prodotti a proprio carico). Attorno ai rapporti tra l'art. 6 CEDU, nella doppia veste del giusto processo e del giusto procedimento, con le peculiarità degli ordinamenti nazionali, si veda A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *Dpce online*, n. 3/2019, 2137 ss. e, con specifico riguardo all'ordinamento nazionale francese, 2141 ss. Ampiamente sul caso francese della *Commission bancaire* si veda F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali*, cit., 696 ss.

46. Attorno al celebre caso *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, la dottrina è ovviamente abbondante. *Ex plurimis*, si veda G.M. Flick, V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015; L. Ferraro, *L'applicazione del principio del giusto procedimento all'attività sanzionatoria delle Autorità indipendenti alla luce della più recente giurisprudenza della Corte EDU, passim*. Riscontra l'ambiguità e le contraddizioni della motivazione della sentenza *Grande Stevens* E. Bindi, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri d'indagine di Banca d'Italia e CONSOB*, cit., 1054 ss.

nel senso dell'esigenza della piena realizzazione del contraddittorio processuale e delle altre garanzie discendenti dall'art. 6 Cost. già nella fase procedimentale.

## **8. Suggestioni derivanti dalle pronunce sul diritto al silenzio (ancora in tema di procedimento sanzionatorio CONSOB e Bankitalia)**

La recente giurisprudenza costituzionale ha fornito, almeno in parte, spunti importanti ai fini della profilazione di un regime dei procedimenti amministrativi sanzionatori per mezzo dell'introduzione di autonomi requisiti di garanzia rispetto alla successiva fase giurisdizionale. Con ciò, potrebbe aver contribuito, nei termini in cui si vedrà, a sciogliere parzialmente i nodi problematici che favoriscono il permanere di un margine di incertezza circa la posizione delle sanzioni amministrative, per lo meno di quelle di una certa importanza. Come sopra rappresentato, tale posizione oscilla tra la piena processualizzazione del procedimento amministrativo e il perpetuarsi del carattere potenzialmente assorbente della tutela giurisdizionale propriamente detta.

È da premettere che, negli ultimi anni, la Corte costituzionale ha proceduto a una graduale estensione alle sanzioni amministrative di alcune garanzie penali sostanziali. Le decisioni hanno riguardato in particolare l'irretroattività della fattispecie sanzionatoria così come, specularmente, la retroattività della *lex mitior*<sup>47</sup>. Un discorso analogo è da farsi per una più consapevole applicazione, sempre sulla falsariga dei principi del diritto penale, della proporzionalità della sanzione in relazione alla gravità del fatto<sup>48</sup>.

In questa temperie si inserisce la vicenda del diritto al silenzio, che, a differenza di quelle appena riportate, riguarda l'aspetto propriamente procedurale.

È indicativo, ai nostri fini, che la giurisprudenza si sia sviluppata sempre con riferimento al procedimento sanzionatorio della CONSOB – peraltro con estensione in via consequenziale anche a quello della Banca d'Italia – e che, per di più, emerga come il frutto di una virtuosa circolazione che ha coinvolto sia la Corte di Lussemburgo, sia, in maniera indiretta ma significativa, la giurisprudenza della CEDU.

In estrema sintesi – giacché le pronunce sono state già oggetto di ampi commenti<sup>49</sup> – il giudice costituzionale nostrano ha pronunciato l'incostituzionalità

47. Cfr. *ex plurimis*, per il primo caso, Corte cost., 5 dicembre 2018 n. 223; 7 aprile 2017 n. 68; per la retroattività *in mitius*, Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.

48. Cfr. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112.

49. Fra gli altri, cfr. E. Bindi, *Diritto fondamentale al silenzio*, cit., in *Giur. cost.*, n. 2/2021, 1048 ss.; M. Gradi, *Il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo sanzionatorio e nel relativo giudizio di opposizione*, ivi, 1061 ss.; G. Spangher, *Nel dialogo tra le corti si consolida il diritto al silenzio*, ivi, 1046 ss.

della normativa sul procedimento sanzionatorio CONSOB e della Banca d'Italia, in quanto obbligava il soggetto interessato a fornire elementi di prova a suo carico sotto pena di pesanti censure<sup>50</sup>.

La Corte costituzionale arriva alla declaratoria di incostituzionalità della disciplina, con ciò estendendo il diritto al silenzio anche alle sanzioni amministrative, a seguito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE<sup>51</sup>. Questa ha potuto esprimersi sulla vigenza del diritto al silenzio come principio generale dell'ordinamento eurounitario, il quale discende a sua volta dalle disposizioni della Carta di Nizza in materia di equo processo, così come interpretate – seguendo i canoni esegetici codificati nella stessa CDFUE – alla luce delle corrispettive disposizioni CEDU: quindi, in buona sostanza, alla luce dell'art. 6 della Convenzione e della giurisprudenza della Corte EDU ad esso pertinente<sup>52</sup>.

Proprio dalla giurisprudenza CEDU emerge il diritto al silenzio come istituto di garanzia discendente dall'art. 6 della Convenzione e valevole non solo per il processo penale, ma anche per le sanzioni amministrative<sup>53</sup>. Ai fini che qui interessano, è degno di nota il fatto che, nell'intera vicenda – a partire dalla giurisprudenza CEDU, che rappresenta il *prius* dell'intera concatenazione logico argomentativa – il diritto al silenzio si affermi nel procedimento amministrativo *di per sé*, anche indipendentemente da una successiva ed eventuale vicenda penale avente a oggetto le infrazioni censurate in sede amministrativa<sup>54</sup>.

Più precisamente, l'obbligo di deporre contro sé stesso nel procedimento amministrativo è valutato e censurato sotto due profili differenti.

50. Trattavasi dell'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF, più volte modificato. Cfr. Corte cost., 30 aprile 2021 n. 84.

51. Il rinvio pregiudiziale era stato sollevato con ord. 10 maggio 2019 n. 117 in quanto la materia era interessata da Regolamentazione comunitaria e la stessa disciplina interna era attuativa di Direttive comunitarie. A seguito del rinvio, si veda sent. CGUE, *DB c. CONSOB*, 2 febbraio 2021, C-481/19.

52. In materia, va premessa la ben nota disposizione dell'art. 6, comma 3, TUE, per cui “[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”. In merito allo specifico punto toccato nel testo, cfr. art. 52, comma 3, Cdfue: “Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”. Cfr. §§ 36 ss. sent. *DB c. CONSOB*. In tema, con riferimento al caso di specie e all'evidente parallelo tra gli artt. 47 e 48 Cdfue e l'art. 6 CEDU, si veda ancora M. Allena, *Art. 6 CEDU*, cit., 31 ss.

53. Cfr. Corte EDU, *Chambaz c. Suisse*, 5 aprile 2012; *Shannon v. United Kingdom*, 4 ottobre 2005.

54. In particolare, *Shannon v. UK*, cit., §§ 33 ss.

Infatti, sotto un primo aspetto, l'obbligo è considerato illegittimo non in quanto tale, ma in funzione delle notizie di reato che possono derivarne sul terreno penalistico e del conseguente utilizzo che venga fatto delle informazioni così "estorte" all'interno di un eventuale processo penale. Questa prima lettura, com'è evidente, si muove interamente entro gli schemi che rimandano a una posizione ancillare del procedimento amministrativo rispetto alla giurisdizione. È lo schema, più volte sopra richiamato, della continuità tra procedimento e processo, intesa nel pregnante significato per il quale il primo può – in questo caso, deve – contenere anticipazioni anche di rilievo delle garanzie proprie del secondo, ma sempre sul presupposto che è nella giurisdizione che si traggono le fila di ogni discorso, in quanto la stessa giurisdizione, come detto, è sede costituzionalmente assorbente della tutela processuale. In questa accezione, quindi, il diritto al silenzio rileva in funzione della pienezza della tutela giurisdizionale in sede propriamente penale.

Sotto il secondo aspetto, però, questa stessa giurisprudenza si spinge oltre, fino a postulare anche, ove occorra, l'autonomia del diritto al silenzio dal rapporto con la tutela processuale penale e a sancirne la vigenza anche ai soli fini dell'infrazione della sanzione amministrativa. L'autonomizzarsi, che in questo modo si realizza, del procedimento dal processo lascia supporre che, almeno ai fini del diritto al silenzio, i supremi giudici nazionali e sovranazionali si muovano in un'ottica diversa rispetto a quella che individua nel procedimento una mera anticipazione delle tutele processuali<sup>55</sup>. Qui il procedimento sanzionatorio è di per sé oggetto di attenzione e la lesione del diritto al silenzio è sufficiente a inficiarne intrinsecamente la validità.

Non può negarsi che l'estensione del diritto al silenzio abbia un certo rilievo ai fini della ricostruzione in senso para-processuale dei modelli sanzionatori di diritto amministrativo. Ciò deriva dal fatto che l'istituto medesimo è peculiare del processo penale e si inserisce in maniera del tutto organica nel sistema di garanzie che lo contraddistinguono. Sotto tale profilo, quindi, la sua applicazione al procedimento sanzionatorio non raffigura una tessera qualunque del mosaico, ma, in quanto tipico e fondamentale corollario del principio dell'equo processo, contribuisce a illuminare di una luce diversa anche il resto del procedimento per l'impianto complessivamente garantista che va a contraddistinguerlo.

55. Forse, i due differenti profili del diritto al silenzio presso l'autorità amministrativa, l'uno in funzione di una successiva ed eventuale incriminazione penale in senso stretto, l'altro, invece, riguardante il procedimento amministrativo di per sé, sono evidenziati nella maniera più chiara proprio dalla Corte di Giustizia Ue, *DB c. CONSOB*, cit., § 45, per cui il diritto al silenzio presso l'autorità amministrativa "osta, in particolare, a che tale persona venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente (...) risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale".

Allo stesso tempo, però, non va dimenticato che quello del diritto al silenzio rimane un filone giurisprudenziale “estragante” rispetto a quello relativo alla *full jurisdiction*.

In ogni caso, le varie traiettorie percorse dal giudice di Strasburgo sembrano essere accomunate per il fatto che l’esigenza di anticipare le tutele processuali è legata, il più delle volte, al rischio dell’irreparabilità del danno concretamente sofferto dal sanzionato, sostanzialmente condannato in un procedimento “penale” in assenza delle dovute garanzie e in contrasto con il principio della presunzione di innocenza.

## 9. Brevi note conclusive

Alcuni nodi irrisolti rimangono a proposito dello statuto del procedimento sanzionatorio nel diritto CEDU. Sembra tuttora mancare di risposta definitiva il fondamentale interrogativo circa il rapporto tra procedimento e processo. Come visto, a determinate condizioni la sede amministrativa può presentarsi come alternativa al processo, anche se resta aperta un’ulteriore e fondamentale questione.

A fronte di indirizzi giurisprudenziali e dottrinali ancora saldamente ancorati alla pienezza della tutela giurisdizionale, emergono tendenze e auspici nella direzione di una maggiore emancipazione della sede amministrativa, che va di pari passo con l’esigenza di un recupero quanto più pieno, in quella sede, almeno degli istituti portanti del sistema processuale.

Tale tendenza sembra venire incontro anche all’ulteriore, ma non meno avvertita esigenza di adeguatezza tecnico-funzionale, in nome della quale gli stessi procedimenti sanzionatori alternativi sono stati ideati: l’esigenza, cioè, che le valutazioni discrezionali e tecniche avvengano nella sede istituzionale più appropriata, con una corrispettiva riduzione della necessità di sovrapporvi determinazioni del giudice che sfocino, al limite, nel merito delle questioni. Affinché ci si possa avvicinare a tale risultato e sollevare il giudice almeno di parte delle suddette incombenze, è indispensabile che il contraddittorio processuale, la parità delle armi e gli altri elementi che compongono il giusto processo penetrino la sede amministrativa, almeno nella loro portata sostanziale, andando a contaminare il procedimento sanzionatorio in maniera più autenticamente giustiziale, in modo proporzionato all’afflittività dello stesso e all’entità dei beni giuridici interessati.



# TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA E *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*. IL RUOLO DEI CONTROLIMITI COSTITUZIONALI

ANNA CAMILLA VISCONTI\*

SOMMARIO: 1. Il ruolo dei controlimiti costituzionali – 2. Integrazione europea in ambito economico-finanziario. Le ADR tra mercato unico e accesso alla giustizia – 3. Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nel sistema bancario e finanziario. Un (rapido) sguardo all’ordinamento italiano – 4. ADR tra tutela del risparmio e tutela giurisdizionale effettiva – 5. Brevi notazioni conclusive.

## 1. Il ruolo dei controlimiti costituzionali

La tutela giurisdizionale dei diritti – segnatamente dei diritti in materia economico-finanziaria – richiede di essere approcciata con le “lenti” del costituzionalismo multilivello. Non solo il diritto alla tutela giurisdizionale trova riconoscimento, oltretutto nella Costituzione italiana, nelle altre “Carte dei diritti”, materialmente costituzionali, quali CDFUE e CEDU, ma costituisce un diritto da ascrivere a quel “sottoinsieme” di disposizioni costituzionali suscettibile di fungere da eccezione al primato del diritto UE (c.d. controlimiti).

In tal senso, la compresenza di plurimi sistemi giuridici ed il concorrere di plurimi sistemi di tutela dei diritti nel medesimo contesto geografico collocano i diritti medesimi al centro di una interazione costante tra Corti (costituzionali e sovranazionali)<sup>1</sup>.

Nondimeno, quanto asserito va posto in relazione con l’avanzare del processo di integrazione europea, a fronte del quale si moltiplicano le occasioni di confronto/scontro tra Corti. A porsi è il tema dei rapporti inter-ordinamentali, specie al-

\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

1. Per un approfondimento, si veda S. Morano-Foadi, *Fundamental Rights in Europe: “Constitutional” Dialogue between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights*, in *Sortuz*, 5(1), 2013, 64 ss.

lorquando vengano in discussione principi e diritti fondamentali appartenenti al “nocciolo duro” dell’ordinamento costituzionale, dando sostanza alla c.d. dottrina dei controlimiti.

I controlimiti risponderebbero all’esigenza di ricondurre a unità integrazione europea, da un lato, e principi di struttura degli ordinamenti costituzionali, dall’altro, venendo, a un tempo, a configurare “potenziali ‘riserve di sovranità’”<sup>2</sup> e “parte delle ‘regole di ingaggio’ del patto eurounitario”<sup>3</sup>. I controlimiti si pongono, infatti, in un rapporto biunivoco con la sovranità statale, nella misura in cui “reclamare l’intangibilità di alcuni principi significa dare un senso alla perdurante qualificazione dello Stato come soggetto sovrano, che, proprio in quanto *superiorem non recognoscens*, può autodefinire la propria identità e tutelarla nei confronti di chiunque”<sup>4</sup>. Ad essere evocata è, a ben vedere, la tensione tra primato del diritto UE e rispetto della “identità nazionale insita nella (...) struttura fondamentale, politica e costituzionale [degli Stati membri, *N.d.A.*]” di cui all’art. 4.2 TUE, la quale si traduce nella dialettica tra la “vocazione istituzionale” dell’Unione quale “ordinamento appunto che *in progress* tende verso una crescente integrazione interna e stabilizzazione” e “vocazione ‘pluralista’ dell’istituzione stessa, che vuole edificarsi e crescere nello scrupoloso rispetto dell’identità costituzionale di ciascuno degli ordinamenti nazionali da cui risulta composta”<sup>5</sup>.

Sebbene di ormai risalente elaborazione, la dottrina dei controlimiti sta sperimentando “una nuova fiammata”<sup>6</sup>, la cui “miccia” si rinviene in plurimi fattori tra cui l’“ampliamento o l’ulteriore approfondimento delle competenze dell’Unione in materie molto vicine al cuore della sovranità statale”<sup>7</sup> com’è, ad esempio, quella monetaria<sup>8</sup>.

Al contempo, si osserva la tendenza delle Corti costituzionali nazionali a “(ri)entrare in scena nella sistemazione dei rapporti tra fonti riappropriandosi di un ruolo più attivo”<sup>9</sup> rispetto a un passato di loro “emarginazione” da un

2. A. Guazzarotti, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 7-8.

3. V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*. Note minime all’ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 1 ss., 4.

4. M. Luciani, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 1, 2015, 84 ss., 90.

5. A. Ruggeri, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”*, in *Dir. comp.*, 2013, 1 ss., 6.

6. R. Calvano, *La Corte costituzionale e i “controlimiti” 2.0*, in *Federalismi.it*, 1, 2016, 2 ss.

7. R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Oss. fonti*, 1, 2018, 1 ss., 2.

8. Sul punto si veda D. Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell’Unione europea nel dialogo tra Corti*, Firenze University Press, 2021, 15 ss., specialmente 17-20.

9. R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant’Agostino*, cit., 5-6.

dialogo che vedeva come principali protagonisti giudici comuni e Corte di giustizia. Una tendenza, quest'ultima, che parimenti si osserva nel caso *Ceramica Sant'Agostino*<sup>10</sup>, in cui la Corte costituzionale italiana, a fronte dell'“impronta tipicamente costituzionale” della CDFUE<sup>11</sup>, ha inteso estendere (sebbene con i “temperamenti” successivamente intervenuti<sup>12</sup>) il proprio sindacato accentrato di costituzionalità.

L'intensificarsi del dialogo tra Corti, nelle sue diverse manifestazioni, dà la misura del non agevole percorso di integrazione europea, a fronte del quale si osservano pronunce dai toni maggiormente “concilianti” ed altre che, viceversa, paiono ascrivibili a moduli conflittivi anziché dialogici. Basti rievocare, nell'un senso, la saga *Taricco*<sup>13</sup> e la (più recente) sentenza del Tribunale costituzionale portoghese n. 422/2020<sup>14</sup> e, nell'altro, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* nei casi *Gauweiler/OMT*<sup>15</sup> e *Weiss/PSPP*<sup>16</sup>.

In specie, la pronuncia n. 422/2020 con cui il Tribunale costituzionale portoghese ha per la prima volta preso posizione in tema di rapporti tra diritto UE e diritto nazionale si colloca in linea di continuità con autorevoli precedenti, quali

10. Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269.

11. Ivi, *cons. in dir.*, punto 5.2.

12. Si vedano Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20; 21 marzo 2019, n. 63.

13. Si vedano Corte giust. UE 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a.*; Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24; Corte giust. UE 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*; Corte cost. 31 maggio 2018, n. 115. In dottrina, *ex multis*, A. Bernardi, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, 109 ss.; G. Piccirilli, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Consulta online*, 1, 2017, 125 ss.; D. Tega, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari*, in *Forum quad. cost.*, 2017, 1 ss.; B. Guastaferrro, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, 441 ss. Sia consentito A.C. Visconti, *Integrazione europea e “controlimiti”. Una necessaria actio finium regundorum?*, in *DPCE*, 2, 2017, 543 ss.

14. Trib. const. Portugal 15 luglio 2020, n. 422. In dottrina si veda per tutti R. Tavares Lanceiro, *Op-Ed: “The Portuguese Constitutional Court judgment 422/2020 – a ‘Solange’ moment?”*, in *EU law live*, 24 luglio 2020.

15. Si vedano BVerfG 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13 e 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13. In dottrina, tra gli altri, F. Pennesi, *The impossible constitutional reconciliation of the BVerfG and the ECJ in the OMT case. A legal analysis of the first preliminary referral of the BVerfG*, in *Persp. federalism*, 8(3), 2016, 1 ss.; A. Pliakos, G. Anagnostaras, *Saving Face? The German Federal Constitutional Court Decides Gauweiler*, in *GLJ*, 18(1), 2017, 213 ss.; P. Faraguna, *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di Giustizia e Tribunali costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1, 2017, 567 ss.

16. Si vedano BVerfG 18 luglio 2017, 2 BvR 859/15 e 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15. In dottrina, si vedano, tra gli altri, P. Faraguna, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quad. cost.*, 4, 2017, 930 ss.; F.C. Mayer, *To Boldly Go Where No Courts Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020*, in *GLJ*, 21(5), 2020, 1116 ss.

*Frontini, Taricco*, oltreché *Solange, Maastricht e Lissabon*<sup>17</sup> e, al contempo, contribuisce – per contrasto – a far ulteriormente emergere i toni “demolitori” della sentenza *Weiss II* del 5 maggio 2020. La prima, infatti, nello specificare i contorni e le condizioni per l’attivazione dei controlimiti – quale eccezione al primato del diritto UE, come prevista dal secondo periodo dell’art. 8.4 della Costituzione portoghese –, sottolinea che “un approccio meno rigoroso” produrrebbe, quale conseguenza “costituzionalmente poco desiderabile”, di aprire il varco a un dibattito potenzialmente costante con la Corte di giustizia, dando luogo a uno “spurious national system, without any support within the constitutional framework of interaction between the national and European legal orders”<sup>18</sup>. Per tale via, la pronuncia dimostrerebbe un’attitudine “collaborativa” suscettibile di essere accostata a quella palesata dalla Corte costituzionale italiana con l’ordinanza n. 24/2017 nel caso *Taricco*: una scelta ispirata “all’approfondimento, alla ponderazione e al raffreddamento del conflitto”<sup>19</sup>.

Impostazione (si potrebbe definire) antitetica quella fatta propria dal BVerfG che, con la sentenza *Weiss II*, avrebbe raggiunto l’acme di una tendenza già in certa misura preannunciata con la sentenza del 30 luglio 2019 sull’Unione bancaria europea<sup>20</sup>, mettendo sotto tensione il primato del diritto UE e la connessa funzione nomofilattica della Corte di giustizia<sup>21</sup>. I giudici di Karlsruhe, nel mettere la parola “fine” al confronto da essi intavolato con il secondo rinvio pregiudiziale sollevato con ordinanza del 18 luglio 2017, portano alle estreme conseguenze la propria giurisprudenza in materia di *non standard monetary policy measures* della BCE, rischiando di minare le fondamenta della logica cooperativa tra Corti a favore della “rule of the strongest Court”<sup>22</sup>, dalle non auspicabili ripercussioni in termini di tenuta della costruzione europea.

17. Si veda R. Tavares Lanceiro, *Op-Ed*, cit.

18. Trib. const. Portugal 15 luglio 2020, n. 422, punto 2.8.

19. G. Piccirilli, *L’unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti*, cit., 126. In senso analogo B. Guastaferro, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli*, cit., 444-445.

20. BVerfG 30 luglio 2019, 2 BvR 1685/14.

21. Si veda G. Scaccia, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell’Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE*, in *DPCE online*, 2, 2020, 2857 ss.

22. F.C. Mayer, *To Boldly Go Where No Courts Has Gone Before*, cit., 1126. In termini non dissimili si esprime J. Ziller, *L’insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *AISDUE*, 1, 2020, 1 ss., 3, ad avviso del quale “il BVerfG si arroga il potere di valutare in via definitiva la legalità di un atto dell’Unione europea e rischia quindi di smantellare l’unità di applicazione del diritto dell’Unione”; nonché G. Tesauero, P. De Pasquale, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Oss. eur.*, 2 maggio 2020, 1 ss., 20, nell’opinione dei quali la sentenza sarebbe un “episodio infelice, come altri in passato, della normale dialettica del tanto apprezzato dialogo tra le Corti”. Si vedano, altresì, le considerazioni di M.P. Chiti, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Quantitative Easing avvia*

Da tali brevi notazioni emerge come il concorrere di plurimi sistemi giuridici, ciascuno facente capo alle rispettive Corti, richieda quello che si potrebbe ritenere un “oculato” utilizzo dei controlimiti, che consenta, da un lato, di preservare il ruolo delle Corti costituzionali nazionali e, dall’altro, di non ingenerare una moltiplicazione delle occasioni di attrito tra Corti. Non si può revocare in dubbio, infatti, che quanto più si moltiplichino le occasioni di “confronto/scontro” tra Corti tanto più si amplificano i rischi di “un’applicazione differenziata della normativa sovranazionale (...) e di compromettere i valori internazionalistici sanciti nelle Costituzioni contemporanee”<sup>23</sup>. Ragione per la quale sarebbero da guardarsi positivamente soluzioni che sappiano raggiungere un punto di equilibrio tra apertura al diritto *ab extra* e salvaguardia dell’identità costituzionale. Ad ammettere il contrario, si contraddirebbero i principi fondanti, a un tempo, gli ordinamenti interni (e, in particolare, quelle “valvole di apertura” presenti nei testi costituzionali) e la costruzione comune europea, dovendosi rammentare che “il principio di ‘apertura’ entra a comporre la struttura di entrambi gli ordinamenti”, informando di sé tanto l’Unione – nel suo attingere dalle tradizioni costituzionali comuni –, quanto i singoli ordinamenti nazionali parte, in un moto “ascendente (...) e discendente (specie grazie al meccanismo dell’effetto diretto) e, a conti fatti, circolare”<sup>24</sup>.

## **2. Integrazione europea in ambito economico-finanziario. Le ADR tra mercato unico e accesso alla giustizia**

L’ambito economico-finanziario – e la tutela della clientela degli intermediari bancari e finanziari in esso ricompresa – rappresenta una specifica traiettoria dell’avanzare dell’integrazione europea, la quale è andata (e va) approfondendosi (anche) sotto la “spinta propulsiva” della crisi economico-finanziaria, che ha contribuito a portare in emersione l’esigenza di completamento dell’Unione economica e monetaria delineata a Maastricht. In tale prospettiva, si evidenzia, in prima

*il processo di “disintegrazione europea” o per una vera fiscalità europea?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2020, 257 ss., specialmente 271-272, ove l’A., nel descrivere la pronuncia in esame quale “forma mascherata (neanche tanto) di ‘secessione per via giudiziaria’”, ne sottolinea gli elementi di distinguo rispetto, ad esempio, al caso Taricco, il quale avrebbe, *a contrario*, “mostrato in modo esemplare che cosa si intende con l’espressione (...) di ‘dialogo tra le corti’”. Sia consentito A.C. Visconti, *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, Bologna University Press, 2023, 381 ss.

23. D. Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell’Unione europea*, cit., 30.

24. A. Ruggeri, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Oss. fonti*, 3, 2018, 1 ss., 10.

istanza, il portato trasformativo della/e crisi quale “potente fattore di mutamento politico e istituzionale”<sup>25</sup>, il quale, procedendo nella direzione dell’avanzamento del processo integrativo europeo, contribuisce parimenti ad alimentare la tensione tra primato del diritto UE e sovranità statale.

Entro tale cornice di riferimento si iscrive la via via crescente sensibilità (e la relativa opera di sensibilizzazione) alle esigenze di tutela della clientela degli intermediari bancari e finanziari. Anche in tale specifica prospettiva, infatti, un fattore determinante sarebbe da rinvenirsi nella crisi economico-finanziaria, per avere quest’ultima contribuito a dare ulteriore centralità alla salvaguardia della stabilità finanziaria. Ciascuna delle linee di intervento dell’Unione europea nel fronteggiare la crisi, infatti, ha variamente perseguito l’obiettivo della preservazione della stabilità del sistema finanziario. Un obiettivo che ha significato l’avvio del processo di riforma (ancora *in fieri*) confluito nell’Unione bancaria<sup>26</sup>, oltreché la crescente attenzione all’educazione finanziaria, in una duplice ottica di *tutela* e *responsabilizzazione* dei consumatori dei servizi bancari e finanziari e, finanche, l’implementazione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. Questi ultimi, in particolare, rappresentano un ulteriore “efficace sistema di *enforcement* che si affianca agli strumenti di tutela *ex ante* costituiti dalla regolamentazione, dai controlli delle autorità e dai programmi di educazione finanziaria”<sup>27</sup>. In specie, il nesso tra sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e obiettivo complessivo di salvaguardia della stabilità finanziaria si impernia sul rapporto di fiducia “cliente-intermediario”, il quale alimenta quel circuito virtuoso che, nel convogliare il risparmio verso il sistema finanziario, si dimostra funzionale e servente alla crescita economica<sup>28</sup>.

Nella prospettiva da ultimo citata acquista particolare rilievo l’approccio sovranazionale in materia di tutela dei diritti e, segnatamente, dei diritti dei consu-

25. M. Belletti, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell’equilibrio di bilancio*, Giappichelli, 2016, 10. Si veda, altresì, G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, 29 ss., 29, ove l’A. sostiene la *coestensività* dei termini crisi e cambiamento.

26. Per un approfondimento, si vedano, tra gli altri, R. Ibrido, *L’Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Giappichelli, 2017; A. Pierini, *L’Unione bancaria europea come federalizing process. Una prospettiva di diritto comparato*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019; M. Lamandini, F. Pellegrini, *Il completamento dell’Unione Bancaria e le prospettive di ulteriori riforme*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pacini, 2022, 297 ss.

27. G. Boccuzzi, A. Valsecchi, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in G. Boccuzzi (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un’analisi comparata*, Banca d’Italia. Eurosystema, (*Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*), 68, 2010, 13 ss., 17.

28. Cfr. *ivi*, 13.

matori<sup>29</sup>, quale settore da considerarsi “pilota” nell’ambito delle “politiche verso la valorizzazione dei meccanismi alternativi di tutela”<sup>30</sup>.

L’approccio delle istituzioni UE in materia trova una propria sintesi già nelle Raccomandazioni della Commissione del 1998<sup>31</sup> e del 2001<sup>32</sup>, relative ai principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, tra cui (a titolo esemplificativo) i principi di indipendenza/imparzialità, di trasparenza, del contraddittorio, dell’efficacia. L’obiettivo sotteso alle citate Raccomandazioni vuole essere la predisposizione di strumenti volti ad accrescere tanto le *chances* di tutela, quanto la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato unico, sì da, in certa misura, “funzionalizzare” la risoluzione della singola controversia a fini di carattere generale, i quali involgono lo stesso processo di integrazione europea, essendosi sottolineato che i metodi alternativi di risoluzione delle controversie si pongono quali “strumenti in grado di aumentare il coinvolgimento del singolo cittadino (inteso quindi come anello necessario della catena) nel processo di sviluppo e di integrazione del diritto europeo”<sup>33</sup>. Al contempo, le citate Raccomandazioni sono state precedute dal Libro verde “L’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico” del 16 novembre 1993<sup>34</sup>. Il Libro verde significativamente richiama i rischi di asimmetria tra “diritto” e “realtà”, ove sottolinea che, in mancanza di procedure accessibili (e concretamente efficaci), si verrebbe a creare “una sfasatura tra il contesto disegnato dal le-

29. Non potendosi in questa sede affrontare la tematica della tutela del consumatore, basti sottolineare la rilevanza autonoma che la tutela consumeristica ha assunto nel contesto del diritto UE, il quale include la protezione del consumatore tra i diritti fondamentali dell’Unione europea (cfr. art. 38 CDFUE), oltretutto tra i principi dell’UE (cfr. art. 12 TUE), dovendosi, altresì, richiamare il disposto di cui all’art. 81.2, lett. g), TFUE sullo sviluppo dei metodi alternativi per la risoluzione delle controversie. In dottrina, cfr. G. Boccuzzi, M. Guida, U. Placanica, A. Sciotti, A. Valsecchi, *La tutela del consumatore di prodotti bancari e finanziari in ambito europeo: Un quadro di sintesi*, in G. Boccuzzi (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un’analisi comparata*, Banca d’Italia. Eurosystema (*Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*), 68, 2010, 19 ss., 21.

30. M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University Press, 2007, 35-36.

31. Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (98/257/CE).

32. Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (2001/310/CE).

33. M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche*, cit., 42.

34. Libro verde “L’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico”, COM(93) 576 def., Bruxelles, 16 novembre 1993.

gislatore e la realtà vissuta dai cittadini”<sup>35</sup>. Ancora significativo il richiamo al parere espresso, il 26 settembre 1991, dal Comitato economico e sociale, per il quale, rispetto al tema “accesso alla giustizia dei consumatori”, “in caso di controversia il Mercato ‘unico’ scompare per dar luogo a dodici se non più sistemi giudiziari gelosi della loro indipendenza e sovranità”<sup>36</sup>, con ricadute negative in termini tanto di tutela del singolo, quanto di integrazione europea.

In tal senso, l’implementazione delle ADR si colloca all’intersezione tra funzionamento del mercato unico ed effettività dell’accesso alla giustizia, sì come parimenti emerge dal Libro verde “relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale” del 2002<sup>37</sup>, ove si segnala la valenza pratica dello sviluppo delle ADR, come pienamente collocato “nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell’accesso alla giustizia”<sup>38</sup>.

La relazione biunivoca tra implementazione delle ADR e accrescimento della fiducia dei consumatori nel mercato si rinviene, altresì, nella Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 “sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare”<sup>39</sup>, nonché nella Direttiva sull’ADR per i consumatori<sup>40</sup> e nel Regolamento sull’ODR per i consumatori<sup>41</sup>. Misure, queste ultime, non casualmente inserite tra le “dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia”, nella prospettiva del completamento del mercato unico, di cui alla Comunicazione “L’atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. ‘Insieme per una nuova crescita’” del 13 aprile 2011<sup>42</sup>. In tal senso, le ADR rappresenterebbero mezzi accessibili, rapidi e a basso costo, funzionali – nell’ottica europea – tanto al corretto funzionamento del mercato interno<sup>43</sup>, quanto al superamento dei problemi di conge-

35. Ivi, 4.

36. Ivi, 14.

37. Libro verde “relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”, Bruxelles, 19.04.2002, COM(2002) 196 definitivo.

38. Ivi, punto 9.

39. Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 “sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare” (2011/2117(INI)).

40. Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 “sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull’ADR per i consumatori)”.

41. Regolamento (UE) n. 524/2013 del 21 maggio 2013 “relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull’ODR per i consumatori)”.

42. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni “L’atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. ‘Insieme per una nuova crescita’”, Bruxelles, 13 aprile 2011, COM(2011) 206 definitivo.

43. Cfr. Direttiva 2013/11/UE, considerando nn. 3, 4, 6.



stione che, di fatto, ostacolano l'esercizio del diritto a un processo equo in tempi ragionevoli<sup>44</sup>.

### **3. Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nel sistema bancario e finanziario. Un (rapido) sguardo all'ordinamento italiano**

I principali strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (*Alternative Dispute Resolution* – ADR) nel sistema bancario e finanziario italiano<sup>45</sup> – l'Arbitro bancario finanziario (ABF) e l'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) – sono stati istituiti, rispettivamente, nel 2009 e nel 2016. Tali organismi stragiudiziali si presenterebbero “ontologicamente più funzionali alla ‘magmaticità’ che contraddistingue la materia [bancaria e finanziaria, *N.d.A.*], le cui peculiarità manifestano profondi profili di divergenza (...) rispetto alla disciplina generale del contratto”<sup>46</sup> dalla quale si differenzia, tra le altre cose, per l'asimmetria che strutturalmente connota la relazione tra consumatore e intermediario.

Come sottolineato nella Relazione conclusiva dei lavori svolti dalla Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato, costituita con il d.m. 7 marzo 2016 e presieduta dal Prof. Avv. Guido Alpa, “le ADR sono intese in una duplice funzione: come tecnica per migliorare e agevolare l'accesso alla giustizia (...) e come tecnica per filtrare i procedimenti rivolti al giudice ordinario, quale tentativo di risolvere i conflitti prima che essi si incardinino nel sistema giudiziario”<sup>47</sup>. Detti strumenti perseguono, pertanto, la finalità di ampliare gli strumenti a disposizione dei singoli per la tutela dei propri diritti, per tale via contribuendo a scongiurare un funzionamento poco efficiente della tutela giurisdizionale. In tal senso, le ADR – e, in specie, l'ABF e l'ACF – svolgerebbero “un ruolo di specificazione della complessa attività di interpretazione”, fungendo (almeno indirettamente) da “deflat-

44. Cfr. Direttiva 2013/11/UE, considerando n. 15.

45. Si veda M. Rescigno, *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2011, specialmente 85 ss.

46. F. Greco, *L'Arbitro bancario finanziario e gli altri sistemi alternativi di alternative dispute resolution*, in G. Cricenti, F. Greco (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei conflitti*, Giuffrè, 2020, 721 ss., 724.

47. Ministero della Giustizia, “Relazione conclusiva dei lavori svolti dalla Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato”, 6.

tori del contenzioso, in considerazione della capacità conformativa delle loro decisioni, rispetto al comportamento degli intermediari”<sup>48</sup>.

L’ABF è stato istituito in attuazione dell’art. 128-*bis* TUB (d.lgs. n. 385/1993), come introdotto dall’art. 29 della l. n. 262/2005, recante “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”, al fine di rispondere – mediante il previsto obbligo in capo alle banche e agli intermediari finanziari di aderire ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela<sup>49</sup> – all’esigenza di tutela degli utenti del mercato finanziario, sì come particolarmente avvertita negli anni della crisi economico-finanziaria, specie alla luce della crisi Parmalat<sup>50</sup>. Del pari, l’art. 128-*bis*, co. 3, TUB dispone che “fatto salvo quanto previsto dall’articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall’ordinamento”<sup>51</sup>. La conseguente disciplina di attuazione si rinviene nella deliberazione del CICR n. 275 del 29 luglio 2008, nonché nelle disposizioni della Banca d’Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, come successivamente modificate, da ultimo, nel 2020<sup>52</sup>. Come espresso dalle citate disposizioni, infatti, l’adesione all’ABF “costituisce una condizione per l’esercizio dell’attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di

48. F. Greco, *L’Arbitro bancario finanziario*, cit., 724. La citata capacità conformativa si misura sul piano reputazionale, attese le conseguenze, appunto, reputazionali cui si vedrebbe esposto l’intermediario “virtualmente” soccombente in caso di mancato adempimento alla decisione dell’ABF. Per un approfondimento cfr. C. Consolo, M. Stella, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2011, 121 ss., 126, 128, 130, i quali qualificano l’ABF nei termini di un istituto dalla “ratio preventivo-deflattiva”, associabile (sebbene con le opportune cautele) alla *Early Neutral Evaluation* di matrice anglosassone; M. Perassi, *Il ruolo dell’ABF nell’ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2011, 143 ss., 153.

49. Oltreché prevedere il citato obbligo, si demanda alla deliberazione del CICR (su proposta della Banca d’Italia) la determinazione dei criteri di svolgimento delle citate procedure e di composizione dell’organo decidente, nel rispetto dei canoni di imparzialità e rappresentatività dei soggetti interessati, nonché di rapidità, economicità ed effettività della tutela (cfr. art. 128-*bis*, co. 1 e 2, TUB).

50. Si veda S. Cotterli, *ABF e tutela del cliente bancario*, in *Banca impr. soc.*, 2, 2019, 307 ss., 307, ove l’A. valorizza, in tal senso, la collocazione dell’art. 128-*bis* nell’ambito della disciplina in materia di trasparenza e correttezza.

51. La disciplina di cui al d.lgs. n. 28/2010 è stata parzialmente rivista, a partire dalle modifiche introdotte dall’art. 84 del d.lgs. n. 69/2013, successivamente alla pronuncia di illegittimità costituzionale (Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272).

52. La delibera del CICR n. 275 del 29 luglio 2008 è stata modificata con decreto d’urgenza del Ministro dell’economia e delle finanze – Presidente del CICR, del 10 luglio 2020, n. 127; il provvedimento della Banca d’Italia recante “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni bancarie e finanziarie”, è stato da ultimo modificato con provvedimento datato 12 agosto 2020.

pagamento”, il cui mancato rispetto comporta l’irrogazione della sanzione di cui all’art. 144, co. 4, TUB, spettando alla Banca d’Italia la valutazione dell’eventuale violazione<sup>53</sup>.

L’evoluzione normativa sinteticamente riportata avrebbe segnato “il passaggio da un sistema in cui la gestione alternativa delle controversie era lasciata a iniziative di autoregolamentazione degli intermediari a un assetto connotato da un’impronta più marcatamente pubblicistica”<sup>54</sup>, essendosi previsto, *ex art. 5 del d.lgs. n. 28/2010*<sup>55</sup>, l’obbligo di esperire il procedimento di mediazione quale “condizione di procedibilità della domanda giudiziale” per le controversie in materia, tra le altre, di contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Brevemente, l’ACF<sup>56</sup> è uno strumento (concepito sul modello dell’ABF<sup>57</sup>) volto alla risoluzione delle controversie, tra investitori *retail* e intermediari, relative alla violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza<sup>58</sup>.

Tali strumenti offrono soluzioni “altre” e preordinate all’esigenza di flessibilità, celerità, economicità ed efficacia, le quali si rivelano serventi a uno “sgravio” dell’apparato giudiziario ed alla salvaguardia della fiducia dei consumatori nel mercato, migliorando “la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari” e costituendo “un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso”.

53. Banca d’Italia. Eurosistema, “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni bancarie e finanziarie”, 9.

54. G. Bocuzzi, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un’analisi comparata*, Banca d’Italia. Eurosistema, (*Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*), 68, 2010, 7 ss., 8.

55. D.lgs. da ultimo modificato dalla l. n. 197/2022 e dal d.lgs. n. 28/2023.

56. L’ACF è stato istituito dalla CONSOB con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016 a mezzo della quale è stato parimenti adottato il Regolamento di attuazione dell’art. 2, co. 5-*bis* e 5-*ter*, del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente l’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) ed è stato reso operativo a partire dal 9 gennaio 2017 con la successiva delibera n. 19783 del 23 novembre 2016. Il quadro legislativo si compone, del pari, del d.lgs. n. 130/2015 di attuazione della Direttiva 11/2013/UE (“Direttiva sull’ADR per i consumatori”), con cui è stato inserito nella parte V del d.lgs. n. 206/2005, recante “Codice del consumo”, il Titolo II-*bis* sulla “Risoluzione extragiudiziale delle controversie”. Si segnala che il d.lgs. n. 179/2007 è stato abrogato dal d.lgs. n. 129/2017, ma le relative disposizioni hanno continuato ad essere applicate fino al 3 gennaio 2018. A partire da tale data i riferimenti all’art. 2, co. 5-*bis* e 5-*ter* si intendono effettuati ai commi 1 e 2 dell’art. 32-*ter* del TUF (d.lgs. n. 58/1998). Quanto al Regolamento concernente l’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), questi è stato modificato con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021 che ha sostituito le parole “2, co. 5-*bis* e 5-*ter*, del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179” con “32-*ter*, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.

57. Si vedano A.A. Dolmetta, U. Malvagna, *Sul nuovo “ADR CONSOB”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2016, 251 ss.; F. Greco, *L’Arbitro bancario finanziario*, cit., 743 ss.

58. Cfr. art. 4 del Regolamento concernente l’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF).

si come affermato – coerentemente alla disciplina UE pertinente – dalle menzionate disposizioni della Banca d’Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari con riferimento all’ABF<sup>59</sup>.

#### 4. ADR tra tutela del risparmio e tutela giurisdizionale effettiva

La diffusione delle ADR nel contesto nazionale italiano si iscrive nel quadro di una ridefinizione del rapporto tra individuo e autorità, quale risultante dell’applicazione del principio di sussidiarietà anche nella giurisdizione, sicché “l’intervento autoritativo giurisdizionale finisce con l’essere considerato l’ultima *chance* a disposizione dei soggetti in lite”<sup>60</sup>. Ciò implica che la soluzione delle controversie si colloca “al di fuori del concetto di giurisdizione, intesa come fondamentale *funzione* dello Stato”<sup>61</sup> essendo, d’altra parte, chiara la posizione della Corte costituzionale nel negare la riconducibilità dell’ABF agli organi giurisdizionali<sup>62</sup>.

La previsione e l’implementazione di sistemi alternativi e complementari di tutela acquistano “coloritura costituzionale”, dunque, nella misura in cui sollevano profili di rilievo, oltreché nella prospettiva della tutela del risparmio di cui all’art. 47 Cost., in quella (per quanto qui maggiormente rileva) del diritto alla tutela giurisdizionale.

Nella prima prospettiva – fermo restando che la tutela del risparmio non è sussumibile tra i controllimiti costituzionali – basti rilevare che le ADR si porrebbero in linea di continuità con la nozione costituzionale di bene “risparmio” quale “consumo differito”<sup>63</sup>, sotteso all’opera di “incoraggiamento” cui, *ex art.* 47, co. 1, Cost., è chiamata la Repubblica, lasciando, viceversa, “sullo sfondo” l’ulteriore componente, riconducibile all’opera di “tutela” di cui al disposto costituzionale. A venire in rilievo è il già menzionato rapporto di fiducia “cliente-intermediario”, in forza del quale il risparmio si manifesta nella sua veste di “bene essenziale per fi-

59. Banca d’Italia. Eurosystema, “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni bancarie e finanziarie”, 3.

60. T.E. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le “Alternative Dispute Resolutions”*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2011, 47 ss., 52, ove l’A. sottolinea come “la forza espansiva del principio di sussidiarietà (...) si innerv[i] anche nella giurisdizione”.

61. M. Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, CEDAM, 2007, 310. Sul concetto di giurisdizione, cfr. S. Salvatore, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, 218 ss.

62. Corte cost. 21 luglio 2011, n. 218.

63. G. Nina, *Risparmio (ad vocem)*, in *Dig. it.*, vol. XX, 1913-1918, 1271 ss., 1272.

nanziare il ciclo economico”<sup>64</sup> e, in quanto tale, meritevole di incentivazione “nella sua capacità di produrre ricchezza in quanto investito”<sup>65</sup>.

Nella seconda delle citate prospettive, a venire in rilievo è il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, quale diritto riconducibile al novero dei diritti inviolabili dell’uomo, riconosciuti e garantiti dall’art. 2 Cost., e, come tale, principio supremo dell’ordinamento costituzionale, sì come affermato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 98/1965<sup>66</sup>. Conseguentemente, si rendono necessarie garanzie e condizioni atte a salvaguardarne l’essenza, in ottica tanto nazionale, quanto sovranazionale, posta la sicura riconducibilità del diritto in parola ai controlimiti. Questi ultimi rappresentano, dunque, la cornice di riferimento alla luce della quale interrogarsi sullo stato di avanzamento dell’integrazione europea in ambito economico e finanziario, nonché sulle sue ricadute su estensione e modalità di tutela dei consumatori di servizi finanziari, specie ove si prenda a riferimento l’implementazione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Il quesito è se la previsione di detti strumenti si ponga in frizione con il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

Una possibile soluzione all’interrogativo è ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale, alla luce della quale acquista, altresì, un rafforzato rilievo l’orientamento della Corte di giustizia, come espresso nella sentenza *Menini e Rampanelli* del 2017 (su cui, *infra*).

64. Cfr. S. Ortino, *Banca d’Italia e Costituzione*, Pacini, 1979, 140 ss., ove l’A., a partire dalle diverse azioni (di “incoraggiamento” e di “tutela”) che la Repubblica è chiamata a svolgere a favore del risparmio, enuclea due distinte concezioni di risparmio, quale “bene esistenziale in posizione economica di tendenziale debolezza” e “bene essenziale per finanziare il ciclo economico”; in senso analogo, F. Merusi, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, Zanichelli, 1980, 153 ss.; S. Dettori, A. Zito, *Risparmio (tutela del)*, in G. Greco, M. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, vol. III, Giuffrè, 2007, 1731 ss., 1732. Sul punto, si segnala che la dottrina giuspubblicistica è sostanzialmente concorde nell’escludere dall’ambito di operatività dell’art. 47 Cost. il risparmio come “invito astratto alla parsimonia” e al “non-consumo”: una simile concezione sarebbe stata contraria al sistema economico e, come tale, da rigettare a vantaggio di una tesi dinamica, che inserisce il risparmio nel ciclo economico. Cfr., in tal senso, V. Spagnuolo Vigorita, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1962, 348 ss., spec. 354; G. Troisi, *Inchiesta sul sistema bancario*, De Donato, 1970; G. Ruta, *Il sistema della legislazione bancaria*, Bancaria, 1975; G. Di Plinio, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull’esercizio del credito. Un’analisi comparata*, Giappichelli, 2011, 271 ss. *Contra*, A. Cerri, A. Baldassarre, *Interpretazione dell’ordinanza di rimessione, tutela del risparmio, decreti legislativi vincolati*, in *Giur. cost.*, 1965, 813 ss.

65. R. Manfrellotti, *Art. 47*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana*, vol. I, il Mulino, 2018, 299 ss., 299.

66. Corte cost. 27 dicembre 1965, n. 98.

È costante orientamento della Corte costituzionale che gli artt. 24 e 113 Cost. non postulino “una correlazione assoluta tra il sorgere del diritto e la sua azionabilità”<sup>67</sup> al sussistere di una duplice condizione: *i*) che la dilazione sia giustificata da esigenze di ordine generale; e *ii*) che la tutela giurisdizionale non sia resa eccessivamente difficoltosa.

In tal senso, la Corte ha ritenuto giustificati eventuali oneri e condizioni all’esperimento del diritto ove diretti ad “evitarne (...) l’eccesso”, sì da “indirizzarlo a un suo uso adeguato”<sup>68</sup> o ad evitare “un sovraccarico dell’apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento” e, specularmente, a favorire “la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo”<sup>69</sup>.

Tuttavia, pur al concorrere di “esigenze di ordine generale e superiori finalità di giustizia (...) il legislatore è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall’esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa ovvero di non differirla irrazionalmente o *sine die*”<sup>70</sup>, dovendo “contenere l’onere nella misura meno gravosa possibile”<sup>71</sup>.

È in tale prospettiva che il tema della compatibilità delle ADR con i diritti e i principi sanciti a livello costituzionale in materia di accesso alla giustizia involge il piano delle garanzie che siffatti strumenti debbono rispettare. Dovrebbe, in particolare, valutarsi se le restrizioni cui, in tale ambito, soggiace il diritto alla tutela giurisdizionale siano giustificate da obiettivi di interesse generale e se esse costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento proporzionato. D’altra parte, riconoscere la fundamentalità di un diritto e l’esigenza di salvaguardarne il nucleo indefettibile non equivale ad attribuirgli un carattere di assoluta tale da sottrarlo a qualsivoglia bilanciamento o parziale e giustificata (o giustificabile) restrizione.

Quanto asserito trova conferma a livello sovranazionale, tanto nel diritto (primario e derivato) dell’UE, quanto nella giurisprudenza. Innanzitutto, il diritto alla tutela giurisdizionale è riconosciuto dall’art. 47 CDFUE, oltreché dall’art. 6 CEDU. Inoltre, le ADR si collocano in un rapporto di complementarietà e funzionalità con i procedimenti giurisdizionali, sì come espresso, oltreché dal Libro

67. Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 470, *Cons. in dir.*, punto 4.

68. Corte cost. 16 giugno 1964, n. 47, *Cons. in dir.*, punto 3.

69. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, *Cons. in dir.*, punto 3.4. Si vedano, altresì, Corte cost. 30 novembre 2007, n. 403 e 18 febbraio 2009, n. 51.

70. Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 470, *Cons. in dir.*, punto 4. Si vedano, altresì, Corte cost. 11 dicembre 1989, n. 530; 18 gennaio 1991, n. 15; 2 aprile 1992, n. 154; 23 novembre 1993, n. 406; 27 luglio 1994, n. 360.

71. Corte cost. 24 febbraio 1995, n. 56, *Cons. in dir.*, punto 4 e 4 luglio 1996, n. 233, *Cons. in dir.*, punto 2.2.

verde del 2002<sup>72</sup>, dalla Direttiva sull'ADR per i consumatori, il cui considerando 45 afferma che, in forza del diritto fondamentale a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, "l'obiettivo delle procedure ADR non dovrebbe essere né quello di sostituire le procedure giudiziali né quello di privare i consumatori o i professionisti del diritto di rivolgersi agli organi giurisdizionali". Coerentemente, tali strumenti non debbono precludere l'accesso alla giustizia, essendo demandato agli Stati membri di provvedere affinché alle parti non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione a tale controversia in ragione della scadenza dei termini di prescrizione o decadenza nel corso della procedura ADR<sup>73</sup>.

Quanto all'orientamento giurisprudenziale, i requisiti e principi di cui alla Direttiva sull'ADR per i consumatori sono stati richiamati dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Menini e Rampanelli* del 2017<sup>74</sup> circa l'obbligo di previo esperimento della mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria ex art. 5 del d.lgs. n. 28/2010.

Ad avviso della Corte, il condizionamento dell'azione giudiziaria non equivale, di per sé, a una violazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, nella misura in cui "i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti"<sup>75</sup>. Di talché, "il requisito della procedura di mediazione come condizione di procedibilità di un ricorso giurisdizionale può (...) rivelarsi compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva qualora tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, a patto però che la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e che sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone"<sup>76</sup>.

Di talché, l'impostazione impressa dal legislatore UE e l'orientamento della

72. Cfr. punto 9.

73. Cfr. Direttiva 2013/11/UE, artt. 1 e 12.

74. Corte giust. UE 14 giugno 2017, C-75/16, *Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli contro Banco Popolare – Società Cooperativa*.

75. Ivi, punto 54. Si veda, altresì, Corte giust. UE 18 marzo 2010, da C-317/08 a C-320/08, *Alassini e a.*, punto 63.

76. Ivi, punto 61. Si veda, altresì, Corte giust. UE 18 marzo 2010, da C-317/08 a C-320/08, *Alassini e a.*, punto 67.

Corte di giustizia parrebbero porsi in linea di continuità con la giurisprudenza costituzionale in materia e, segnatamente, con l'individuazione del duplice ordine di cautele individuate ai fini della compatibilità degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

## 5. Brevi notazioni conclusive

Le ADR, quale modalità alternativa alla soddisfazione dei diritti e degli interessi delle parti coinvolte, si pongono in un rapporto di complementarità con la tutela offerta in sede giurisdizionale, non dovendo, dunque, avere effetti preclusivi rispetto alla possibilità di accesso alla giustizia. È, in specie, la possibilità ad ogni modo riconosciuta di procedere per via giurisdizionale a rappresentare uno degli elementi a favore della compatibilità di tali strumenti con i principi di struttura dell'ordinamento costituzionale.

In tale prospettiva, la giurisprudenza orienta nel senso della compatibilità degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie con l'estensione costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Le ADR, infatti, sebbene pospongano o (auspicabilmente) evitino l'attivazione della via giurisdizionale, si risolvono in un ampliamento delle *chances* di tutela e non in una (costituzionalmente non accettabile) *deminutio*/denegazione di un diritto riconosciuto come fondamentale a livello tanto interno, quanto sovranazionale.

Se ne ricava che la compatibilità a Costituzione delle ADR si misura sull'equilibrio fra implementazione di detti strumenti e diritto alla tutela giurisdizionale, le cui limitazioni non debbono – sì come reiteratamente affermato dalla giurisprudenza – risolversi in un impedimento all'accesso alla giustizia. Al sussistere di tali condizioni le ADR parrebbero iscriversi in quella “massimizzazione della tutela” cui il sistema multilivello dei diritti si ispira e conforma.





PARTE SECONDA

TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA,  
SPECIALIZZAZIONE E SPECIALITÀ DEI GIUDICI  
A TUTELA DI DIRITTI NEI CONFRONTI  
DELL'AMMINISTRAZIONE.  
IL CASO EMBLEMATICO  
DELLA “GIURISDIZIONE SULLE RISORSE”



# LA GIURISDIZIONE SULLE ENTRATE E SULLE SPESE

MARIO BERTOLISSI\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Omissioni costituzionali – 3. Le entrate e le spese – 4. Questioni di sempre – 5. Forma, sostanza e giurisdizione.

## 1. Premessa

Per quanto possa apparire scontato l'approccio, che vede tra loro inscindibilmente connessi due oggetti, non solo lessicalmente, distinti, quali sono le *entrate* e le *spese*, è bene ricordare che non è così, nei fatti e, prima ancora, nelle teorie. Sono prevalse – su tutte e, in primo luogo, sul buon senso – concezioni accademiche astratte, le quali hanno preferito violentare la realtà, in nome delle convenzionali materie d'insegnamento, che hanno sempre separato il diritto tributario dalla contabilità pubblica<sup>1</sup>.

\* Università di Padova.

1. Come si avrà modo di accennare nel prosieguo, le resistenze al cambiamento sono dovute soprattutto alla persistenza, nel tempo, di *concetti* inadeguati perché superati dalle trasformazioni economiche, sociali ed istituzionali. Non è certo una novità, ma l'inclinazione opposta è dura a morire. Molto spesso, si rivela insuperabile. D'altra parte, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, 1996, 346, osserva come "certi schemi concettuali resistano agli stessi mutamenti delle forme di Stato e di governo". Si tratta di un fenomeno, che è alimentato, in particolare, dal normativismo formalistico, la cui inattendibilità è resa esplicita – oggettivamente – dalla lettura, ad es., di A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Rizzoli, 2007; Id. *L'antico regime e la rivoluzione*, a cura di G. Candeloro, Rizzoli, 2015, da cui si ricavano insegnamenti circa la rilevanza di usi, costumi e modi di pensare. Ecco: questi ultimi svolgono l'atroce funzione di ostacolare il progresso delle conoscenze e di impedire di comprendere, per quanto qui interessa, quale è il rilievo del principio costituzionale del buon andamento, posto dall'art. 97 Cost. Con l'occasione, si precisa che, in queste pagine, ci si sforzerà di ragionare, evitando citazioni *ad pompam* oppure di opere recenti, soltanto perché recenti. In ogni caso, quanto al nesso entrate-spese e all'esigenza di considerarle in una prospettiva unitaria, si ricordi che l'art. 53, comma 1, Cost. afferma che "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva".

Quanto al *diritto tributario*, se ne evidenzia la “natura strumentale”, rispetto alle tutele costituzionali essenziali, e si precisa che “il tributo in quanto prestazione pecuniaria coattiva nasce come pianta necessitata ed inestirpabile nella socialità dell’essere umano, nel suo volere vivere assieme ad altri uomini nella *città-stato*. Il vivere nella *civitas* genera ineludibilmente *spese comuni* e il *tributum* è lo strumento che veicola i criteri per la ripartizione delle spese comuni o pubbliche della organizzazione sociale”<sup>2</sup>.

La socialità, piuttosto che la norma e la normatività delle prescrizioni, avrebbe dovuto guidare ogni riflessione ricostruttiva. Ma questo decisivo carattere della funzione<sup>3</sup> è stato sottovalutato, se non del tutto pretermesso, in nome di una parcellizzazione dei fenomeni, che danno vita all’esperienza giuridica, per i quali si può dire – prendendo a prestito una felice espressione altrui – si tratti di “un’irreale sincronia”<sup>4</sup>. Del resto – ove ci si voglia immergere in un simile contesto e trarne le conseguenze –, il dettato normativo, che definisce l’ambito proprio del diritto tributario, risulta nettamente distinto, rispetto a quello della contabilità pubblica. Perché – lo comprende chiunque – altro è acquisire entrate, altro è spenderle. Tuttavia, esiste, tra l’uno e l’altro fatto e le relative azioni, una relazione, dalla quale non si può prescindere, ove si consideri il carattere della strumentalità di entrambe, rispetto alla fruizione dei diritti e delle libertà. Di mezzo c’è il costo<sup>5</sup>, sicché ad ogni euro non percepito equivale un euro dissipato. *Hic sunt leones!*

Certo, non mancano osservazioni, che vanno in questa direzione. Ne costitui-

2. G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, CEDAM, 2010, 3 e 5, nonché L. Paladin, *Diritto costituzionale*, CEDAM, 1998, 597. Si veda, altresì, G. Falsitta, *Art. 2*, in Id. (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. I. Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, CEDAM, 2011, 1 ss. Osservazioni acute e da meditare in D. Stevanato, *Fondamenti di diritto tributario. Principi, istituti, schemi attuativi*, Le Monnier, 2019.

3. Non a caso, si parla di funzione: vale a dire, di un potere impersonale sì, ma destinato ad assicurare la protezione di situazioni giuridiche soggettive, che si distaccano dallo Stato-persona o apparato, che dir si voglia, per intestarsi a quanti costituiscono, facendo parte di esso, lo Stato-comunità. Il che spiega la perdita di senso, in cui è incorsa la dogmatica tradizionale, la quale, per altro ma significativo profilo, ha finito per recidere ogni collegamento tra giurisdizione e giustizia, tutta intenta a contemplare natura ed indole del potere: si veda, infatti, S. Satta, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 218 ss.

4. M.G. Losano, *Introduzione* a H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Einaudi, 1975, xxxii. Qualcuno – sprovveduto – potrebbe dubitare della perdurante attualità di questi rilievi. Purtroppo, conservano il loro valore, come si desume dalla lettura, ad es., di P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2017, 7, là dove parla della “legalità moderna”, che “si risolve nella corrispondenza a una insindacabile volontà autoritaria immobilizzata in un ineludibile testo scritto”.

5. Vi è un’opera, da tempo nota, magari lodata, la cui intelligenza non ha prodotto, finora, pressoché nulla di significativo. Mi riferisco a S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino, 2000. Stessa sorte è stata riservata a J. O’Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, Einaudi, 1979, cui è premessa una efficace prefazione di Federico Caffè.

sce un chiaro esempio il rilievo, secondo cui “Il contribuente deve l’imposta per ciò solo che vi è una spesa pubblica da distribuire tra tutti i membri di un gruppo sociale organizzato (Stato, Regione, Comune, UE, ecc.)”<sup>6</sup>. Tuttavia, quel che segue costituisce la conseguenza di un approccio puramente descrittivo della *contabilità pubblica*, tuttora ritenuta – nonostante precisazioni e rettifiche, che lasciano le cose come stanno, se si riflette su in che consiste e come opera la giurisdizione contabile – una parte o ramo speciale del diritto amministrativo. *Ergo*, è “la scienza che studia ed enuncia i principi informativi dell’attività gestoria dello Stato, cioè dell’attività attraverso la quale lo Stato acquisisce i mezzi economici di cui abbisogna e tali mezzi eroga per il raggiungimento dei suoi fini istituzionali”<sup>7</sup>. Fini, che sono puntualmente individuati dalla Costituzione.

## 2. Omissioni costituzionali

In realtà, questa prospettiva – di diritto costituzionale sostanziale – è stata del tutto ignorata, ancorché le ragioni che, dal punto di vista storico-istituzionale, hanno condotto all’elaborazione di un sistema di limiti del potere siano state generate, da un lato, dalla necessità di tutelare la libertà religiosa e, d’altro lato, dall’esigenza di accordare a una autorità il potere di imporre tributi in funzione di ben determinate spese<sup>8</sup>. Inutile dire che, per convincersi dell’assunto, è sufficiente scorrere le Carte storiche dei diritti, del cui contenuto ci siamo scordati frettolosamente, sedotti dall’imperatività del potere, la cui nozione riposa su basi assolutistiche, che hanno finito, in nome di una illiberalità dichiarata o inespressa, per legittimare ogni e qualunque prestazione patrimoniale imposta, alla luce della unilateralità del potere e della sua impersonalità<sup>9</sup>.

6. G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, cit., 23, il quale aggiunge che “L’imposta è dunque una obbligazione di riparto di oneri economici pubblici e ciascun contribuente è il debitore, assieme alla platea di tutti gli altri contribuenti della stessa imposta di una quota”.

7. A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato*, Jovene, 1977, 11. Si veda, altresì, S. Buscema, *Il bilancio*, vol. I, Giuffrè, 1971, 15 ss., nonché F. Reviglio, *La spesa pubblica. Conoscerla e riformarla*, Marsilio, 2007. Si noti che, ancora oggi, il *giudizio di conto* verte sui numeri, rimanendo ad esso estranea ogni valutazione sui risultati. Là dove è evidente che mere regolarità numeriche e documentali sono prive di rilevanza in concreto, perché sono decisive quantità e qualità delle prestazioni e dei servizi effettivamente erogati.

8. M. Bertolissi, *Fiscalità Diritti Libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Jovene, 2015.

9. Vale, al riguardo, l’insegnamento di Paolo Grossi, del quale si veda, scegliendo all’interno di una vastissima e magistrale elaborazione dottrinale, ad es. *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, e *Oltre la legalità*, Laterza, 2020; nonché – per una limpida ricostruzione del suo itinerario di ricerca – *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, il Mulino, 2018.

Certo, il risalente brocardo *No Taxation Without Representation*<sup>10</sup> ha costituito, più che altro, un richiamo alla realtà e una linea di tendenza, dal momento che la tassazione è stata riposta nelle mani – o, se si preferisce, è passata tra le mani – dei rappresentanti: in un sistema di democrazia rappresentativa, del legislatore. E, infatti, “La dottrina desume dalla generica affermazione della necessità del ‘consenso’ delle camere all’imposizione o riscossione dei tributi l’esistenza di due principi ormai ben distinti: in primo luogo che solo con legge possono essere istituiti i tributi; in secondo luogo che con legge deve essere approvato il bilancio”<sup>11</sup>. Il che non può dirsi indolore. Soprattutto, dal punto di vista della dottrina dello Stato, stando alla quale – ieri come oggi, perché nulla è mutato in proposito – “il fondamento giuridico del tributo va identificato nella correlazione fra sudditanza del contribuente e sovranità dello Stato, in altri termini nella coercizione”<sup>12</sup>.

I riflessi – o, più propriamente, le conseguenze necessitate di questo modo di intendere la relazione contribuente-fisco: che non è una relazione, perché non è rapporto tra pari, quanto al grado di tutela amministrativa e giudiziale accordata dall’ordinamento – sono ravvisabili in quel che stabilisce la legge, dominata dalla *ragion fiscale*, la quale prevale su tutto, in nome, appunto, di ciò che stabiliscono le leggi tributarie, le quali prevedono, ad esempio, che l’accordo conciliativo venga condotto e guidato non da un terzo, ma dalla principale parte in causa: dall’amministrazione finanziaria. Il che rappresenta una tipica aberrazione di un fisco, che è e rimane, al di là di ogni ragionevole dubbio, incivile<sup>13</sup>.

Responsabile, in primo luogo, una *dottrina costituzionalistica*, che ha tradizionalmente e costantemente trascurato – più precisamente, ignorato – i nevralgici e strategici problemi del reperimento e della gestione delle risorse pubbliche. Reperimento e gestione, che possono e debbono essere esaminati partitamente quando vengono in gioco, per un verso, la posizione del contribuente *uti singulus* nell’ambito del rapporto giuridico d’imposta; e, per altro verso, la posizione dell’ammi-

10. A. Cattarin, *Dalla servitù alla sovranità. No Taxation Without Representation*, Jovene, 2009.

11. A. Fedele, *Art. 23*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1978, 22.

12. Ivi, 23. Chi ritiene che qualcosa sia mutato, in particolare dopo l’approvazione dello Statuto dei diritti del contribuente, si sbaglia di grosso: si veda, infatti, S. Sileoni (a cura di), *Noi e lo Stato. Siamo ancora sudditi?*, IBLibri, 2019, nonché, soprattutto, G. Tieghi, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo. Il contribuente partner*, Jovene, 2012.

13. È rimasta sempre inascoltata la voce di una autorevole dottrina, che ha costantemente richiamato al senso e al rispetto delle regole di qualità: si veda G. Falsitta, *Per un fisco civile. Casi, critiche e proposte*, Giuffrè, 1996; Id., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè, 2008; Id., *Il principio della capacità contributiva. Nel suo svolgimento storico prima e dopo la Costituzione repubblicana*, Giuffrè, 2014.

nistratore e del dipendente pubblico, che deliberano e gestiscono una spesa, per le finalità previste dalla legge.

Tuttavia, reperimento e gestione delle risorse, prima di rappresentare fenomeni propri del diritto tributario e della contabilità pubblica, costituiscono espressione diretta e immediata di un combinato disposto di carattere sostanziale, dovuto a ciò che prescrivono una serie di articoli della Legge fondamentale: l'art. 23 (riserva di legge), l'art. 53 (capacità contributiva) e l'art. 97 (comma 1: equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico; comma 2: buon andamento dell'amministrazione). Per non dire dell'art. 81, comma 1, stando al quale – qui c'è l'impronta originaria di Luigi Einaudi – “Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico”.

Questo enunciato è stato introdotto con la legge costituzionale n. 1/2012. A ben vedere, pare abbia natura meramente dichiarativa, poiché, ove si ragionasse altrimenti – e si è ragionato altrimenti, quando si sono individuate modalità elusive dell'obbligo costituzionale di copertura di nuove o maggiori spese –, si perverrebbe al dissesto della finanza pubblica. Vale a dire, al tradimento del patto costituzionale: in primo luogo, del patto fra generazioni<sup>14</sup>.

### 3. Le entrate e le spese

Per intendere – nella sua essenza – ciò che è indefettibile della *democrazia rappresentativa*, è sufficiente soffermarsi un istante su un frammento, contenuto in una celebre narrazione, dedicata agli adolescenti. Eccolo: “Domando scusa, capitano” – replicò uno –, “ma voi prendete troppo alla leggera certe nostre regole; fareste bene a badare al resto. L'equipaggio è scontento; questo equipaggio non vuol essere intimorito con le minacce, questo equipaggio ha gli stessi diritti degli altri, e mi prendo la libertà di dirlo; inoltre, secondo le nostre stesse regole, noi abbiamo il diritto di chiacchierare fra noi. Vi chiedo scusa, capitano, e vi riconosco come il nostro attuale comandante, ma reclamo i miei diritti, e vado fuori a tener consiglio”<sup>15</sup>.

*Chiacchierare e tener consiglio* sono due espressioni, che pongono in risalto il *proprium* della democrazia: che è dialettica, confronto di idee, scelta discussa e ar-

14. Delle quali ci si interessa il meno possibile, come dimostra la campagna elettorale, culminata con il rinnovo delle Camere del 25 settembre 2022. Si veda, per tutti, A. D'Aloia, voce *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, 2016.

15. R.L. Stevenson, *L'isola del tesoro*, RCS, 2011, 261. In proposito, si veda M. Rediker, *Sulle tracce dei pirati*, Piemme, 1996, ed ivi la brillante prefazione di Giulio Giorello, che dà conto di come l'ordinamento della pirateria fosse noto e considerato dai costituenti di Philadelphia.



gomentata, come ha chiarito – non la nostra Corte costituzionale, ma – la Corte suprema federale del Canada in un giustamente celebre parere, reso al Governo in margine alla secessione del Québec<sup>16</sup>. Certo, l'*imposizione fiscale come atto singolo* non può essere esposta al vento della trattativa; e anche l'esperienza dimostra e insegna che l'obbligazione tributaria è inderogabile per i tartassati: i soliti noti al fisco. Ma, in senso opposto, non può neppure ridursi a un atto di arbitrio, che è tale quando il prelievo appare singolare, mal congegnato, sostanzialmente ingiusto.

Sotto questo profilo, la dottrina più sensibile ed autorevole non ha mancato di chiarire ed illustrare, con dovizia di argomenti, quale dovrebbe essere la qualità indefettibile del prelievo tributario, in un'ottica che è essenzialmente di diritto costituzionale, dal momento che la consapevolezza di ciò che rappresenta un'espropriazione di denaro a carico di chi ha prodotto un reddito inerisce all'atto fondativo di una costituzione, che stabilisce le regole della convivenza. Per questo – anche per questo – si è sostenuto che “riesce difficile persuadersi che in fondo all'imposta si debba cercare solo l'incanto delle cose che esistono. Gli uomini vogliono istintivamente rendersi ragione del perché pagano; e se quella ragione non è spiegata chiaramente, gridano all'ingiustizia. La credenza nella monarchia o nella repubblica, in una o due camere, in un presidente eletto dal popolo o da un'assemblea o, come in qualche tempo e paese accadde, estratto a sorte, è un atto di fede. Ma la credenza dell'imposta sul reddito, sul patrimonio o sulle eredità o sui consumi non è un atto di fede”<sup>17</sup>.

Quanto, poi, alla sua struttura ed incidenza sulla vita della comunità, “l'imposta deve essere sopportabile, non deve scoraggiare la produzione del reddito e non deve diventare causa tecnica dell'evasione; il sistema tributario deve fondarsi sul rapporto di fiducia e di collaborazione fra amministrazione e contribuente. Non è possibile risolvere il problema dell'evasione solo con pene severe. Il segreto (...) sta nel creare attraverso la persuasione politica e morale un clima nel quale si senta che, difendendo la razionale o uguale applicazione dei tributi, si difende non una

16. È un testo esemplare, che con poche parole – là dove definisce, in base alla genesi e all'evoluzione storico-istituzionale, i caratteri dell'ordinamento – fissa i tratti salienti del diritto costituzionale canadese: si veda, infatti, il parere del 20 agosto 1998 e, su di esso, le acute osservazioni di N. Olivetti Rason, *A proposito della secessione del Québec: tre quesiti e quattro risposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. III, 1999, 889 ss.

17. L. Einaudi, nella presentazione di L. Si veda Berliri, *La giusta imposta*, Edizioni dell'Istituto italiano di studi legislativi, 1945. Questa è stata una preoccupazione costante del magistero di Luigi Einaudi, che si è ampiamente e diffusamente occupato della struttura dei tributi, dell'organizzazione dell'amministrazione finanziaria e della giustizia tributaria: si veda, tra gli altri scritti, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, ora in *Scritti economici, storici e civili*, a cura di R. Romano, Mondadori, 1983, 5 ss.; Id., *Prediche inutili*, con nota introduttiva di L. Valiani, Einaudi, 1974; Id., *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, a cura di E. Rossi, con premessa di M.L. Salvadori e prefazione di E. Scalfari, Laterza, 2004.

legge formale dello Stato, ma l'essenza stessa della vita dello Stato"<sup>18</sup>. Un'eco delle sapienti considerazioni elaborate da chi avvertiva di come "nessuno debba temere di migliorare le sue proprietà per timore che gli siano tolte o di iniziare un'attività per paura delle tasse"<sup>19</sup>.

Dunque, in gioco c'è la *giustizia* – il problema dell'equilibrato riparto delle spese pubbliche tra i contribuenti, che si riporta al dettato degli artt. 2 e 3 Cost., dedicati alla solidarietà e all'eguaglianza –, che dovrebbe rappresentare la prima e risolutiva questione sottoposta all'attenzione del legislatore e da questi risolta. Legislatore, il quale, però, non è riuscito a destituire di fondamento un'affermazione, che da sola certifica un drammatico fallimento di quel che il Costituente aveva auspicato. Pure oggi, infatti, si può rilevare che "In Italia il contribuente non ha mai sentito la sua dignità di partecipe della vita statale (...): il contribuente italiano paga bestemmiando lo Stato; non ha coscienza di esercitare, pagando, una vera e propria funzione sovrana. L'imposta gli è *imposta*" (il corsivo è nel testo)<sup>20</sup>. D'altra parte, come dargli torto se è considerato non cittadino, ma suddito?

Quanto alle spese, l'atteggiamento che presiede all'acquisizione delle entrate – imperativo, unilaterale ed irresponsabile – si ripercuote sulla gestione della spesa pubblica, il cui impiego risulta condizionato, più del necessario, dall'esigenza – alla quale non è affatto estraneo il cittadino<sup>21</sup> – di generare consenso: che non comporta una legittimazione delle istituzioni, ma il suo esatto e destabilizzante contrario. Del resto, questo è l'amaro epilogo di prassi consolidate<sup>22</sup>, che hanno costretto a un inevitabile *mea culpa*: "In nome della carità e della solidarietà ho sbagliato. Credevo che la politica economica dello Stato dovesse ricalcare le linee della San Vincenzo. Abbiamo scambiato tutti la solidarietà con lo spreco. Il fatto è che pensavamo sul serio che i soldi non sarebbero finiti mai"<sup>23</sup>.

Dunque, nessuna remora di fronte alla *mala gestio*. Neppure quando ci si è trovati in grande difficoltà ed era realistico e prevedibile che ci si avventurasse sulla

18. Così, E. Vanoni, ripreso da E. De Mita, *La legalità tributaria*, Giuffrè, 1993, 8-9.

19. N. Machiavelli, *Il Principe*, versione in italiano moderno, con introduzione e note di P. Melograni, Rizzoli, 1996, 105. Sicché, il principe "Deve invece premiare chiunque voglia fare queste cose e chiunque voglia comunque sviluppare la città e lo Stato". È a tutti noto che la Repubblica perseguita chi intende iniziare un'attività e la comparazione con altri ordinamenti fa apparire drammatico quel che accade in Italia, in termini di distruzione di ricchezza.

20. P. Gobetti, *La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia*, Einaudi, 1974, 159.

21. M. Bertolissi, *Il mito del buon governo*, Jovene, 2022.

22. Manifestatesi, da ultimo, nel corso della campagna elettorale dell'autunno del 2022, durante la quale si sono promesse elargizioni d'ogni specie.

23. Sono le parole di Francesco Cossiga, consegnate a G.A. Stella, *Giù il cappello*, in *Corriere della Sera Magazine*, 29 gennaio 2009, 11. Si veda, inoltre, M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, 2012, *passim*.

strada dell'accumulo di un *enorme indebitamento*<sup>24</sup>. Neppure allora, quando “nel corso degli anni Ottanta il debito subì un'impennata clamorosa che lo portò dal 60 al 100 per cento del Pil”. Perché? Perché – ha dichiarato candidamente Giuliano Amato – “il Paese aveva appena conquistato dei diritti ed era convinto che essi potessero solamente estendersi (...) ‘io spenderò di più’. Sì, la spesa pubblica venne utilizzata per attirare voti”<sup>25</sup>.

In una direzione (quella delle entrate) e nell'altra (quella delle spese) non si sono mai temute né l'ingiustizia, né l'irresponsabilità<sup>26</sup>. Nel suo insieme, quello vigente ed operante è uno *Stato burocratico*<sup>27</sup>. In questi termini si è espresso chi ha assunto cariche istituzionali di rilievo<sup>28</sup> e chi ha indagato, sul piano storico, l'amministrazione italiana post-unitaria<sup>29</sup>. E chi – da ministro – si è proposto, a distanza di tempo da un celebre rapporto, di delineare un bilancio consuntivo, è stato costretto ad ammettere che “il nuovo impianto normativo rischia di avere effetti reali limitati se non accompagnato da un rinnovamento culturale che coinvolga la classe politica, la dirigenza, tutti gli operatori interni alle amministrazioni, ma anche i cittadini e le imprese, nella direzione dell'attuazione del principio di sussidiarietà, inteso anche in senso orizzontale”<sup>30</sup>. Nulla di nuovo, se si legge la premessa al PNRR, dovuta a Mario Draghi<sup>31</sup>.

#### 4. Questioni di sempre

Assai di frequente, si ha l'impressione che sia largamente diffuso il convincimento che le riforme sono indispensabili e che sono alla nostra portata. Ci si dimentica, però, di quanto tempo a questa parte stiamo ponendo e riproponendo i

24. Si veda, tra gli altri, L. Tedoldi, *Il conto degli errori. Stato e debito pubblico in Italia*, Laterza, 2015; C. Cottarelli, *Il macigno. Perché il debito pubblico ci schiaccia e come si fa a liberarsene*, Feltrinelli, 2016, e C. Di Meo, *Il debito pubblico. Origine ed evoluzione dell'anomalia italiana*, Intermedia Edizioni, 2022. Di rilievo, soprattutto, I. Musu, *Il debito pubblico. Quando lo Stato rischia l'insolvenza*, il Mulino, 2012.

25. A. Friedman, *Ammazziamo il Gattopardo*, Rizzoli, 2014, 32 e 33.

26. M. Bertolissi, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Jovene, 2015.

27. Si veda già *Miti e paradossi della riforma della burocrazia. La pubblica amministrazione fattore di declino o strumento di sviluppo?*, Mondadori, 2005.

28. Si veda, appunto, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica (Massimo Severo Giannini) il 16 novembre 1979.

29. G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, il Mulino, 2020, specialmente 602 ss.

30. Si veda *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal Rapporto Giannini*, presentato dal Ministro per la funzione pubblica (Angelo Piazza) il 16 novembre 1999.

31. Si veda, infatti, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, maggio 2021.

medesimi problemi, avventurandoci in proposte non dissimili da quelle censurate da Luigi Einaudi, quando metteva in luce – in cattiva luce – “la mania riformatrice dei dottrinari che, andando in cerca della giustizia e non contenti della giustizia semplice e grossa, che è la sola concretamente possibile, vogliono la giustizia perfetta, che è complicata e distrugge dieci per incassare uno”<sup>32</sup>. Tant’è vero che lo Statuto dei diritti del contribuente è, assai spesso, derogato e sostanzialmente disapplicato. Volutamente disapplicato<sup>33</sup>.

Eppure, dal 1946 sono disponibili indagini e studi, che avrebbero dovuto rendere, se non agevole, almeno meno complicato il compito di dotarsi di un *fisco* e di un’*amministrazione pubblica* degni, almeno in parte, di un Paese civile. Civile è l’ordinamento che assicura, attraverso il momento giustiziale, affidato alle giurisdizioni, la tutela delle ragioni sostanziali di una data pretesa: nel nostro caso, dell’applicazione della giusta imposta (giurisdizione tributaria) e dell’uso corretto del denaro pubblico (giurisdizione contabile, che è giurisdizione delle responsabilità). Il che diviene possibile quando le questioni tipicamente tecnico-processuali assumono un rilievo marginale, essendo massima, invece, l’attenzione riposta sull’essenza della giurisdizione, che è quella di concludere il giudizio con una sentenza giusta.

Questa era la prima e principale preoccupazione di chi ebbe a predisporre materiali di studio per il Costituente<sup>34</sup>. Tant’è che l’esordio è stato di questo tenore: “La tutela del cittadino nei confronti della pretesa tributaria, formulata dall’ente impositore, costituisce uno degli aspetti più delicati dei rapporti tra cittadino e Stato e, in genere, tra cittadino ed ente impositore, specie in un ordinamento democratico, ove le esigenze di un pronto e sollecito conseguimento dei tributi debbano essere equamente temperate con i principi fondamentali della difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini”<sup>35</sup>. Si aggiungeva, quindi, a proposito dell’autorità investita del potere di risolvere le controversie fiscali, che la tutela non si riduce all’“astratta esperibilità di rimedi giurisdizionali contro la pretesa

32. L. Einaudi, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, cit., 5. Vale la pena di ricordare, fin d’ora, l’opera appassionata e meritoria di Victor Ukmar e della sua scuola, che in più occasioni e tenacemente ha posto problemi e delineato soluzioni, di cui avrebbero potuto avvantaggiarsi il legislatore e il Paese. Si veda, da ultimo, C. Glendi, G. Corasanti, C. Corrado Oliva, P. de’ Capitani di Vimercati (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario*, contributi coordinati da Si veda Ukmar, 2 tomi, CEDAM, 2019.

33. Il suo contenuto – in termini di civiltà del diritto – è dei più nobili, ma la Repubblica, nel suo insieme, è quella che è. Si veda, in ogni caso, A. Bodrito, A. Contrino, A. Marcheselli (a cura di) *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente. Studi in onore del prof. Gianni Marongiu*, Giappichelli, 2012.

34. *Rapporto della Commissione economica*. Si veda *Finanza. I. Relazione*, presentato all’Assemblea Costituente, Istituto Poligrafico dello Stato, 1946.

35. Ivi, 161. In questa direzione ha operato, di recente, Corte cost., n. 209/2022.

dell'ente impositore”, dal momento che “deve essere assicurato che i rimedi stessi costituiscano effettiva garanzia per il cittadino medesimo”<sup>36</sup>. La preoccupazione era talmente diffusa che si proponeva “la creazione di una legge fondamentale tributaria, la quale contenga, altresì, i principi in materia di contenzioso”<sup>37</sup>.

Quanto, poi, al giudice e al relativo profilo, con una notazione di indubbia attualità, si sottolineava la circostanza che “la comune preparazione giuridica dei magistrati ordinari non è sufficiente per decidere controversie, rispetto alle quali è necessaria una specifica esperienza”<sup>38</sup>: a maggior ragione ora, data l'incomparabile complessità assunta dalle leggi fiscali, messa nelle mani di giudici a mezzo servizio e di discutibile competenza. Insomma, “non bisogna (...) sottovalutare il significato di una giurisdizione tributaria, rispondente alle più elementari esigenze di giustizia”<sup>39</sup>. Quest'ultima espressione – le “più elementari esigenze di giustizia” – compare, forse non a caso, nel testo della sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni per violazione degli interessi legittimi<sup>40</sup>.

Una medesima attenzione è stata dedicata alla gestione finanziaria, essendo palese che “la formazione del bilancio, ben lungi dall'esaurirsi in una semplice questione di contabilità, assume importanza e significato costituzionale, perché in quella sede naturalmente vengono a realizzarsi in concreto i rapporti fra il potere legislativo e quello esecutivo, determinandosi le rispettive sfere di attività e di competenza”<sup>41</sup>. È a questo riguardo che l'attenzione cade sulla Corte dei conti, investita di attribuzioni attinenti sia il controllo, sia la giurisdizione<sup>42</sup>. Quanto al controllo – con rilievi che si possono estendere alla giurisdizione – quelli (allora) “attuali sono macchinosi e lenti e non riescono a garantire in modo assoluto il rispetto della legge e l'interesse della collettività”, poiché “nessun meccanismo giuridico è in grado di assicurare, *oltre la legalità formale della spesa*, altresì la migliore gestione economica dell'azienda statale, cioè *la proficuità della spesa*”<sup>43</sup>.

36. Ivi, 162: “Tale precisazione non sembrerà superflua quando si rifletta che, attualmente, al contribuente non è dato sempre adito a veri e propri organi giurisdizionali, godenti di autonomia e di indipendenza nei confronti della pubblica amministrazione”. Discorso, questo, che vale, se la giurisdizione non viene degradata ad apparato semiserio, per le attuali Commissioni tributarie, la cui caratura va definita, tra l'altro, alla luce della qualità delle pronunce: che, troppo spesso, è assai modesta.

37. Ivi, 164.

38. Ivi, 171.

39. Ivi, 172-173.

40. La si può leggere in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/1999, 832 ss., specialmente 836.

41. *Rapporto*, cit., 67.

42. Ivi, 71 ss.

43. Ivi, 80 (corsivo mio).

## 5. Forma, sostanza e giurisdizione

Non tutto è misurabile, ma tutto è suscettibile di essere ricondotto, razionalmente e ragionevolmente, alle finalità perseguite, che sono – quelle implicate da questo sintetico appunto – indicate dalla Costituzione. Sia la giurisdizione tributaria, sia quella contabile scontano la loro origine, che risale a uno Stato che non c'è più. Tuttavia, l'attuale risulta ancora condizionato, sul piano dell'attività, dalle leggi di unificazione amministrativa del 1865, di cui si è scritto così: trattasi di “Legge straniera (...) perché legge imposta e non legge espressa da un popolo che di essa fosse consapevole: in una parola da un popolo che ne fosse l'autore”<sup>44</sup>.

Tutto ciò ha comportato – come è noto; più precisamente, come dovrebbe essere noto – il persistere di un approccio formale (indifferente alla logica della giustizia e della resa del conto, indipendente da ogni richiesta), che è stato censurato, di recente, dal giudice amministrativo, che ha dato voce al giudice comunitario. Giudice, quest'ultimo, il quale ritiene – nel caso esaminato, la distinzione tra autorizzazione e concessione – “meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (...) e autorizzazione di attività (...). Questa distinzione, di stampo giuridico-formale, deve essere rivisitata nell'*ottica funzionale e pragmatica* che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in tema di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un *processo di rilettura* dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'*effetto economico* del provvedimento di concessione (...)”<sup>45</sup>.

L'effetto economico, non economicistico. Perché va definito il punto di incontro e di equilibrio tra i poteri dell'ente pubblico (che impone il tributo e ne amministra il provento) e la situazione giuridica soggettiva del *quivis de populo*<sup>46</sup>, dal quale dipendono sia l'esazione in misura giusta del tributo, sia la relativa gestione responsabile. Che tutto ciò non sia più – ammesso che lo sia stato in passato – valutabile alla stregua di parametri astratti, delineati attraverso la retorica propria del discorso descrittivo e prescrittivo, consentito e reso evidente anche da talune prese di posizione della Corte costituzionale, la quale ha ampliato i propri poteri istruttori in materia finanziaria ed assegnato al bilancio dello Stato e all'in-

44. F. Benvenuti, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Atti del Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, 1979, 70. A conferma dell'assunto, si veda M. Bertolissi, *Il mito del buon governo*, cit., specialmente 273 ss.

45. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 17/2021, sub 24 (corsivo mio).

46. Se ne veda la definizione data da S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1983, 234-235.

sieme dei bilanci delle Regioni e degli enti territoriali minori il compito di indicare le direttrici di marcia politico-istituzionali della Repubblica, tenuto conto, oltretutto, delle relazioni esistenti tra vecchie e nuove generazioni<sup>47</sup>. È a questo proposito che emerge, con tutta la sua forza, l'esigenza di riscontri sostanziali, poiché è in gioco "una responsabilità che, in attuazione di quelli fondanti di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future"<sup>48</sup>.

Premesse per una rivoluzione culturale<sup>49</sup>, che certamente manca nel testo della legge n. 130/2022<sup>50</sup>.

47. A. Carosi, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; Id., *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, ivi, n. 3/2018.

48. Corte cost., n. 88/2014. Si veda, specificamente, L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, CEDAM, 2020.

49. *Mutatis mutandis*, nei termini prospettati da E. Morin, *Svegliamoci!*, Mimesis, 2022.

50. Recante "Disposizioni in materia di giustizia e di processo tributario", redatta con la miserabile tecnica del ritaglio, frutto di una strutturale incapacità di limpidezza e nitore, in grado di comunicare al cittadino una *voluntas*. Qui siamo di fronte a qualcosa di primitivo, che avrebbe la pretesa di riformare, ma si risolve in ritocchi e aggiustamenti dell'esistente.

# LA CORTE COSTITUZIONALE E LA TUTELA DEI DIRITTI NELL'IMPIEGO DELLE RISORSE

GUIDO RIVOSACCHI\*

SOMMARIO: 1. Corte, diritti e risorse: questioni vecchie e nuove nel bilanciamento tra principi costituzionali – 2. Il rilievo assunto dall'equilibrio di bilancio nelle motivazioni delle pronunce della Corte – 3. (*segue*) il superamento del limite della discrezionalità del legislatore – 4. (*segue*) decisioni a contenuto finanziario e tutela dei diritti a prestazione – 5. La valutazione di impatto finanziario nel *decisum* – 6. Il controllo di costituzionalità sull'impiego delle risorse a tutela dei diritti.

## 1. Corte, diritti e risorse: questioni vecchie e nuove nel bilanciamento tra principi costituzionali

La Corte costituzionale si trova sempre più frequentemente a ragionare di “finanza pubblica” perché il “fatto” economico-finanziario entra in misura crescente nelle questioni di legittimità costituzionale. Quando i Giudici costituzionali sono chiamati a pronunciarsi sulle scelte del legislatore che attengono all'impiego delle risorse, nel giudizio di costituzionalità subentra un dato di natura prettamente economico-finanziaria in quanto rinvia al “quantum”, cioè all'effettiva incidenza della decisione sul bilancio pubblico.

Nell'economia del presente lavoro, non è certo possibile ripercorrere i diversi “filoni” di pronunce sulla finanza pubblica, né dare conto di tutte le tecniche decisorie e dei criteri argomentativi utilizzati dalla Corte. Ci si limiterà, pertanto, ad indicare soltanto alcuni percorsi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale a garanzia dei diritti nel controllo di costituzionalità in relazione all'impiego delle risorse.

In questa prospettiva, occorre anzitutto precisare che tanto l'originaria previsione della copertura finanziaria (art. 81, quarto comma, Cost.), quanto le disposizioni costituzionali vigenti, in cui tale regola è rafforzata dal precetto dell'equilibrio di bilancio (art. 81, terzo comma, Cost.) non si applicano *direttamente*

\* Università di Padova.



alle sentenze della Corte costituzionale. A tale conclusione si giunge muovendo, anzitutto, da argomenti testuali e logico-sistematici perché l'art. 81 Cost. è riferito agli organi politici, mentre le decisioni della Corte rimangono quelle di un giudice, sicché gli equilibri finanziari non potrebbero essere opposti ai terzi per limitarne i diritti<sup>1</sup>. Al Parlamento e al Governo è imposto l'obbligo di prevedere la copertura *ex ante*, assicurando, cioè, l'adeguata quantificazione e il conseguente finanziamento degli oneri necessari contestualmente all'atto del disporre<sup>2</sup>. A tali fini nella legge di contabilità è sempre stata prevista una norma rivolta ad assicurare che Governo e Parlamento adottino le misure necessarie per fronteggiare le sentenze onerose<sup>3</sup>. Ciò non significa che la Corte nelle sue decisioni non debba tenere conto degli equilibri finanziari essendo tenuta a garantire una tutela sistematica dei diversi principi costituzionali che si trovano tra loro in rapporto di integrazione reciproca, ivi incluso l'equilibrio di bilancio<sup>4</sup>.

Il punto è capire che cosa significhi "tenere conto" dell'art. 81 Cost. Dal diverso fondamento ontologico ravvisabile tra diritti fondamentali ed equilibrio finanziario discende che i primi non sono bilanciabili con il secondo, trattandosi di entità disomogenee<sup>5</sup>. Il bilanciamento deve essere realizzato tra diversi principi costituzionali, mentre il fine ultimo del soddisfacimento dei diritti non può essere posto sullo stesso piano dei mezzi delle risorse finanziarie necessarie a conseguirlo<sup>6</sup>. Ciò significa che l'esigenza di garantire i diritti a prestazione deve prevalere sull'equilibrio di bilancio, ma, come più volte precisato dalla Corte, essa è condizionata dalle scelte attuative del legislatore attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato con gli altri interessi costituzionalmente apprezzabili, tenuto conto dei limiti oggettivi in relazione alle disponibilità organizzative e dei mezzi di provvista<sup>7</sup>.

1. In questo senso, A. Pizzorusso, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 254 ss.

2. Cfr. M. Luciani, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in Corte costituzionale, *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, 1993, 58.

3. Cfr. l'art. 17, comma 13, della legge n. 196 del 2009, che rimette agli organi politici le misure da adottare in caso di sentenze onerose della Corte costituzionale.

4. Cfr., in particolare, sentt. n. 264 del 2012, punto 5.4 del "Considerato in diritto"; n. 85 del 2013, punto n. 9 del "Considerato in diritto"; nonché, in specifico riferimento all'art. 81 Cost., sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016, spec. punto n. 2 del "Considerato in diritto".

5. Cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, il Mulino, 2018, 250.

6. Cfr. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, CEDAM, Padova, 1995, 126, per la nota tesi del "bilanciamento ineguale", secondo la quale l'efficienza economica deve recedere di fronte ai diritti, sia pure nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

7. Esemplificativa la sent. n. 455 del 1990, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; conformemente, tra le tante, sentt. n. 218 e n. 304 del 1994; n. 27 del 1998; n. 200 del 2005; n. 203 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto".

In prima approssimazione, possiamo distinguere alcune ipotesi in cui la “dimensione” finanziaria entra nel giudizio di costituzionalità: anzitutto quando il giudizio è in vario modo “condizionato” da elementi economico-finanziari presupposti alla decisione, intesi quali “fatti notori”, volendo utilizzare una categoria processual-civilistica. Basti pensare all’andamento del tasso di inflazione, che costituisce elemento presupposto alle decisioni sulle questioni inerenti ai trattamenti salariali o pensionistici, o alla crisi economico-finanziaria, argomento più volte richiamato per giustificare l’estensione delle misure di coordinamento della finanza pubblica o incursioni del legislatore statale in materie di competenza regionale.

In effetti, l’emergenza economica entra come elemento presupposto in molte decisioni della Corte spesso orientandone il “verso”: si pensi alle numerose pronunce che hanno respinto le censure avverso i frequenti e corposi provvedimenti legislativi di contenimento della spesa pubblica e di consolidamento dei conti.

Tra i possibili criteri di classificazione del copioso materiale giurisprudenziale la soluzione qui di seguito adottata è rivolta a distinguere le pronunce in cui la dimensione economico-finanziaria rileva nella motivazione da quelle in cui essa incide sul dispositivo. Alle prime si possono ricondurre: le pronunce della Corte che definiscono giudizi in cui l’art. 81 Cost. è espressamente evocato a parametro, quelle aventi ad oggetto atti normativi di politica economico-finanziaria e le decisioni in cui l’equilibrio di bilancio viene a condizionare la garanzia costituzionale dei diritti.

Guardando al contenzioso degli ultimi anni ciò si è verificato soprattutto nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni. Occorre rammentare che dei tre grandi diritti sociali che assorbono larghissima parte delle risorse (salute, istruzione e previdenza), il primo e in buona parte il secondo sono affidati alla cura delle Regioni<sup>8</sup>, sicché si pone l’esigenza di assicurare l’adeguatezza delle risorse finanziarie regionali al soddisfacimento di questi diritti.

Il secondo gruppo di decisioni è rappresentato dalle pronunce in cui i profili finanziari rilevano nel *decisum*: la valutazione dell’impatto finanziario dell’accoglimento ha indotto la Corte a differire nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità. Il punto di massima estensione di tale orientamento è rappresentato dalla sent. n. 10 del 2015, con la quale la Corte, nel dichiarare l’incostituzionalità della c.d. *Robin Tax* (addizionale all’imposta sul reddito delle società che operano nel settore petrolifero), rivendica esplicitamente il potere di rimodulazione degli effetti ed estende la clausola di irretroattività della pronuncia al giu-

8. Sul punto, cfr., ad esempio, M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 14 ss.

dizio *a quo*, rescindendo così il nesso di pregiudizialità tra il giudizio principale e il giudizio di costituzionalità<sup>9</sup>.

## 2. Il rilievo assunto dall'equilibrio di bilancio nelle motivazioni delle pronunce della Corte

Muovendo dai casi in cui l'art. 81 Cost. è evocato a parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, occorre ricordare che la Corte ha emesso complessivamente circa quattrocento pronunce in cui è stato evocato a parametro l'art. 81 Cost. e più dei due terzi sono state rese per definire giudizi instaurati in via principale. Ciò dimostra che il principio dell'equilibrio di bilancio impatta più direttamente sui rapporti tra enti territoriali che sulle relazioni intersoggettive<sup>10</sup>. In altri termini, le "strette" dell'accesso in via incidentale, specie in punto di rilevanza delle disposizioni contenute nella legislazione finanziaria, si riflettono sulla scarsa giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio, anche se negli ultimi anni si registra una maggiore "apertura" del Giudice delle leggi in favore dell'ammissibilità di questioni sollevate in riferimento agli artt. 81 e 119 Cost., soprattutto per l'esigenza di assicurare il parallelismo tra funzioni e risorse degli enti sub-statali, e, quindi, l'adeguato finanziamento dei servizi sociali nella perdurante crisi economico-finanziaria<sup>11</sup>.

La tendenza da ultimo richiamata si manifesta, però, sempre nella definizione di giudizi di costituzionalità che hanno ad oggetto leggi regionali. Soltanto due delle circa cento dichiarazioni di illegittimità costituzionale pronunciate dalla Corte in giudizi in via principale per violazione dell'art. 81 Cost. avevano ad oggetto disposizioni di legge statale. Sicché l'art. 81 Cost., assieme ai principi costituzionali sul coordinamento della finanza pubblica, ha operato prevalentemente come meccanismo di controllo statale dei bilanci regionali<sup>12</sup>, con incisivi riflessi sulla garanzia dei diritti.

9. Come rilevato per primo da M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale* (18 febbraio 2015), testo disponibile al sito: [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) [consultato il 7 ottobre 2023].

10. In questo senso, ad esempio, G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno, G. Scaccia (a cura di), *Il Filangieri – Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, Jovene, 2011, 214 ss.; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in Corte costituzionale, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Giuffrè, 2014, 39 ss.

11. Cfr., ad esempio, sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016.

12. Così, G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 216.

### 3. (*segue*) il superamento del limite della discrezionalità del legislatore

Talvolta la Corte elabora strategie argomentative e ricorre a peculiari tecniche di giudizio per decidere questioni inerenti all'impiego delle risorse anche quando l'art. 81 Cost. non è evocato a parametro. In una prima fase, trovandosi a scrutinare sempre più spesso disposizioni contenute nella legislazione economico-finanziaria la Corte adottava frequentemente decisioni di inammissibilità richiamandosi frequentemente alla discrezionalità del legislatore e osservando che la legge di bilancio e le leggi di spesa sono atti a contenuto massimamente politico in cui si esprimono le scelte impositive, allocative e redistributive nel finanziamento dei diritti<sup>13</sup>.

In tal modo, la Corte ha valorizzato la responsabilità politica quale “motore” delle scelte economico-finanziarie, con l'unico limite del necessario rispetto dell'obbligo della previa copertura finanziaria per le leggi recanti nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio pubblico<sup>14</sup>. La soluzione è ben presto apparsa insoddisfacente poiché determinava decisioni di inammissibilità in relazione a situazioni normative che la stessa Corte sembrava ritenere incostituzionali, ma che, in caso di pronunce di fondatezza, avrebbero determinato maggiori alterazioni degli equilibri finanziari<sup>15</sup>.

Il superamento dell'originario *self-restraint* è stato avviato dalla sentenza n. 260 del 1990, in cui la Corte ha affermato che il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario non può più costituire presupposto per decisioni di inammissibilità e che esso invece rappresenta un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali. Più di recente, con le sentenze n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016, la Corte è tornata a chiarire i limiti del sindacato di legittimità costituzionale relativo alle scelte allocative e di politica economica operate dal legislatore, censurando, proprio sotto il profilo del canone della ragionevolezza e della proporzionalità, parte delle leggi regionali piemontesi di bilancio per il 2013 e per il 2014, che avevano apportato una consistente riduzione degli stanziamenti a favore delle province ad invarianza di funzioni, per la violazione, tra l'altro, dell'art. 3 Cost., in quanto l'irragionevole e sproporzionata riduzione dei trasferimenti determinava una riduzione dei servizi sociali<sup>16</sup>.

13. Al riguardo, cfr. M. Bertolissi, *La “funzione sovrana del tributo”*, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2009, 15 ss.

14. Cfr., tra le tante, sentt. n. 14 del 1964; n. 1 del 1966; n. 126 del 1979.

15. Al riguardo, di vero e proprio “paradosso di pronunce di inammissibilità (...) per eccesso di fondatezza” ha parlato V. Onida, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 36.

16. Cfr., in particolare, sent. n. 10 del 2016, specialmente punto n. 6.3. del “Considerato in diritto”.

#### 4. (*segue*) decisioni a contenuto finanziario e tutela dei diritti a prestazione

Se di fronte alla legislazione di politica economica la Corte tende a esercitare un sindacato limitato, rispetto alla legislazione finanziaria che incide sui diritti sociali essa ha invece sviluppato tecniche di giudizio e percorsi argomentativi maggiormente articolati e incisivi al fine di tutelare il nucleo “essenziale” o “incomprimibile” dei diritti idoneo a determinare spese costituzionalmente necessarie<sup>17</sup>.

A questa conclusione si potrebbe giungere sia aderendo alla teoria assoluta del contenuto del diritto, che ne individua una soglia invalicabile opponibile alla discrezionalità del legislatore<sup>18</sup>, sia privilegiando la teoria relativa del contenuto minimo/essenziale, che tende a determinare tale contenuto nel giudizio di bilanciamento<sup>19</sup>. Infatti, il nucleo essenziale del diritto deve ritenersi costituzionalmente garantito o *a priori* in quanto indisponibile al legislatore o *a posteriori* in quanto presidiato nel giudizio di bilanciamento. In questa seconda evenienza, però, si pone il problema dell'eventuale bilanciamento del diritto a prestazione considerato con l'equilibrio di bilancio.

In altre parole, la tecnica del bilanciamento come individuazione del contenuto minimo/essenziale ha determinato oscillazioni nella giurisprudenza costituzionale, poiché è la Corte stessa a stabilire fin dove, di volta in volta, debba estendersi il nucleo essenziale del diritto che può quindi essere utilizzato sia per estendere sia per limitare la tutela. Tale orientamento si manifesta negli argomenti e nelle tecniche a cui ricorre la Corte per decidere questioni sui diritti “costosi”, utilizzati sia per censurare sia per “salvare” la legislazione che realizza il bilanciamento tra tutela del diritto ed equilibrio finanziario<sup>20</sup>.

Negli anni in cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale sui c.d. diritti finanziariamente condizionati, dopo aver affermato che la tutela dei diritti a prestazione è condizionata dall'organizzazione e dai mezzi di provvista<sup>21</sup>, la Corte ha progressivamente spostato i termini del controllo sul bilanciamento realizzato dal

17. Cfr., ad esempio, sentt. n. 154 e n. 169 del 2017; n. 103 e n. 117 del 2018; n. 197 del 2019, spec. punti n. 3.1, n. 3.2 e n. 3.3 del “Considerato in diritto”.

18. Cfr., ad esempio, I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria* caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1998, 1316 ss., specialmente 1325.

19. Cfr. O. Chessa, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1178 ss., specialmente 1180 ss.

20. In questo senso, tra i tanti, C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2013. Spazio costituzionale e crisi economica*, Jovene, 2015, 164.

21. Dalla sent. n. 455 del 1990 sino alle sentt. n. 203 del 2016, punto n. 8 del “Considerato in diritto” e n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del “Considerato in diritto”.

legislatore a tutela dell'equilibrio di bilancio, valorizzando l'argomento delle risorse disponibili<sup>22</sup>. Se guardiamo all'esempio maggiormente significativo costituito dalla tutela della salute, il diritto "costoso" per eccellenza, il Giudice delle leggi ha affermato che l'obiettivo della tutela dei diritti sociali può porsi in bilanciamento con il valore della sostenibilità finanziaria, anche quale "necessario presupposto della continuità dell'intervento pubblico nel settore", poiché "il dissesto ulteriore e perdurante del sistema porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute"<sup>23</sup>; sicché, sia pure con i ricordati limiti, la Corte sembra giustificare la contrazione delle risorse in vista di obiettivi di lungo periodo.

Senza qui potersi soffermare su una puntuale analisi degli articolati percorsi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale, tra gli argomenti richiamati si devono ricordare: il principio di gradualità delle riforme onerose, spesso utilizzato dalla Corte per escludere l'inadeguatezza e l'incompletezza delle norme scrutinate; il contenuto minimo/essenziale del diritto, richiamato sia per affermare sia per escludere l'incostituzionalità delle norme che determinano lesioni del nucleo essenziale dei diritti.

Quanto alle tecniche di giudizio, la Corte si è da tempo orientata nel senso di minimizzare l'impatto delle proprie pronunce mediante: decisioni di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata; additive di principio che dichiarano l'incostituzionalità dell'inerzia del legislatore bilanciando il diritto del singolo alla prestazione con l'equilibrio finanziario, evitando il rischio che quest'ultimo sia pregiudicato da una pronuncia di accoglimento *erga omnes*; additive di meccanismo che dichiarano l'incostituzionalità di discipline attuative di diritti sociali nella parte in cui non prevedono un meccanismo di computo delle erogazioni finanziarie disposte dal legislatore (adeguamento, innalzamento, perequazione).

In definitiva, quando la Corte non aderisce alla teoria assoluta ma alla teoria relativa del nucleo essenziale, il contenuto incomprimibile del diritto rischia di diventare maggiormente poroso e la soglia opponibile alla discrezionalità del legislatore diventa meno invalicabile. Si pone pertanto il problema di assicurare il controllo sul bilanciamento realizzato dal legislatore tra diritto a prestazione ed equilibrio di bilancio: ciò che, in periodo di crisi, alla stregua delle richiamate tecniche decisorie, rischia di rendere meno chiaramente identificabile il contenuto essenziale dei diritti.

22. Dalla sent. n. 455 del 1990 alla sentt. n. 203 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto".

23. In questo senso si può collocare la giurisprudenza costituzionale sul controllo sul bilanciamento tra diritti e risorse: ad esempio, con riferimento al diritto alla salute, dalla sent. n. 416 del 1995 (da cui sono tratte le espressioni virgolettate) alle sentenze della Corte sui piani di rientro dal disavanzo sanitario (sents. n. 193 del 2007; n. 94 del 2009; n. 40, n. 52, n. 100 e n. 141 del 2010; n. 123 e n. 163 del 2011; n. 227 del 2015; n. 14 e n. 106 del 2017; n. 199 del 2018; n. 217 del 2020).

Il problema del controllo sul bilanciamento tra diritti e risorse si pone prevalentemente per le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, laddove il giudizio di costituzionalità è calibrato sull'eguaglianza rispetto all'individuazione dei beneficiari del contenuto essenziale del diritto. Nondimeno, esso può sorgere anche nei rapporti tra Stato e Regioni limitatamente ai casi di mancata determinazione dei livelli essenziali da parte statale, consentendo in tal modo alla Regione di interferire – per così dire “al ribasso” – con il contenuto essenziale del diritto; o ai casi in cui, in ipotesi, il legislatore statale determinasse il livello essenziale del diritto al di sotto del suo nucleo essenziale, così pregiudicandone la stessa garanzia costituzionale per quanto rimesso alle competenze regionali.

Quanto alle risorse, quelle destinate al finanziamento del contenuto essenziale del diritto, incluso nel livello essenziale, devono ritenersi indisponibili al legislatore, in quanto rivolte ad assicurare l'effettività del nucleo essenziale del diritto; quelle, invece, destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali devono ritenersi costituzionalmente vincolate. La differenza tra le prime e le seconde può essere così riassunta: il legislatore non potrebbe non destinare le risorse costituzionalmente indisponibili alla tutela del contenuto essenziale del diritto; il legislatore potrebbe invece operare una *indiretta* riduzione delle risorse costituzionalmente vincolate, semplicemente rideterminando al ribasso i livelli essenziali, quale scelta di indirizzo politico, da cui discenderebbe una riduzione delle risorse ad essi destinate.

In un sistema come il nostro, a finanza prevalentemente derivata, in cui, cioè, le risorse regionali ancora dipendono in larga parte dai trasferimenti erariali, deve essere inoltre considerato che le scelte allocative del legislatore rivolte a garantire i diritti sociali si inseriscono nell'“intreccio” delle relazioni finanziarie tra diversi enti territoriali.

La Corte costituzionale è quindi chiamata a controllare che i diritti, almeno nel loro nucleo essenziale, siano adeguatamente finanziati, perché “è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”<sup>24</sup>. Si tratta di un'affermazione particolarmente significativa, dopo anni di giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati, anche se occorre precisare che la Corte ha svolto le sue pregnanti motivazioni in relazione alla legge regionale, mentre, in altre pronunce, si è mostrata assai più cauta quando l'oggetto del giudizio era costituito da disposizioni di legge statale<sup>25</sup>.

In secondo luogo, la Corte deve controllare che nelle relazioni finanziarie tra

24. Così, sent. n. 275 del 2016, punto n. 11 del “Considerato in diritto”.

25. Cfr. sentt. n. 143, n. 159, n. 176, n. 202 del 2016, n. 205 del 2016; n. 84 del 2018.

Stato e autonomie territoriali sia assicurato un adeguato finanziamento delle funzioni distribuite tra i diversi livelli territoriali di governo per l'erogazione delle prestazioni.

In questa prospettiva, la Corte ha tentato di preservare la necessaria stabilità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, muovendo dal principio di connessione tra funzioni e risorse (art. 119, quarto comma, Cost.), affermando: che la riduzione dei finanziamenti, quando incide sulle prestazioni e sui diritti, deve essere di carattere transitorio e temporaneo<sup>26</sup>; che le proroghe dei limiti al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento, perché le ricadute sui servizi erogati devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia piena consapevolezza e assunzione di responsabilità<sup>27</sup>.

Inoltre, la capacità di erogare le prestazioni concernenti i livelli essenziali è diventato il parametro su cui misurare: quanto alle leggi statali, la ragionevolezza delle norme di coordinamento e dei "tagli lineari" dei finanziamenti agli enti sub-statali<sup>28</sup>; quanto alle leggi regionali, la proporzionalità e la ragionevolezza delle scelte allocative delle Regioni a tutela dei diritti a prestazione, individuando i livelli stessi il limite oltre il quale non può essere compresa la spesa costituzionalmente necessaria al soddisfacimento dei diritti<sup>29</sup>.

## 5. La valutazione di impatto finanziario nel *decisum*

Il secondo gruppo di pronunce è costituito dalle sentenze in cui la valutazione economico-finanziaria "entra" nel dispositivo sotto forma di rimodulazione nel tempo della declaratoria di incostituzionalità. In altri termini: la Corte accerta il contrasto tra le disposizioni finanziarie censurate e le norme costituzionali evocate a parametro e, al contempo, limita o esclude che la dichiarazione di incostituzionalità possa spiegare i suoi effetti retroattivi, ritenuti insostenibili per le casse erariali.

Si tratta delle c.d. decisioni di incostituzionalità differita, nelle quali la Corte pur individuando il momento in cui sorge il *vulnus* costituzionale, sposta in avanti il termine di decorrenza degli effetti delle sue pronunce, differendo il *dies a quo*

26. Significativa, in questo senso, la sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto"; nonché, tra le tante, sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 6 del 2019, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

27. Cfr., in particolare, sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

28. Cfr., in particolare, sentt. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del "Considerato in diritto"; nonché n. 154 del 2017 e n. 103 del 2018.

29. Cfr., in particolare, sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018.



nel dispositivo della decisione<sup>30</sup>. Tale differimento, quindi, non è legato alla natura del vizio, quanto piuttosto a una valutazione discrezionale da parte della Corte stessa. Sono pronunce in cui l'uso nel dispositivo della formula "dal momento in cui" appare realmente manipolativo, anche se, sino alla sentenza n. 10 del 2015, era sempre stato agganciato all'entrata in vigore di una nuova disciplina o al verificarsi di nuove condizioni di fatto.

Con la sentenza n. 10 del 2015, invece, la Corte estende la clausola di irretroattività al giudizio *a quo* e rescinde così il nesso di pregiudizialità tra i due giudizi. Dichiarando costituzionalmente illegittima un'addizionale all'imposta sul reddito delle società (IRES) a carico di soggetti che abbiano conseguito per il periodo di imposta precedente un certo volume di ricavi e che operano nel settore petrolifero, la Corte ha accertato la violazione degli artt. 3 e 53 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità in quanto la norma denunciata si traduce in una stabile maggiorazione di imposta sull'intero reddito delle società, e, soltanto successivamente, ha effettuato un bilanciamento atipico, o, meglio, ha richiamato l'art. 81 Cost. per modulare gli effetti temporali del *decisum*, adottando una pronuncia di incostituzionalità differita con clausola di irretroattività.

Nello stesso senso sembra andare la sent. n. 178 del 2015, in tema di sospensione delle procedure negoziali delle dinamiche retributive dei dipendenti pubblici rientranti nel regime della contrattazione collettiva, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale il blocco temporaneo della contrattazione nel pubblico impiego. In senso analogo è andata la sentenza n. 188 del 2016, avente ad oggetto norme statali che riservavano all'erario il maggior gettito dell'imposta municipale propria (IMU) applicabile ai comuni, il cui dispositivo, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate "con gli effetti di cui in motivazione", ha limitato gli effetti temporali della pronuncia stessa.

Si tratta di pronunce in cui la Corte guarda esclusivamente agli effetti finanziari delle pronunce piuttosto che alla tutela dei diritti, utilizzando la tecnica del bilanciamento in maniera atipica, in quanto rivolta *esclusivamente* a limitare l'impatto finanziario del *decisum* segnando la netta prevalenza dell'art. 81 Cost., sebbene il precetto dell'equilibrio non fosse mai stato evocato a parametro in quei giudizi.

Invece, in altre pronunce, come la sent. n. 70 del 2015, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la norma sulla sospensione della rivalutazione delle pensioni per gli anni 2012-2013, il Giudice delle leggi, pur richiamando le esigenze di contenimento della spesa perseguite dalla disposizione denunciata, ha adottato una pronuncia di accoglimento facendo prevalere nel bilanciamento il diritto alla

30. Cfr. sentt. n. 501 del 1988; n. 50 del 1989; n. 1 del 1991.

previdenza<sup>31</sup>. Poiché la norma censurata in quel giudizio disponeva il blocco biennale della rivalutazione delle pensioni (ed aveva quindi già esaurito i suoi effetti), la modulazione temporale degli effetti disposta dalle sentenze sopra richiamate non sarebbe stata tecnica utilizzabile.

Quanto detto pone infine il problema, che qui può essere soltanto cennato, relativo all'introduzione di strumenti di quantificazione preventiva degli oneri finanziari delle sentenze stesse. A tali fini, potrebbe essere anzitutto ripristinato l'apposito Ufficio per la valutazione delle conseguenze finanziarie delle pronunce già a suo tempo istituito nell'ambito del Servizio Studi (e successivamente soppresso), la cui attività di quantificazione degli oneri era funzionalmente dipendente dalla Presidenza della Corte e, quindi, collegata alla formazione del ruolo delle cause. Tale opzione appare sintonica con i principi di autonomia e indipendenza che sorreggono l'organo di giustizia costituzionale. In alternativa, l'utilizzo agli stessi fini di qualsiasi altro organo, *esterno* all'organizzazione della Corte, dovrebbe essere ricondotto nell'alveo dei poteri istruttori del Giudice delle leggi.

Deve essere infatti sottolineato che le funzioni di garanzia del precetto dell'equilibrio affidate a organi di più recente istituzione, come l'Ufficio parlamentare di bilancio, sono rivolte nei confronti di Parlamento e Governo e rispondono a principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea che non sono sovrapponibili alla funzione di assicurare il primato della Costituzione in tutte le sue parti, a cui è invece chiamato l'organo di giustizia costituzionale. In altre parole: se la garanzia obiettiva della costituzionalità dell'ordinamento sotto il profilo dell'equilibrio di bilancio non può fare premio sulla tutela dei diritti costituzionali, la Corte deve poter attivare *in autonomia* gli strumenti di valutazione di impatto finanziario delle proprie decisioni, senza irrigidire le esigenze istruttorie e introdurre forme di dipendenza funzionale da altri organi per la quantificazione degli oneri delle pronunce.

## 6. Il controllo di costituzionalità sull'impiego delle risorse a tutela dei diritti

Il rilievo assunto dalla dimensione economico-finanziaria ha indotto la Corte ad articolare tecniche decisorie e argomentative nel sindacato sull'impiego delle risorse a garanzia dei diritti. In questa prospettiva, la Corte ha tentato di elabo-

31. Rivalutando, cioè, il "posto dei diritti", trattandosi di estensione di trattamento maggiormente favorevole che non discende dal principio di eguaglianza, ma dalla violazione di principi costituzionali, in quanto, in questi casi, le "domande di tutela (...) non dovrebbero essere condizionate dalla disponibilità di risorse economiche": così, G. Di Cosimo, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica* (3 giugno 2016), in *Forum Quad. cost.*, 5 ss.

rare strategie argomentative e arricchire il suo strumentario decisionale per assicurare il controllo di costituzionalità sulle scelte allocative e redistributive del legislatore e, in particolare, sul bilanciamento da esso realizzato tra diritti a prestazione ed equilibrio di bilancio. Nella perdurante crisi economico-finanziaria il Giudice delle leggi ha tentato di rispondere alla necessità di assicurare certezza e stabilità alle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, presupposto indefettibile per garantire l'effettività dei diritti la cui cura è affidata in buona parte agli enti sub-statali.

A tali fini la Corte è arrivata a combinare diverse tecniche decisorie per assicurare il principio costituzionale relativo alla corrispondenza tra funzioni e risorse affidate ai diversi livelli territoriali di governo e, conseguentemente, per tutelare l'erogazione delle prestazioni sociali. Basti pensare che a decisioni di inammissibilità e a sentenze interpretative di rigetto possono fare seguito pronunce additive di principio, al fine di assicurare l'adeguato finanziamento delle funzioni e dei diritti. Esemplificativa, al riguardo, la vicenda dei "tagli" ai finanziamenti delle province disposti, a invarianza delle funzioni, dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi anni, ripetutamente fatti "salvi" dalla Corte sino alla sentenza n. 137 del 2018 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale nella parte in cui non disponeva la riassegnazione delle risorse alle Regioni e agli enti locali subentrati nell'esercizio di funzioni provinciali non fondamentali. In tale occasione, la Corte ha fatto ricorso a una pronuncia additiva di principio che, di fronte alla lacuna normativa, ha reso esplicito quanto era stato dedotto in via interpretativa dalle precedenti sentenze<sup>32</sup>. O, ancora, si pensi alle già richiamate pronunce sulle leggi regionali di bilancio piemontesi dichiarate incostituzionali perché non garantivano il finanziamento dei servizi sociali, rimettendo, in tal modo, la Corte al legislatore regionale la determinazione delle cifre da destinare a tali spese costituzionalmente necessarie<sup>33</sup>.

Alla stregua di quanto detto, ci si dovrebbe chiedere sino a che punto la Corte possa utilizzare tecniche decisorie di questo tipo per estendere il proprio sindacato sulle scelte allocative del legislatore nei casi di inadeguato finanziamento del nucleo incompressibile dei diritti, arrivando quindi a limitare, pur senza sostituirsi ad esse, le scelte discrezionali che si esprimono nella decisione di bilancio in forza delle "priorità costituzionali"<sup>34</sup>.

32. Sentt. n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018.

33. Cfr. sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016.

34. Cfr. L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, 2015, 398 ss., che ipotizza il ricorso al giudizio di ragionevolezza per sindacare le decisioni di spesa con sentenze additive o sostitutive al fine di tutelare le priorità indicate dalla Costituzione nella destinazione delle risorse finanziarie, "muovendo dalla distinzione tra destinazioni di fondi *doverose, consentite e vietate*".

A tali fini, l'analisi condotta conferma lo sviluppo di criteri argomentativi e di tecniche decisorie sempre più incisive rispetto alle scelte del legislatore. Al riguardo, deve essere però ribadito che il controllo di costituzionalità sull'impiego delle risorse rispetto alle "priorità" indicate dalla tavola dei valori costituzionali trova alcuni limiti di sistema. Tra i diritti e i valori costituzionali da bilanciare non può essere infatti riconosciuto alcun ordine gerarchico<sup>35</sup>, poiché all'interno di ciascuna norma costituzionale sui diritti è tracciabile un nucleo essenziale, ma non è ravvisabile alcuna scala di valori costituzionali<sup>36</sup>. Ne consegue che le priorità allocative delle risorse non possono essere individuate in base a un predeterminato ordine di valori costituzionali, ma soltanto rispetto al nucleo essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti che vengono di volta in volta in rilievo.

35. Cfr., per tutti, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 11 ss. e 170 ss.

36. Cfr. M. Luciani, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, III. Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, 2009, 1066 ss.

# LIBERTÀ ECONOMICHE ED AUTONOMIA LOCALE: STRUMENTI E LACUNE DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

FILIPPO PIZZOLATO, DAVIDE TESTA\*

SOMMARIO: 1. L'impostazione del problema: il nesso tra libertà economiche e autonomia locale – 2. L'impatto delle piattaforme digitali sui tributi (anche) locali: vicende giurisdizionali e accordi tra Airbnb e i Comuni nel settore degli affitti brevi – 3. I mezzi di tutela dell'autonomia locale e il "muro" della legge.

## 1. L'impostazione del problema: il nesso tra libertà economiche e autonomia locale

Il rapporto tra libertà economiche e autonomia locale non è certo tra i più armonici. L'esigenza di tutelare lo svolgimento delle libertà economiche ha, anche nel nostro ordinamento, impresso storicamente una spinta che si dovrebbe definire espansiva, più che centripeta. Così è stato agli albori dello Stato moderno, in cui la borghesia ha fornito al sovrano un'alleanza economico-sociale in vista del comune obiettivo del superamento della frammentazione, anche territoriale, dell'ordinamento medievale; e così è stato – nel quadro dell'ordinamento repubblicano – per il rapporto tra Regioni e Stato e per quello tra Stati e Unione Europea. La dinamica espansiva dei fatti economici tende ad abbattere confini regolatori eretti da entità politiche territoriali. La giurisprudenza costituzionale e quella comunitaria sulla concorrenza sono indicative di questa tendenza a una forte dilatazione della materia, che si infila in pressoché ogni ramo dell'ordinamento<sup>1</sup>, travolgendo o almeno erodendo spazi di disciplina particolare su base territoriale. Questo esito è anche frutto di una debolezza della rappresentanza delle autonomie territoriali nello spazio decisionale (legislativo, *in primis*) nazionale e comunitario.

\* Università di Padova.

1. L'espressione, divenuta classica, di G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Le Droit Ouvrier*, 1992, 313 ss.

Simile *vis expansiva*, come si è detto, è costitutiva dello Stato moderno (e del suo superamento dell'istanza particolaristica), ma, al contempo, ne è elemento di contraddizione e di proiezione verso una universalità, certo non ancora acquisita politicamente, a cavallo dei diritti e soprattutto – tra questi – delle libertà economiche, consustanziali allo Stato di diritto<sup>2</sup>. Non stupisce pertanto che, quando assumano la prospettiva dei soggetti economici, alcuni interpreti mostrino criticamente come il riconoscimento di sfere di autonomia legislativa degli enti territoriali in materia economica faccia “saltare il quadro di riferimento operativo per le imprese e allunga i tempi e i costi della burocrazia”; mentre i principi sul riparto delle funzioni amministrative “conducono ad una schizofrenia nei rapporti tra le istituzioni e a una crescente incertezza nei rapporti tra imprese e pubblica amministrazione”<sup>3</sup>. È frequente imbattersi – dal punto di vista dell'analisi economica del diritto – in un giudizio severo sulla riforma del titolo V<sup>4</sup>.

Il rapporto tra le dimensioni dell'autonomia territoriale e della libertà economica pare rovesciarsi e ricomporsi quando sia riguardato da diversa prospettiva – di tipo politico – attinente al *dover essere* dell'ordinamento costituzionale autonomistico. In quest'ottica, non v'è dubbio che un ordinamento costituzionale di ispirazione autonomistica o federalistica – non si entra qui nel merito della *vexata quaestio* della distinzione – presupponga la dimensione fiscale e/o economico-finanziaria dell'autonomia come versante necessario su cui può mettere radici ogni ulteriore declinazione dell'autogoverno. La stessa Corte costituzionale, seppur senza averne tratto le necessarie conseguenze, lo ha riconosciuto nella sent. 370/2003, per la quale l'attuazione dell'art. 119 è la premessa indispensabile per concretizzare l'intero titolo V Cost.<sup>5</sup>. Non si può sottostimare questa componente perché “il federalismo fiscale consiste nell'*autogoverno* delle entrate e delle spese. Tali poteri generano responsabilità, sia per gli amministratori della cosa pubblica, che possono giustificare un aumento del carico fiscale solo offrendo una diversa (e migliore) composizione dei servizi pubblici, sia per gli amministrati che, attraverso il controllo, il voto e lo spostamento da un territorio all'altro, sono in grado di determinare il 'proprio destino', ossia di influire sulle scelte pubbliche

2. E. Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato*, il Mulino, 2020, 23 ss.

3. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Wolters Kluwer - CEDAM, 2015, 294.

4. Ivi, 294-295.

5. “Appare evidente che la attuazione dell'art. 119 Cost. sia urgente al fine di concretizzare davvero quanto previsto nel nuovo Titolo V della Costituzione, poiché altrimenti si verrebbe a contraddire il diverso riparto di competenze configurato dalle nuove disposizioni; inoltre, la permanenza o addirittura la istituzione di forme di finanziamento delle Regioni e degli enti locali contraddittorie con l'art. 119 della Costituzione espone a rischi di cattiva funzionalità o addirittura di blocco di interi ambiti settoriali”.

relative al proprio territorio”<sup>6</sup>. È così tracciato il collegamento ideale tra federalismo fiscale e autonomia (e differenziazione). Già nella l. 142/1990 (art. 54; ora art. 149 TUEL) si riconosce agli enti locali un’ autonomia finanziaria che sia “fondata su certezza di risorse proprie e trasferite”. Questa seconda prospettiva punta sul nesso in fondo semplice per cui “alla vicinanza tra governanti e governati consegue una maggiore possibilità di monitorare il legame tra costi e benefici, cioè fra imposte prelevate e servizi resi, in una dinamica che rende gli amministratori locali più responsabili nei loro comportamenti”<sup>7</sup>, secondo il principio talora reso con il motto: “vedo, pago, voto”<sup>8</sup>.

La componente tributaria è condizione necessaria, ma non sufficiente, di una autonomia reale: non lo è laddove sia accompagnata da forti decurtazioni dei trasferimenti dal centro e, ancor più, dalla “vincolatezza della destinazione del gettito alla copertura delle spese derivanti da compiti predefiniti”<sup>9</sup>. Su queste basi, va accolto il suggerimento di tenere distinte autonomia tributaria e finanziaria<sup>10</sup>. Per parlare di autonomia finanziaria, occorre verificare quanto dell’ autosufficienza dell’ ente territoriale sia conseguita mediante tributi propri, anziché da entrate extra-tributarie o da trasferimenti dal centro. Il dettato della riforma del titolo V e la pari-ordinazione degli enti costitutivi della Repubblica sembrano voler muovere nella direzione di un’ autonomia anche finanziaria per Regioni ed enti locali, entro cui la figura del coordinamento finanziario dovrebbe essere letta in chiave di equi-ordinazione e non di direttiva di un soggetto sugli altri<sup>11</sup>. Agli enti territoriali va riconosciuta la potestà di intervenire sulla disciplina del prelievo con proprie norme di carattere legislativo o regolamentare e dunque l’ autonomia tributaria. Sul concetto di tributo proprio è intervenuta una giurisprudenza rigorosa ed esigente della Corte costituzionale (sent. 296 e 297/2003 e 311/2003), che vi correla l’ istituzione medesima del tributo. Da questo punto di vista, mentre le Re-

6. G. Bizioli, *Il federalismo fiscale*, Rubbettino, 2020, 3.

7. L. Antonini, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Guerini e Associati, 2005, 153. “Un ruolo cardine dovrà poi essere riconosciuto al principio di correlazione tra prelievo fiscale e beneficio connesso alle funzioni esercitate: si tratta di un principio dalla portata altamente innovativa. (...) Ovvero, in termini tributari, che si realizzi una tendenziale equivalenza tra ‘cosa tassata’ e ‘cosa amministrata’” (ivi, 164).

8. Già delineato da L. Einaudi, *Prediche inutili*, Einaudi, 1959, 364.

9. A. Giovanardi, *L’ autonomia tributaria degli enti territoriali*, Giuffrè, 2005, 52.

10. Ivi, 60: “mentre l’ autonomia tributaria si identifica con la potestà di istituire il tributo e di intervenire sulla disciplina del medesimo con proprie norme di natura legislativa (Regioni) o regolamentare (Comuni e Province), l’ autonomia finanziaria sussiste per l’ appunto quando alla libertà di scelta sul fronte della spesa si accompagna la certezza delle risorse e la loro congruità rispetto alle funzioni di competenza”.

11. Ivi, 175-176. Si veda però la sentenza della Corte cost. 26 gennaio 2004, n. 37, che è andata in direzione opposta, suscitando le critiche della succitata dottrina (ivi, 249 ss.).

gioni stabiliscono tributi propri, per gli enti locali, in carenza della legge, lo spazio è ristretto da fonti di rango primario. Dalla riformulazione del titolo V può però derivarsi la necessità che la legge riservi spazio congruo alla fonte regolamentare degli enti locali<sup>12</sup>. Resta vero che allo Stato è riconosciuta un'amplissima discrezionalità nella scelta dei presupposti dei tributi statali, ciò che, con un'armonizzazione incompatibile con la doppia imposizione<sup>13</sup>, limita fatalmente l'autonomia regionale e locale.

Tra la *vis expansiva* – e livellatrice – propria della materia economia e la necessaria dimensione economico-finanziaria dell'autonomia locale si istituisce dunque un intreccio che assomiglia a un groviglio, più che a una composizione armonica. E del resto l'autonomia locale non può essere pensata in isolamento dalla disciplina del fatto economico<sup>14</sup>, dal modo cioè in cui è regolata la produzione della ricchezza o la sua distribuzione. La “materia economica”, per così dire<sup>15</sup>, non ammette questi smembramenti. Il prelievo fiscale appoggia pur sempre su fatti economici o manifestazioni di ricchezza, sicché l'autonomia locale deve assumere la sfida dell'autogoverno democratico, della relativa responsabilità e dell'efficienza della gestione dei servizi<sup>16</sup>.

Gli spazi per una disciplina locale dei rapporti economici non sono però particolarmente ampi<sup>17</sup>. Eppure l'art. 13 TUEL riconosce in capo al Comune funzioni amministrative in settori organici identificati nei servizi alla persona e alla comunità, nell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico (“salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”).

Per i servizi alla persona e alla comunità, le competenze locali si concentrano sull'assistenza sociale, sull'edilizia scolastica e sugli asili nido, mentre per quanto attiene alla sanità, tale ruolo è diventato complessivamente, e non senza criticità, recessivo a seguito della aziendalizzazione, declinata come regionalizzazione, de-

12. A conclusioni meno ottimistiche in tal senso giunge A. Giovanardi (ivi, 318 ss. e 332).

13. Ivi, 195-197 e 216.

14. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., 295-297 legge la correlazione in chiave negativa, in termini di eclissi delle urgenze concrete dell'economia reale e di aggravio dell'orientamento all'indebitamento pubblico in conseguenza dell'autonomia finanziaria degli enti locali. Per l'A., si assiste “alla rapida demolizione del sistema di controllo dello stato a diritto amministrativo, previsto dall'abrogato Titolo V” (297).

15. Secondo l'accezione di E.M. Leo, *Forma giuridica e materia economica. Saggi*, Vita e Pensiero, 1994, 11.

16. M. Bertolissi, *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Marsilio, 2019, 107 ss.; F. Bassanini, F. Cerniglia, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, il Mulino, 2016.

17. Recentemente ripercorse da G. Bergonzini, *Ordine giuridico del mercato e città, tra autonomia ed eteronomia*, di prossima pubblicazione.



gli anni Novanta<sup>18</sup>. Impatto economico ha anche la gestione, nelle differenti forme, dei servizi pubblici locali, soprattutto quelli a rilevanza economica (rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas) su cui forti sono i condizionamenti della disciplina statale e della liberalizzazione comunitaria.

In tema di sviluppo economico, è stato osservato come il quadro delle funzioni comunali sia stato “progressivamente svuotato da processi di liberalizzazione”<sup>19</sup>. Si pensi agli ambiti del commercio, su cui ha inciso la parziale liberalizzazione del d.lgs. 114/1998 e, con riferimento agli orari e ai giorni di chiusura, del d.l. 201/2011; o al turismo (d.lgs. 79/2011)<sup>20</sup>. Permane in capo agli enti locali una più anodina funzione promozionale dello sviluppo locale. Un altro ambito di intervento riguarda l’infrastrutturazione del territorio cui gli enti locali prendono parte attraverso competenze in materia di industria e di governo del territorio, nonché con i residui poteri di programmazione urbanistica<sup>21</sup>.

La rassegna delle competenze formali non fotografa però integralmente il quadro degli strumenti degli enti locali incidenti sui rapporti economici. Il recente (e non privo di ambiguità) conio e uso della nozione di *smart city* spinge a spostare il piano dell’analisi dalle formali competenze regolamentari a quello della definizione o della partecipazione a politiche pubbliche. Si potrebbe ritenere tale estensione coerente con la vocazione generalista del Comune, cui l’art. 3 TUEL attribuisce “la cura (de)gli interessi della comunità” e la promozione del suo “sviluppo”, sicché la politicità che il Comune esprime è vocata ad eccedere il recinto delle attribuzioni formali. Il coinvolgimento degli enti locali nelle diverse “agende” (urbana, digitale, per la semplificazione)<sup>22</sup>, su progetti a guida e finanziamento europei, apre a un protagonismo nuovo, sganciato da un riferimento rigido allo Stato<sup>23</sup>. Questi programmi europei, che prevedono la partnership degli enti locali, hanno un forte impatto economico (tutela dell’ambiente, digitalizzazione, resilienza e ripresa post-pandemica)<sup>24</sup>. E tuttavia, a fronte di queste possibilità, questo coinvolgimento sconta un limitato grado di autonomia degli enti territoriali proprio nella fase della definizione degli obiettivi e la stessa partecipazione risulta eterodiretta quan-

18. F. Saitta, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Ist. Fed.*, 3-4, 2018, 791-794.

19. E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, Wolters Kluwer, 2020, 159.

20. *Ibidem*.

21. Ivi, 160-161.

22. Ivi, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2, 2016, 260 ss.

23. In termini critici, A. Cantaro, *I modelli: autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, 19 e 37

24. M. Falcone, *Le politiche europee per le città: agenda urbana e “aree interne”*, in E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, cit., 252 ss.; per una rassegna di interventi nell’ambito del programma *Urbact*, si veda ora S. D’Antonio, P. Testa, *Le città sono la soluzione. Un viaggio nell’Italia dei comuni innovativi*, Donzelli, 2021.

to a forme e ritmi, dettati dai bandi e dal condizionamento finanziario. Tali limiti si ripropongono per il processo di definizione e attuazione del PNRR<sup>25</sup>.

Si registrano elementi di un processo di de-formalizzazione il cui saldo per gli enti locali è difficile da tracciare. Alcuni tradizionali elementi di collegamento tra autonomia locale e regolazione della materia economica sbiadiscono. Si pensi alla riserva di legge, espressione del principio del *no taxation without representation*, che è garanzia per i tassati e insieme fondamento di autonomia politica. Tale principio sottende la questione del consenso all'imposta, offuscata dalla crisi che investe i nessi tra rappresentanza e legge. Si è sostenuto che "il principio di autoimposizione si strutturasse in modo ben più complesso rispetto alla semplice previsione della riserva di legge in materia tributaria"<sup>26</sup>: non si deve cioè ridurre a un mero consenso formale e preventivo, parlamentare ai tributi, ma coinvolgere la fase per così dire discendente e applicativa, scongiurando la retrocessione dell'individuo a suddito del potere impositivo. Allo stesso modo, l'autonomia fiscale degli enti locali non può andare disgiunta dalla sperimentazione di più larghi canali di partecipazione dei cittadini<sup>27</sup>.

All'offuscamento degli elementi formali di collegamento contribuiscono fatti economici (la globalizzazione<sup>28</sup>) e fattori di crisi interni ai soggetti politico-istituzionali (la crisi della democrazia rappresentativa). Queste trasformazioni coinvolgono le autonomie in vario modo, riducendo la possibilità effettiva di governo dei fatti economici e allentando i legami tra autonomia locale e la cornice nazionale-statale: "si riducono (...) i benefici per le comunità sub-nazionali di appartenere a un singolo Stato: la competizione in un'economia globale tende a porsi come competizione tra sistemi regionali"<sup>29</sup>. Come è stato mostrato dalla migliore socio-

25. Si vedano le criticità sottolineate da A. Zanardi, *Il ruolo degli Enti territoriali nell'attuazione del PNRR*, testo disponibile al sito: [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) [consultato il 7 ottobre 2023], agosto 2022; E. Caterini, E. Jorio, *Pnrr; la chance del contratto di rete per coinvolgere i piccoli Comuni*, in *Il Sole 24 ore. Enti Locali & Edilizia*, 19 luglio 2022.

26. L. Antonini, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, cit., 26; ivi, 18 e 136.

27. Tematiche sviluppate da G. Bergonzini, *Democrazia fiscale partecipativa e città*; e da C. Pagliarin, *Gli spazi per la partecipazione locale nelle maglie delle norme sull'equilibrio di bilancio*, in F. Pizzolato, A. Scalone, F. Corvaja (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli, 2019, 229 ss.; e 249 ss.

28. La globalizzazione incrina "lo stesso paradigma di fondo della democrazia fiscale: quello della coincidenza nella medesima persona delle figure dell'elettore, del beneficiario della spesa pubblica e del contribuente" (L. Antonini, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, cit., 19 e 119). Per l'A., un altro fattore di questo appannamento sta nella legittimazione del diritto comunicativo a intervenire nell'ambito coperto da riserva di legge ex art. 23 Cost. (ivi, 43).

29. L. Antonini, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, cit., 152. Una parziale ricaduta legislativa di questa trasformazione è l'assunzione di rilevanza giuridica del concetto di distretto produttivo. Cfr. l. 317/1991 e 266/2005 (art. 1, c. 366-372), su cui G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., 393-394.

logia economica<sup>30</sup>, i livelli regionali e perfino locali (in special modo le cosiddette *global cities*) di governo possono fornire servizi reali alle imprese: formazione professionale e manageriale, infrastrutture, reti di approvvigionamento, sistemi integrati di trasporto e comunicazioni, cablaggio e informatizzazione, servizi di disinquinamento, ecc.

## 2. L'impatto delle piattaforme digitali sui tributi (anche) locali: vicende giurisdizionali e accordi tra Airbnb e i Comuni nel settore degli affitti brevi

Nel ristretto quadro legislativo abilitante la disciplina locale dei rapporti economici, la globalizzazione gioca un ruolo dirompente nei confronti della città, ridefinendo spazi e rapporti di forza, mentre l'elevazione della concorrenza a principio fondamentale dello spazio comune europeo sembra a maggior ragione condizionare negativamente le capacità di reazione dell'ente locale<sup>31</sup>. Le piattaforme digitali, emerse in questo contesto come autonomi centri di potere<sup>32</sup>, influenzano profondamente il tessuto urbano, al quale di contro non sono legate da un vincolo originario: nell'arco di pochi anni, esse "hanno creato nuovi rapporti economici virtuali tra consumatori e fornitori che hanno prodotto e continuano a produrre una trasformazione – talvolta celata all'economia formale – dei quartieri, dei servizi, degli spazi e di alcuni settori economici"<sup>33</sup>, con il risultato che oggi tendono

30. S. Sassen, *Le città nell'economia globale*, il Mulino, 2003, 20 ss.

31. A. Michieli, *Città e capitalismo delle piattaforme*, in F. Pizzolato, G. Rivosecchi, A. Scalone (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., 338: "l'innovazione nella smart city è stata creata (...) con una ritrazione dei pubblici poteri che sono stati chiamati a promuovere un quadro normativo favorevole alle nuove tecnologie su un determinato mercato, secondo un modello di Stato facilitatore (*enabling State*)".

32. P. Costa, *La sicurezza della global city. Prassi globale e critica costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, 103; anche Bucalo riflette sull'"impatto cross-sector" dell'economia delle piattaforme (M.E. Bucalo, *I servizi delle piattaforme online fra giurisprudenza sovranazionale e interna e necessità di regolazione dell'economia collaborativa. Riflessioni a partire dal caso Airbnb*, in *Federalismi.it*, 22, 2020, 68).

33. A. Michieli, *Città e capitalismo delle piattaforme*, cit., 339. Sono state ampiamente commentate le conseguenze più nocive quali la cosiddetta *gentrification* dei centri storici, le tendenze elitarie della *smart city* e la polarizzazione rispetto alle regioni di appartenenza, i rapporti di lavoro precari (*ex multis*, rispettivamente: C. Belingardi, *Diritto alla città e beni comuni*, in *Contesti. Città, Territori, Progetti*, 2016, 66-81; P. Costa, *La sicurezza della global city*, cit., *passim*; F. Pizzolato, *Economia globale e città: note introduttive su una dialettica centrale per le democrazie del XXI secolo*, in *Economia pubblica*, 1, 2020, 103-105; D. Testa, *Il lavoro dei ciclo-fattorini nella città globale. Esperienze di tutela locale, mutualismo e nuovi spazi di democrazia*, in F. Pizzolato, G. Rivosecchi, A. Scalone (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., *passim*).

a sfuggire a ogni programmazione economica e spesso, per quanto rileva in questa sede, anche all'imposizione tributaria.

A fronte della diffusione esponenziale delle piattaforme in settori importanti come quello turistico, si comprende dunque l'apprensione verso la regolarità del gettito<sup>34</sup> coesistente all'attuazione di politiche promozionali dei diritti sociali ed economici, che trovano il primo terreno di sviluppo proprio al livello urbano<sup>35</sup>: si è d'altra parte osservato come, "al pari di qualunque organismo, (...) vale anche per una società politicamente organizzata il collaudato brocardo, secondo cui *homo sine pecunia imago mortis*. Esso si estende, per ragioni elementari, di carattere logico ed empirico, dal singolo al corpo sociale, con evidenti e non contestabili implicazioni"<sup>36</sup>.

Il legislatore, di fronte a siffatti poteri di natura privatistica, che paiono talvolta in grado di mettere in dubbio persino quel minimo quoziente di controllo sui rapporti economici che lo Stato aveva mantenuto anche in tempi recenti di liberalizzazioni, nella perdurante mancanza di una complessiva regolamentazione delle piattaforme digitali, si è risolto a mettere un freno quantomeno ai fenomeni che hanno causato maggior allarme, forse soprattutto per gli enti locali<sup>37</sup>: così, è stato emanato l'art. 4 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito in l., 21 giugno 2017, n. 96, meglio noto con il significativo pseudonimo di "legge Airbnb"<sup>38</sup>. Quest'ultimo, con il proposito di riacquistare il controllo dell'imposizione tributaria sugli affitti brevi, ha imposto agli intermediari immobiliari – piattaforme comprese – un obbligo di raccolta e trasmissione dei dati relativi ai contratti conclusi loro tramite<sup>39</sup>, l'obbligo di operare, "in qualità di sostituti d'imposta, una ritenuta del 21 per cento sull'ammontare dei canoni e corrispettivi all'atto del pagamento al beneficiario", qualora incassino direttamente i canoni o i corrispettivi relativi ai contratti o comunque intervengano nel pagamento dei predetti canoni o corrispettivi<sup>40</sup>,

34. Sul punto: P. Tullio, *Airbnb nell'Unione europea: tra prevenzione della concorrenza sleale e libera prestazione dei servizi*, in *Riv. it. dir. tur.*, 1, 2021, 7-48; N. Treglia, *La fiscalità della sharing economy nel settore turistico nella duplice dimensione nazionale e internazionale*, in *Riv. it. dir. tur.*, 3, 2021, 83-126.

35. Sulla rilevanza dell'autonomia finanziaria affinché l'ente sia posto in grado di esprimere compiutamente la propria politicità, *supra*.

36. M. Bertolissi, *I cittadini azionisti della città*, in F. Pizzolato, G. Rivosecchi, A. Scalone (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., 25.

37. S. Picascia, A. Romano, M. Teobaldi, *The airification of cities: making sense of the impact of peer to peer short term letting on urban functions and economy*, Proceedings of the Annual Congress of the Association of European Schools of Planning, Lisbona, 11-14 luglio 2017.

38. Sul punto, ampiamente: M.E. Bucalo, *I servizi delle piattaforme online fra giurisprudenza sovranazionale e interna e necessità di regolazione dell'economia collaborativa*, cit., 77.

39. Art. 4 co. 4 d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

40. *Ibidem*.

nonché, per i soli soggetti non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia, come sono normalmente le piattaforme transnazionali, l'obbligo di nominare un rappresentante fiscale sul territorio nazionale<sup>41</sup>.

Ebbene, Airbnb, anche sulla scorta della qualificazione del proprio servizio come "servizio di società di informazione" ai sensi della Direttiva 2000/31 CE, ottenuta grazie alla recente pronuncia della CGUE su ricorso pregiudiziale presentato dal Tribunale amministrativo francese<sup>42</sup>, che vincola qualsiasi previsione restrittiva o comunque foriera di oneri a carico dell'azienda alle stringenti normative comunitarie in materia di concorrenza, ha prontamente impugnato di fronte al Tar del Lazio il provvedimento attuativo della legge citata.

Non trovando accoglimento delle proprie pretese in primo grado, la piattaforma ha adito il Consiglio di Stato che, come prima i giudici francesi, ha ritenuto necessario il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia<sup>43</sup>, chiedendo al giudice comunitario di pronunciarsi sulla compatibilità della normativa in esame con il principio di libera prestazione di servizi, riconducibile in particolare all'art. 56 TFUE. Dinanzi al giudice amministrativo, in effetti, Airbnb, agli oneri imposti dallo Stato ai fini di una proficua collaborazione nella lotta all'evasione fiscale, in adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale cui soggiace l'iniziativa economica privata<sup>44</sup>, opponeva una presunta lesione della concorrenza tra la propria posizione e quella delle aziende che non ricevono il pagamento direttamente dagli utenti<sup>45</sup>.

In vista della pronuncia della Corte, nelle conclusioni presentate il 7 luglio 2022, l'avvocato generale Maciej Szpunar ha condiviso quasi integralmente la correttezza della legge italiana del 2017, ritenendo sproporzionata la sola imposizione del rappresentante fiscale, mentre nulla osta alle restanti previsioni, che ri-

41. Art. 4 co. 5-*bis* d.l. 24 aprile 2017, n. 50. La norma inoltre, al co. 6, rinviava per l'attuazione a un apposito provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, da emanarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto.

42. CGUE, 19 dicembre 2019 (C-390/18). I criteri applicati dalla Corte sono quelli costituenti il c.d. *Uber test* – elaborati in occasione delle sentenze CGUE 20 dicembre 2016 (C-434/15) e CGUE 10 aprile 2018 (C-320/16) – cioè il grado d'influenza e l'indispensabilità della piattaforma per l'erogazione del servizio intermediato: il secondo, in particolare, ha sollevato perplessità nel caso di specie (M.E. Bucalo, *I servizi delle piattaforme online fra giurisprudenza sovranazionale e interna e necessità di regolazione dell'economia collaborativa*, cit., 70-76).

43. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato il 9 febbraio 2021 (C-83/21). In prima battuta, la medesima questione era stata dichiarata irricevibile (CGUE, ord. 30 giugno 2020 (C-723/19)).

44. Ci si riferisce in particolare ai commi 2 e 3 dell'art. 41 della Costituzione, che hanno oltretutto ricevuto nuova linfa dalla l. cost. n. 1/2022, con cui il legislatore ha integrato le previsioni in parola, ritenendo necessario esplicitare la responsabilità dell'impresa anche sotto il profilo ambientale.

45. Anche dal punto di vista argomentativo, pare legittimo chiedersi se l'aggravio organizzativo richiesto dallo Stato a un'azienda di tali dimensioni sia effettivamente tale da incidere significativamente sui meccanismi concorrenziali.

sultano proporzionate all'“obiettivo legittimo di riscossione efficace dell'imposta e di lotta all'evasione fiscale”<sup>46</sup>, sull'assunto che, contrariamente alla soluzione auspicata da Airbnb, “la fiscalità non può basarsi sulla volontarietà”<sup>47</sup>.

Proprio l'impervio sentiero volutaristico è quello percorso, di converso, dagli enti locali, che nel frattempo – privi della potestà legislativa riservata a Stato e Regioni, e dotati di un minor peso nei rapporti con piattaforme transnazionali di tale rilevanza – si sono visti costretti a ricercare soluzioni innovative, di tipo più collaborativo che regolamentare<sup>48</sup>. I Comuni di maggiori dimensioni, dunque, hanno intrapreso ben presto la strada della collaborazione e “gli accordi sono stati raggiunti anche con le piattaforme commerciali, soprattutto nel settore del turismo o per la promozione di canoni di affitto concordati ed equi”<sup>49</sup> e, per quanto concerne nello specifico Airbnb, con particolare riguardo all'aspetto fiscale, volti anche alla riscossione diretta della tassa di soggiorno.

Le città di maggiori dimensioni<sup>50</sup>, tra cui quasi tutti i capoluoghi, hanno gradualmente raggiunto degli accordi con Airbnb, mosse dal comune proposito di regolare finalmente i rapporti reciproci, specie sotto il profilo fiscale; di essi, però, complice anche l'evidente squilibrio contrattuale tra le parti, sono state notate le “gravi lacune, tra le quali (...) l'assenza di meccanismi per la denuncia di affitti illegali, di un team dedicato al controllo e all'ispezione dei comportamenti abusivi, anche in collaborazione con l'Agenzia delle Entrate e, infine, la mancanza di meccanismi di *data scraping*”<sup>51</sup>.

Nel guado tra le procedure d'intesa cui sono ricorsi i Comuni e l'attesa decisio-

46. Conclusioni dell'avvocato generale, 07/07/2022, n. 71 (C-83/21).

47. *Ibidem*.

48. Più radicalmente, in ambito europeo, “di fronte a questa zona franca del mercato e della regolamentazione, alcune città (...) si sono fatte promotrici di un coordinamento per giungere a un diverso approccio regolativo nei confronti delle piattaforme”, il cui esito è stata la dichiarazione di Barcellona del 2018, con la quale esse “dinnanzi al tentativo di alcune piattaforme di agire al di sopra della legge (*above the law*), hanno rivendicato il diritto dei cittadini di determinare le regole della vita urbana e il dovere delle piattaforme di rispettarle” (A. Michieli, *Città e capitalismo delle piattaforme*, cit., 340. Cfr. G. Comazzetto, *Orizzonti del neomunicipalismo*, in F. Pizzolato, A. Scalone, F. Corvaja (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, cit.; F. Bria, E. Morozov, *Ripensare la smart city*, Codice, 2018).

49. A. Michieli, *Città e capitalismo delle piattaforme*, cit., 345-346.

50. Al momento in cui si scrive se ne contano ventiquattro (Airbnb, *Riscossione e pagamento della tassa di soggiorno in Italia da parte di Airbnb*, testo disponibile al sito: [www.airbnb.it/help/article/2287/riscossione-e-pagamento-della-tassa-di-soggiorno-in-italia-da-par-te-di-airbnb](http://www.airbnb.it/help/article/2287/riscossione-e-pagamento-della-tassa-di-soggiorno-in-italia-da-par-te-di-airbnb) - ~:text=Gli ospiti che prenotano alloggi Airbnb a Milano saranno soggetti,sito del Comune di Milano [consultato il 7 ottobre 2023]).

51. Con particolare riferimento alla città di Milano, che dal 2014 ha intrapreso una strategia di regolamentazione delle piattaforme fondata sulle linee guida *Milano Sharing City*: A. Michieli, *Città e capitalismo delle piattaforme*, cit., 346.

ne della CGUE, dalle quali dipende il recupero al sistema tributario locale e nazionale di una parte ingente delle risorse riconducibili al settore turistico, la piattaforma ha fatto registrare un parziale cambio di rotta, decidendo, a partire da marzo 2022, di riscuotere direttamente la tassa di soggiorno nei territori dove svolge la propria attività<sup>52</sup>, predisponendo contestualmente un apposito accordo di collaborazione con ANCI finalizzato a informare e supportare gli enti locali al riguardo<sup>53</sup>.

Per quanto quest'ultima novità si possa, o meno, considerare indotta da propositi di adeguamento dell'immagine aziendale, inevitabilmente minata anche dalla *querelle* giudiziaria tuttora in corso, al sentire comune contemporaneo, che richiede anche al turismo un approccio maggiormente ispirato a criteri di sostenibilità rispetto al passato<sup>54</sup>, appare legittima la speranza che la decisione della Corte di Giustizia e la necessità commerciale di acquisire un volto più collaborativo che estrattivo spingano le piattaforme finalmente verso una più definitiva integrazione nel sistema tributario, che sola può garantire il benessere dei territori cui l'iniziativa economica è chiamata a partecipare<sup>55</sup>. Così, anche lo sforzo innovativo dei Comuni potrà essere meglio direzionato: non più, infine, soltanto il tentativo

52. Airbnb, *Raccolta digitale dell'imposta di soggiorno in tutta Italia*, testo disponibile al sito: [www.airbnb.it/d/tassadisoggiorno-citta](http://www.airbnb.it/d/tassadisoggiorno-citta) [consultato il 7 ottobre 2023].

53. Airbnb, *Portale Airbnb per l'imposta di soggiorno: Informazioni tecniche*, 2022.

54. La sostenibilità in questo senso è comunemente intesa con particolare riguardo al profilo ecologico, ma si fa strada anche la consapevolezza che porta ad allontanarsi da un modello di turismo meramente estrattivo, verso approcci più rispettosi dell'ambiente urbano (Cfr. G.M. Salerno, *Estrattivismo contro il comune. Venezia e l'economia turistica*, in *ACME*, 2018, 480-505).

55. A tal proposito, pur essendo prematura una presa di posizione sul punto, nella perdurante attesa della sentenza della CGUE, appare legittimo chiedersi quali soluzioni si prospettino a fronte di un'eventuale pronuncia in senso totalmente favorevole alla piattaforma, la quale disattenderebbe dunque *in toto* le conclusioni dell'avvocato generale. In altre parole, ci si potrebbe chiedere se sia ipotizzabile, nel caso di specie, il ricorso ai controlimiti, al fine di far pesare il principio autonomistico – cui l'ordinamento italiano, come noto, attribuisce la qualificazione di principio fondamentale – a fronte dell'interpretazione comunitaria delle norme sulla concorrenza: per quanto si possa affermare nel momento presente, e dunque *a priori*, ciò non appare fuori luogo purché sia dimostrato che la pedissequa applicazione della norma europea, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, produca effetti tali da porsi in diretto contrasto con le prospettive di autogoverno dell'ente locale garantite per mezzo dell'art. 119 (sul punto cfr. Corte cost., 23 dicembre 2003, n. 370, sopra citata), oppure, sotto altro profilo, renda particolarmente difficile o impossibile all'ente locale l'adempimento delle proprie attribuzioni in termini di diritti sociali e prestazioni essenziali che l'imposizione tributaria garantisce. Nonostante l'applicazione dei controlimiti sia ormai stata "normalizzata" in termini di dialogo tra le corti (D. Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, 2021; A. Lo Calzo, *Dagli approdi della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle tendenze nel dialogo con le Corti*, in *Federalismi.it*, 1, 2021), però, non si può fare a meno di notare come l'attuazione della costituzione economica rappresenti l'ambito in cui il rapporto si presenta probabilmente più che mai conflittuale (G. Comazzetto, *Costituzione, Economia, Finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, 39).

di recuperare quanto la globalizzazione paventa di togliere, ma un esercizio di autonomia locale proteso verso una promozione dei diritti economici e sociali ulteriore, più adeguata allo specifico contesto territoriale, rispetto al quoziente minimo garantito dalla legge dello Stato.

### 3. I mezzi di tutela dell'autonomia locale e il “muro” della legge

Si sono indicate tracce di un processo di de-formalizzazione che può rimettere in gioco il ruolo delle autonomie locali nei rapporti economici. Più che uno spazio regolativo, si aprono ambiti di intervento amministrativo, di prevalente senso promozionale, di partecipazione a politiche pubbliche e di tessitura di relazioni sociali e istituzionali (ad es., i patti di solidarietà territoriale, *ex l.* 243/2012, art. 10), secondo un'ottica di *governance*. E tuttavia lo spazio delle politiche pubbliche è compreso dal condizionamento finanziario.

Il recupero di più incisivi poteri (anche) regolativi esige il sostegno di adeguati mezzi di tutela giurisdizionale, che riequilibrino il rapporto tra la legge e l'autonomia locale. Il rapporto è attestato in termini problematici: da un lato, la legge, come fonte del diritto, ha perso capacità di conformazione della materia economica al cospetto di dinamiche fattuali e giuridiche sovranazionali; dall'altro, essa continua però a svolgere un ruolo di freno o di inibizione dell'autonomia locale. All'esito, la tutela giurisdizionale dell'autonomia locale soffre tanto della *manca* della legge, quanto della sua *invadenza*.

Ai fini di un'effettiva autonomia tributaria, l'art. 23 Cost. è stato sin troppo bene colto nella sua dimensione di fondamento del potere impositivo, mentre il legislatore tende a trascurarne il limite negativo, in relazione sistematica con l'art. 5 Cost. e a garanzia dell'autonomia tributaria locale<sup>56</sup>. La necessità “preventiva” e l'ampiezza dell'intervento legislativo sono stati solertemente riconosciuti dalla Corte costituzionale, ad esempio nella sent. 36/2004, per la quale compete allo Stato “determinare le grandi linee dell'intero sistema tributario, e definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva (...) di Stato, Regioni ed enti locali”. Le conseguenze di questo approccio sull'autonomia tributaria locale sono state fortemente penalizzanti. Emblematica è la sorte dell'imposta sugli immobili che ha spinto la dottrina a coniare il paradosso per cui è “lo Stato a partecipare al gettito di tributi locali”<sup>57</sup>.

56. Questo versante “negativo” – a contemperare un concetto desueto di sovranità fiscale – è valorizzato anche con riferimento ai più generali limiti della potestà impositiva da G. Bergonzini, *I limiti costituzionali quantitativi dell'imposizione fiscale*, 2 voll., Jovene, 2011.

57. S. Staiano, *Costituzione italiana: articolo 5*, Carocci, 2017, 109.



A questa penalizzante forza legislativa conformante – per gli enti locali – si aggiunge – anche per le Regioni – la legge statale di coordinamento della finanza pubblica. L’esito combinato è che “il sistema di finanziamento delle istituzioni territoriali *dipende* ed è *subordinato* alle scelte del Parlamento”<sup>58</sup>; e che la mai raggiunta messa a regime della struttura dell’autonomia finanziaria ha comportato la reiterazione dei “tagli lineari” alla spesa storica<sup>59</sup>.

Per altro verso è l’omissione della legge a penalizzare le autonomie locali, nei casi della definizione delle *funzioni fondamentali* e dei *livelli essenziali* ai fini del finanziamento delle medesime funzioni, *in primis*. A regime, le spese degli enti locali per l’esercizio delle funzioni fondamentali dovrebbero essere finanziate integralmente in ragione del fabbisogno standard. Oltre questo non v’è il vincolo del finanziamento integrale, ma la copertura è determinata in base alla capacità fiscale e alla riduzione per via di perequazione delle diverse capacità fiscali<sup>60</sup>. Eppure, la definizione delle funzioni fondamentali (e, più in generale, la riforma del *codice delle autonomie*) segnano il passo, mantenendo l’autonomia locale in condizione di precarietà e dipendenza. La stessa Corte costituzionale – nella sent. 33/2019 – ha invocato una definizione ordinamentale delle funzioni fondamentali, in quanto profilo “essenziale dell’autonomia municipale”, lamentando che “risultano ancora oggi contingentemente definite con un decreto-legge che tradisce la prevalenza delle ragioni economico finanziarie su quelle ordinamentali”.

Alle limitazioni derivanti da interpretazioni penalizzanti della riserva di legge e dalle omissioni di legge, si aggiunge l’“invadenza” della legge, richiamata, secondo un’interpretazione della Corte (a partire dalla sent. 303/2003), dal principio di sussidiarietà, impoverito della sua sostanza autonomistica mediante l’accostamento tirannico con il principio di legalità, a propria volta non rimeditato. La funzione amministrativa è così ricondotta al rango tradizionale di mera esecuzione, a dispetto della sua dimensione costituzionale di spazio di iniziativa autonoma di enti locali e di cittadini (art. 118). Mentre cioè la sussidiarietà (verticale e orizzontale) valorizzerebbe l’autonomia dei “senza-legge” (enti locali e cittadini, singoli e associati), il principio di legalità non rivisitato<sup>61</sup> li mantiene in condizione di perdurante subalternità.

Non è mancato chi, in scia alla giurisprudenza della Corte di Karlsruhe sul *Familienexistenzminimum*, abbia proposto di recuperare – a sostegno dell’auto-

58. G. Bizioli, *Il federalismo fiscale*, cit., 70.

59. G. Di Gaspare, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, cit., 307.

60. G. Bizioli, *Il federalismo fiscale*, cit., 80-81.

61. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, 123; F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Politica del diritto*, 2006, 385 ss.

nomia finanziaria – al principio di sussidiarietà una declinazione fiscale, tradotta come libertà di scelta in ordine alla destinazione di parte delle imposte<sup>62</sup>. Non è però possibile spingere questo principio fino a farne il motore di una generale auto-imposizione<sup>63</sup>, a pena altrimenti di entrare in cortocircuito logico con altri principi dell'ordinamento costituzionale. La scelta del contribuente (per la destinazione del 5 per mille, ad esempio) è pur sempre canalizzata entro servizi meritori, a giudizio di una mediazione rappresentativa e per una finalità pubblicistica-solidaristica. Nella sent. 118/2015, la Corte costituzionale (par. 8.4) ha riconosciuto la correlazione tra gli equilibri di finanza pubblica e la solidarietà – e la coesione – all'interno della Repubblica. A proposito delle agevolazioni fiscali, per la Corte, “poiché l'attività di interesse generale svolta senza fini di lucro da tali enti realizza anche una forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica (ciò che deriva dal necessario reinvestimento degli utili in attività orientate a una funzione sociale), il Titolo X (Regime fiscale degli enti del terzo settore) del cod. terzo settore prevede misure di agevolazione fiscale” (sent. 72/2022)<sup>64</sup>.

Queste aperture, tuttavia, non valgono a ribaltare le criticità rilevate riguardo al rapporto legge-autonomia, in cui la prima, anziché agire come vettore di *capacitazione* democratica, tende a configurarsi piuttosto come un “muro”. Tale *capacitazione* non può essere rivolta solo in direzione della libertà economica, dovendo piuttosto atteggiarsi a limite ogni qualvolta (anche) poteri privati svuotino l'autonomia dei cittadini, singoli e associati. Di fronte alla legge erta a muro, alla tutela degli enti locali gioverebbe la possibilità di accesso dinanzi al giudice della legge stessa. Ciò nondimeno, persiste una limitazione alla partecipazione delle autonomie locali al giudizio costituzionale. I rimedi fin qui predisposti dal legislatore (con l'art. 9 della l. 131/2003, che prevede che il ricorso statale possa essere proposto dalla Conferenza Stato-Città e autonomie locali e quello regionale su proposta dei CAL) sono insufficienti, perché affidati alla mediazione altrui. Né a tale debolezza pone rimedio efficace la giurisprudenza della Corte per la quale spetta alle Regioni, in via principale, “denunciare la legge statale anche per la lesione delle attribuzioni degli enti locali, *indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale*”<sup>65</sup>. Per la Cor-

62. Cfr. L. Antonini, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, 20, 113 e 121.

63. C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Giuffrè, 2011, 54 ss., 58 ss., sottolinea il significato solidaristico della riserva di legge e, in questa prospettiva, critica il rapporto tra auto-imposizione e principio del beneficio.

64. Cfr., a commento della sentenza, L. Gori, *La “missione” del volontariato nella riforma Terzo settore secondo la Corte costituzionale* (testo disponibile al sito: [www.cantiereterzosettore.it/](http://www.cantiereterzosettore.it/), 18 marzo 2022, [consultato il 7 ottobre 2023]).

65. Corte cost., 20 giugno 2019, n. 195; 8 novembre 2017, n. 261; 13 gennaio 2016, n. 29; 3 luglio 2013, n. 220; 12 dicembre 2012, n. 311; 16 novembre 2009, n. 298.

te, infatti, tale legittimazione sussiste in capo alle Regioni in forza della stretta connessione tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali che “consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali” (sentenze n. 195/2019; 95 e 169 del 2007, 417/2005 e 196/2004). Tale orientamento è valso soprattutto ad escludere l’ammissibilità degli interventi degli enti locali in giudizio (emblematico il caso delle Province nella sent. 220/2013). Né – invero un po’ paradossalmente – la situazione risulta sensibilmente migliorata a seguito delle recenti aperture processuali della Corte costituzionale, concretizzatesi nella modifica delle Norme integrative, che non predispongono canali specifici nuovi e dedicati per gli enti locali<sup>66</sup>.

Tale persistente chiusura entra in contraddizione anche con l’apertura internazionalistica dell’ordinamento. Una forma di accesso diretto degli enti locali alla Corte costituzionale è richiesta dalla Carta europea dell’Autonomia Locale (CEAL, art. 11: “Le collettività locali devono disporre di un diritto di ricorso giurisdizionale, per garantire il libero esercizio delle loro competenze ed il rispetto dei principi di autonomia locale, consacrati dalla Costituzione o dalla legislazione interna”). L’utilizzo da parte della Corte costituzionale di questa carta internazionale, pur giuridicamente rilevante (alla stregua di parametro interposto, *ex art.* 117.1 Cost.), è stato sin qui molto limitato<sup>67</sup>. Nella sent. 50/2015 della Corte costituzionale, la Carta europea è stata frettolosamente liquidata come un documento di indirizzo e dai contenuti manipolabili con interpretazioni sostanzialistiche<sup>68</sup>.

Il mancato accesso diretto alla Corte costituzionale comporta che gli enti locali – sovente destinatari di norme di coordinamento della spesa pubblica dettate – siano sprovvisti di un rimedio giurisdizionale adeguato. Sono obbligati a confidare nella incerta mediazione statale o regionale o a passare per il filtro di un giudice *a quo*, con la complicazione per cui non è facile individuare le modalità per l’instaurazione del giudizio *a quo*<sup>69</sup>.

Si può notare, in conclusione, che la stessa CEAL, all’art. 9, richiede per gli

66. G. Bergonzini, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Jovene, 2021, 177 ss.

67. Un’analisi critica della giurisprudenza costituzionale su questa Carta in P. Costa, *La Carta europea dell’autonomia locale tra postdemocrazia e iperdemocrazia. Appunti per una rilettura giuridica, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2018, 67 ss.

68. P. Costa, *La Carta europea*, cit., 72 ss.

69. Per tali considerazioni sono debitore di P. Costa, *I simulacri. Democrazia locale e contenimento della spesa pubblica*, in G. Cocco, S. La Porta (a cura di), *Il pendolo delle autonomie, tra aspirazioni federalistiche e tentazioni di semplificazione. Scritti in onore di Anna Marzanati*, Giuffrè, 2018, 99 ss.

enti locali un adeguato grado di autonomia finanziaria. Anche per i principi della Carta europea dell'Autonomia locale la combinazione di efficaci rimedi giurisdizionali e di un'adeguata autonomia finanziaria è condizione necessaria per garantire l'autonomia locale, che – per l'ispirazione di fondo (anche qui) omogenea di Carta costituzionale e Carta europea delle Autonomie Locali – è costitutiva della stessa democrazia.

# LA CORTE DEI CONTI

CAROLA PAGLIARIN\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'evoluzione delle funzioni di controllo ad opera del legislatore ordinario – 3. L'evoluzione delle funzioni giurisdizionali – 4. Il sindacato del giudice contabile sulle scelte discrezionali – 5. La Corte dei conti negli interventi legislativi per la “semplificazione” e sulla *governance* del PNRR.

## 1. Premessa

La Corte dei conti svolge un ruolo non ancillare nell'ambito delle giurisdizioni sulle risorse pubbliche. Un ruolo che è venuto affermandosi per via giurisprudenziale e per mano del legislatore forse ben al di là di quanto avrebbero mai potuto immaginare i Costituenti, sostanzialmente convinti di dare una cornice nella Carta all'assetto dell'organo allora vigente. Dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana l'evoluzione delle funzioni intestate alla Corte dei conti – in primo luogo, delle funzioni giurisdizionali e di controllo, costituzionalmente previste – ha seguito lo sviluppo delle amministrazioni pubbliche, la realizzazione e l'articolarsi del sistema delle autonomie locali, l'affermarsi dei più rigorosi vincoli di bilancio, il progressivo maturarsi del processo di integrazione europea, momenti di sviluppo e molti periodi di crisi, che hanno caratterizzato e caratterizzato la storia del nostro Paese.

La scelta di fondo dei costituenti di mantenere la titolarità di significative funzioni giurisdizionali e funzioni di controllo in capo allo stesso organo costituisce tratto caratteristico del nostro ordinamento e elemento significativo per comprendere il ruolo della Corte dei conti. Sarà utile, quindi, guardare all'evoluzione sia del controllo sia della giurisdizione contabile per tentare di cogliere le questioni di fondo che attengono più specificatamente alla cognizione della responsabilità per danno erariale. Una responsabilità innegabilmente protagonista nelle dinamiche delle nostre pubbliche amministrazioni.

\* Università di Padova.

## 2. L'evoluzione delle funzioni di controllo ad opera del legislatore ordinario

I controlli intestati alla Corte dei conti hanno seguito e accompagnato le dinamiche che hanno interessato la Repubblica: in particolare, pensando ai tempi più recenti, il processo di rafforzamento delle autonomie locali, con la riscrittura del Titolo V Parte II della Costituzione, e le riforme – anche costituzionali – legate alla crisi finanziaria di una decina di anni fa che hanno reso centrali i principi dell'equilibrio e del coordinamento. Principi, questi ultimi, che, come è a tutti noto, hanno origine nei vincoli sovranazionali di finanza pubblica<sup>1</sup>.

Questi vincoli – e, in particolare, quelli posti dal trattato *Fiscal Compact* – sono stati a fondamento della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, recante “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”. La citata legge costituzionale ha, tra l'altro, sostituito l'art. 81 Cost., premesso un comma all'art. 97 Cost. rivolto ad imporre a tutte le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico e modificato gli artt. 117 e 119 Cost.<sup>2</sup>.

1. Al riguardo, vengono anzitutto in rilievo i limiti discendenti dal diritto euro-unitario: dal Patto di stabilità e crescita del 1997, ai cosiddetti *Six Pack* e *Two Pack*, i “pacchetti” di regolamenti e direttive volti a rafforzare il vincolo di bilancio e, conseguentemente, a fornire più incisivi parametri dei controlli finanziari. La grave situazione economica e finanziaria che ha avuto origine nel 2008 e si è tradotta nella cosiddetta crisi dei debiti sovrani del 2011 ha comportato però anche l'adozione di regole, strumenti e limiti di matrice internazionale o, comunque, esterni al diritto dell'Unione: dal cosiddetto patto *Europlus* al Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria (cosiddetto *Fiscal Compact*) al Meccanismo europeo di stabilità (MES). In tema E. Paparella, *Il Fondo monetario internazionale nell'eurozona. La stretta condizionalità e la sovranità condizionata*, Jovene, 2018.

2. Dalla discussa costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio è poi seguita una copiosa legislazione, non sempre coerente con la matrice originaria: dalla legge 24 dicembre 2012, n. 243 – la cosiddetta legge rinforzata di attuazione del nuovo art. 81 Cost. – alla riforma della legge di contabilità, la legge 4 agosto 2016, n. 163. In tema A. Carosi, *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in F. Capalbo (a cura di), *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti*, Editoriale scientifica, 2018, in particolare 42, nota 26. Un ruolo cruciale nell'affermare la stessa regola dell'equilibrio è stato svolto anche dalla disciplina sull'armonizzazione, materia sottratta, proprio dalla medesima legge costituzionale, dall'ambito della competenza legislativa concorrente, di cui al terzo comma dell'art. 117, e ricollocata nel novero delle competenze legislative esclusive dello Stato, di cui al secondo comma del medesimo articolo. In particolare, il decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, successivamente modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2014, n. 126, è stato funzionale a garantire la raffrontabilità dei bilanci, il consolidamento dei conti e l'unità economica della Repubblica. La disciplina del decreto legislativo citato è stata molto valorizzata dalla Corte costituzionale per verificare il rispetto della regola dell'equilibrio.

I controlli intestati alla Corte dei conti hanno subito un'evoluzione che segue questa dinamica e ne costituisce il naturale presidio. Tuttavia, non si tratta di un cammino totalmente lineare, quanto piuttosto caratterizzato da momenti di discontinuità e di difficile contemperamento di principi costituzionali<sup>3</sup>.

Va ricordato che a partire dagli anni novanta del novecento e poi nel periodo immediatamente successivo dedicato all'attuazione della riforma del Titolo V, Parte II, Cost. del 2001, l'ordinamento italiano ha conosciuto una forte valorizzazione dell'autonomia degli enti autonomi territoriali, che implicava anche il ridimensionamento dei controlli, specie di quelli preventivi di legittimità sugli atti. L'abrogazione delle disposizioni degli artt. 125, comma 1, e 130 Cost. è il più evidente segno di quest'ultima implicazione. All'epoca si registrò anche un rafforzamento del ruolo della Corte dei conti rispetto al passato sia con riferimento alle funzioni giurisdizionali sia nelle previsioni relative al controllo sulla gestione, introdotto dall'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994 a cui si accostava però una riduzione del perimetro del controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo. Del controllo sulla gestione, in particolare, si metteva in evidenza il carattere essenzialmente collaborativo, carattere che serviva anche a garantire una compatibilità del medesimo controllo con l'autonomia di Regioni ed enti locali, come ha affermato tempestivamente la stessa Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 29 del 1995<sup>4</sup>. Nell'ambito delle disposizioni dettate dal legislatore per adeguare l'ordinamento della Repubblica alla modifica costituzionale del Titolo V, Parte II, della Costituzione è stata introdotta, dall'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, anche una specifica funzione consultiva delle Sezioni regionali della Corte dei conti in favore degli enti locali e delle Regioni nella materia della contabilità pubblica<sup>5</sup>.

Va detto che il contesto che aveva portato all'affermarsi del controllo collaborativo ha subito una rapida evoluzione.

Le logiche dei vincoli di finanza pubblica, rafforzatisi dopo la crisi finanziaria del 2011 con un fondamento costituzionale, hanno portato il legislatore a prevedere – per renderle effettive – un irrobustimento dei controlli sulla gestione amministrativa ed economico-finanziaria, nonché, successivamente, di controlli di legittimità e regolarità dei conti.

Tra le tante, si vedano le sentenze n. 184 del 2016 e n. 274 del 2017. In dottrina ci si limita qui a rinviare a L. Antonini, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

3. La dottrina che mette in evidenza questi elementi di complessità è copiosissima. Ci si limita qui a rinviare a G. Colombini, *Il "nuovo" sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in *Riv. Corte conti*, n. 3-4/2015, 588 ss.; N. Mastropasqua, *Il nuovo sistema dei controlli e il ruolo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, n. 1-2/2014, 387 ss.

4. Corte costituzionale, sent. 27 gennaio 1995, n. 29.

5. Cfr. art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131.

Questo processo di valorizzazione dei controlli finanziari sulle amministrazioni regionali e locali è culminato nel decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174<sup>6</sup>, con cui si è, tra l'altro, previsto il giudizio di parificazione sui rendiconti delle Regioni a statuto ordinario. Il citato decreto ha mutato sensibilmente il quadro, attribuendo alle pronunce delle Sezioni regionali di controllo connotati conformativi, con esiti di natura interdittiva, o addirittura sanzionatori<sup>7</sup>.

Il sistema dei controlli intestati alla Corte dei conti disegnato dal decreto-legge n. 174 del 2012 sembrava aver accantonato la centralità del controllo successivo sulla gestione, come modello collaborativo<sup>8</sup>. Ciò nella constatazione della poca incisività di quest'ultimo, per una molteplicità di ragioni, forse più culturali e di contesto istituzionale che di propria strutturale carenza. Il legislatore ha preferito, comunque, affidare il rispetto delle regole sugli equilibri di finanza pubblica a un controllo più penetrante, che non si limitasse a un referto volto a stimolare comportamenti autocorrettivi da parte delle amministrazioni.

Successivamente, anche il disegno dei controlli intestati alla Corte dei conti è stato inevitabilmente inciso dall'avvento della pandemia di Covid-19 e dagli interventi legislativi assunti per contrastare gli effetti economici negativi che ne sono conseguiti<sup>9</sup>.

Con questa prospettiva l'art. 22 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 ha previsto l'utilizzo del controllo di cui all'art. 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, cosiddetto "concomitante", per "accelerare gli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale". La disposizione prevede che la Corte dei conti possa effettuare controlli su "gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento" – il che spiega l'uso dell'appellativo "concomitante" – ed individua due gruppi di possibili situazioni patologiche da rilevare e le relative conseguenze.

In primo luogo la Corte dei conti, qualora accerti "gravi irregolarità gestionali" ovvero "gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione" stabiliti da norme o da direttive del Governo, ne individua, in contraddittorio con l'amministrazione, le cause e provvede a darne comunicazione al Ministero competente, che può anche disporre con decreto la sospensione dell'impegno di somme stanziare sui pertinenti capitoli di spesa. La seconda ipotesi prevista riguarda l'accertamento di "rilevanti ritardi nella realizzazione di piani e programmi, nell'erogazione di contributi ovvero nel trasferimento di fondi". In questo caso la Corte

6. Convertito, con modificazioni, nella legge 7 dicembre 2012, n. 213.

7. In tema G. Rivosecchi, *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali*, in E. Brandolini, F. Lillo (a cura di), *Studi in memoria di Sergio Zambardi*, Giuffrè, 2015, 131 ss.

8. A. Carosi, *Il controllo di legittimità-regolarità*, cit., 15 ss.

9. In tema sia consentito rinviare a E. Minnei, C. Pagliarini, *Il controllo concomitante della Corte dei conti per l'accelerazione degli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2021, 1095 ss.



ne individua, in contraddittorio con l'amministrazione, le cause, e ne dà comunicazione al Ministro competente. Entro sessanta giorni l'amministrazione competente adotta i provvedimenti idonei a rimuovere gli impedimenti, a meno che il Ministro non sospenda il termine ovvero comunichi sia al Parlamento sia alla Presidenza della Corte dei conti le ragioni che impediscono di ottemperare ai rilievi formulati.

Il comma 3 dell'art. 11 della legge n. 15 del 2009 ha poi previsto che le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possano svolgere il controllo concomitante nei confronti delle gestioni pubbliche regionali e degli enti locali.

Al di là di alcuni profili di disciplina specifica, per altro sostanzialmente non innovativi, il controllo concomitante è fatto generalmente rientrare nell'alveo dello schema del controllo sulla gestione, disciplinato dalla legge n. 20 del 1994<sup>10</sup>. Quest'ultima fonte prevede, infatti, che la Corte dei conti invii relazioni alle assemblee rappresentative, anche in corso di esercizio<sup>11</sup>, e che lo stesso organo di controllo possa svolgere osservazioni agli enti in qualsiasi momento<sup>12</sup>.

L'esito del controllo in discorso, come si è già detto, non si è dimostrato particolarmente incisivo e il controllo concomitante, a dire il vero, non ha trovato nemmeno una compiuta applicazione<sup>13</sup>.

Del resto, se si guarda nello specifico all'art. 22 del decreto-legge n. 76 del 2020 si può agevolmente notare come, dopo aver richiamato espressamente il controllo di cui all'art. 11, comma 2, della legge n. 15 del 2009, la disposizione non faccia alcun riferimento alle procedure di responsabilizzazione del Ministro ivi richiamate, ma, al contrario, disponga che la Corte dei conti, in caso di accertamento di "gravi irregolarità" ovvero di "rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi", ne dia immediata trasmissione all'amministrazione competente "ai fini della responsabilità dirigenziale" di cui all'art. 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. L'art. 22 collega, dunque, l'esito del controllo alla responsabilità dirigenziale: una significativa novità posta sul punto dal decreto-legge n. 76 del 2020.

10. Corte conti, Sez. riunite in sede di controllo, 24 luglio 2009, n. 29. Sottolineano la riconducibilità del controllo concomitante nella fattispecie generale del controllo sulla gestione. In tema G. Rivosecchi, *La Corte dei conti ai tempi del "Recovery plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021; G. Colombini, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi.it*, n. 8/2021; C. Chiappinelli, *Controllo concomitante ed efficienza dell'amministrazione tra disciplina amministrativa ed attuazione*, in *Riv. amm. Repubblica italiana*, n. 1-2/2021; V. Tenore, A. Napoli, *Studio sui controlli affidati alla Corte dei conti*, ESI, 2020, 153.

11. Art. 3, comma 4, legge 19 gennaio 1994, n. 20.

12. Art. 3, comma 6, legge 19 gennaio 1994, n. 20.

13. Come osservano G. D'auria, *Tecniche e strumenti del controllo sui risultati: materiali da un corso di formazione*, in *Riv. Corte conti*, n. 3-4/2017, 581 ss.; G. Colombini, *I decreti*, cit.

Una responsabilità quella da ultimo evocata il cui accertamento, come è noto, attiene al sistema dei controlli interni ai quali compete anche la valutazione della *performance* individuale ed organizzativa relativamente al raggiungimento o meno degli obiettivi e che, semmai, può coinvolgere la Corte dei conti nell'ambito del controllo sul funzionamento dei controlli interni<sup>14</sup>.

Al di là di questi elementi critici, va osservato che il controllo concomitante, richiamato dall'art. 22 del decreto-legge n. 76 del 2020, ai commentatori è subito apparso utilizzabile anche nella fase attuativa del PNRR, atto riconducibile ai "principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale" a cui la medesima norma fa riferimento, e che certamente richiede un costante monitoraggio sulla realizzazione delle linee di intervento dei programmi e sul tempestivo e corretto impiego delle risorse<sup>15</sup>. Tuttavia, è stata successivamente prevista una modifica dell'art. 22, comma 1, primo periodo del decreto-legge n. 76 del 2020, che prevede l'esplicita esclusione del controllo concomitante sui piani e programmi previsti e finanziati dal PNRR ovvero dal Piano nazionale per gli investimenti complementari, di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59<sup>16</sup>, probabilmente a seguito di un rivalutazione del legislatore fondata su di una negazione della portata di ausilio collaborativo del controllo in discorso<sup>17</sup>.

Il legislatore nel dettare la *governance* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano ha comunque preferito richiamare il generale strumento del controllo successivo sulla gestione con alcune limitate disposizioni specifiche. Il decreto-legge n. 77 del 2021, infatti, prevede un articolato sistema di controllo, *audit*, anticorruzione e trasparenza in cui è decisivo il controllo sulla gestione svolto dalla Corte dei conti<sup>18</sup>, incaricata delle valutazioni di economicità, efficien-

14. In questi termini G. Colombini, *I decreti*, cit.

15. Sottolinea le potenzialità del controllo concomitante nel nuovo contesto di riforma A. Police, *La Corte dei conti garante dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: l'importanza strategica del controllo concomitante*, in G. Colombini (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Editoriale scientifica, 2021, 759 ss.

16. Decreto-legge 22 aprile 2023, n. 44, recante "Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche". La modifica all'art. 22, comma 1, del decreto-legge n. 76 del 2020 nel senso indicato nel testo è contenuta nell'art. 1, comma 12-*quinquies*, lett. b), del citato decreto-legge n. 44 del 2023.

17. Critico sul "ridimensionamento" del controllo concomitante, anche in ragione della normativa euro-unitaria che impone un costante monitoraggio sulla verifica dei risultati relativi al PNRR, G. Rivosecchi, *I controlli sulle risorse finanziarie, una questione di democrazia e di legalità*, in *Federalismi.it*, n. 14/2023.

18. L'art. 7, comma 7, decreto-legge, 31 maggio 2021, n. 77 stabilisce: "La Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994 n. 20, svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR. Tale controllo si informa

za ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi del PNRR. Un controllo, quest'ultimo, che si svolge, e non poteva che essere così, in cooperazione e coordinamento con la Corte dei conti europea. La Corte dei conti è anche chiamata a riferire al Parlamento con una frequenza almeno semestrale sullo stato di attuazione del PNRR.

Del resto, lo stesso decreto-legge n. 77 del 2021 ha ribadito che “gli atti, i contratti ed i provvedimenti di spesa adottati dalle amministrazioni per l'attuazione degli interventi del PNRR sono sottoposti ai controlli ordinari di legalità e ai controlli amministrativo contabili previsti dalla legislazione nazionale applicabile”<sup>19</sup>. Inoltre, l'effetto delle risorse derivanti dall'iniziativa NGEU e, più nello specifico, dal Dispositivo di ripresa e resilienza, costituirà oggetto di analisi e valutazione nell'ambito dei principali referti sulla finanza pubblica prodotti dalle Sezioni riunite in sede di controllo<sup>20</sup>. In estrema sintesi, si può dire che nell'ambito della realizzazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza saranno sostanzialmente coinvolte tutte le funzioni di controllo della Corte dei conti.

### 3. L'evoluzione delle funzioni giurisdizionali

L'ambito della giurisdizione della Corte dei conti ha subito un progressivo ampliamento, soprattutto a partire dagli anni novanta del novecento, sia con la creazione di tipologie di giudizio nuove sia con l'allargarsi del perimetro della giurisdizione sulle responsabilità.

La giustizia contabile racchiude, non da oggi, invero, giudizi tra loro eterogenei, tanto da renderne estremamente complessa una definizione unitaria<sup>21</sup> che

a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'art. 287, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La Corte dei conti riferisce, almeno semestralmente, al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR, in deroga a quanto previsto dall'art. 3, comma 6, della legge 14 gennaio 1994, n. 20”.

19. Art. 9, comma 3, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77.

20. Sulla permanenza di tutti i precedenti controlli, compresi quelli di legittimità-regolarità dei conti, accanto ai “nuovi” controlli sulla gestione e ai controlli-referto sull'impiego dei fondi derivanti dal PNRR si rinvia a G. Rivosecchi, *Dai controlli sulla “sana” gestione ai controlli di legittimità-regolarità dei conti e ritorno? Qualche dubbio e qualche proposta, anche alla luce del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2022, 20 ss.

21. F. Freni, *Giustizia contabile*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. X, Giuffrè, 2017, 437. Sulla necessità di una definizione unitaria della giurisdizione contabile, per tutti, F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 15-17 settembre 2005), Giuffrè, 2006, 37 ss.

vada oltre una generalissima riconduzione della materia alla sfera della contabilità pubblica e a un suo radicamento nel comma 2 dell'art. 103 Cost.

Il Codice di giustizia contabile ha, dunque, almeno in parte ordinato questo intreccio normativo e giurisprudenziale espansivo della giurisdizione. Inoltre, con il decreto legislativo n. 174 del 2016<sup>22</sup> si è superato quel panorama variegato di fonti molto risalenti nel tempo, la cui struttura verteva sulla legislazione degli anni trenta del novecento, per riordinare e ridefinire la disciplina di tutti i giudizi avanti alla Corte dei conti e in questo contesto ha delineato in via generale l'ambito della giurisdizione contabile.

Va ricordato che proprio con riferimento alla giurisdizione sul danno erariale si è assistito a una significativa espansione della giurisdizione contabile a partire dagli anni novanta del novecento.

L'ambito della giurisdizione contabile è stato oggetto di un ampio dibattito dottrinale e di un inesorabile ampliamento giurisprudenziale<sup>23</sup>, connotato da una progressiva espansione sia dei soggetti giudicabili dalla Corte, sia della nozione di danno risarcibile.

È inoltre innegabile che la uniforme regolamentazione della responsabilità amministrativo-contabile operata dalla legge n. 20 del 1994 per tutti i pubblici dipendenti, abbia esaltato la "generalità" della giurisdizione contabile, con conseguente riconoscimento a favore della Corte dei conti della giurisdizione su qualsiasi danno patrimoniale<sup>24</sup>. Tale ampliativa conclusione ha poi ricevuto un avallo ad opera sia del legislatore che della giurisprudenza. La stessa Corte di cassazione ha testualmente affermato che "la Corte dei conti è il giudice 'naturale', nelle materie della contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge"<sup>25</sup>.

Venendo all'ambito soggettivo della giurisdizione contabile, in particolare, si può dire che il legislatore ha progressivamente ampliato la giurisdizione della Corte dei conti: dai dipendenti statali, a quelli degli enti pubblici<sup>26</sup>, a quelli regionali<sup>27</sup>, a quelli delle USL<sup>28</sup>. Le Sezioni unite poi, a partire dalla sentenza 22 dicembre 2003, n. 19667, hanno superato il proprio precedente orientamento e hanno

22. D.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante "Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'art. 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124".

23. Su cui V. Tenore, *La nuova Corte dei conti*, Giuffrè, 2018, 98 ss.

24. Ad eccezione delle tassative previsioni legislative che, in deroga a tale criterio generale, abbiano devoluto ad altro giudice specifiche fattispecie di danno (come la devoluzione all'a.g.o. del danno ambientale ad opera dell'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, oggi abrogato dall'art. 318, comma 1, lett. a, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che riscrive le competenze giuscontabili nell'art. 313, comma 6).

25. Cass. sez. un., 22 ottobre 2007, n. 22059.

26. Legge 20 marzo 1975, n. 70.

27. Art. 8, legge 19 maggio 1976, n. 335.

28. Artt. 18, 30, 31, legge 20 dicembre 1979, n. 761.

statuito la giurisdizione contabile su amministratori e dipendenti di enti pubblici economici per i fatti successivi alla legge n. 20 del 1994.

Sulla scorta dell'orientamento in tema di enti pubblici economici, la giurisprudenza della Corte dei conti e la dottrina "interna" hanno dato una lettura ampia dei principi espressi, estendendo la giurisdizione contabile agli illeciti degli amministratori e dei dipendenti delle società pubbliche. Il fondamento di tale estensione risiedeva, evidentemente, sulla qualificazione del danno inferito con la mala gestione della società pubblica in termini di danno erariale. Dopo una prima iniziale incertezza, la Cassazione, con la sentenza n. 26806 del 2009, ha, invece, inaugurato un orientamento volto a negare la giurisdizione del giudice contabile in queste ipotesi. La cognizione del giudice ordinario trova fondamento, in questa ricostruzione, nell'identità di posizione degli amministratori delle società pubbliche rispetto a quelli delle comuni società, identica essendo la disciplina a cui sono sottoposti, identici essendo i diritti e gli obblighi degli amministratori. Inoltre, la personalità giuridica della società rispetto all'ente o agli enti proprietari, determina un'alterità del patrimonio sociale rispetto a quello dell'ente, con la conseguenza che un *vulnus* al primo non si traduce in un *vulnus* al secondo per identità sostanziale. Tuttavia, poiché la cattiva gestione della società può tradursi in una perdita di valore della partecipazione e, dunque, in un danno all'ente, potrà configurarsi una responsabilità non dell'amministratore della società, ma del rappresentante dell'ente partecipante che omette di esercitare i diritti di socio. Questa è sempre stata considerata un'ipotesi di responsabilità erariale di cui giudica la Corte dei conti.

Le Sezioni unite, pur confermando il ragionamento di cui si è dato conto, sono però giunte a un approdo diverso con riferimento alla giurisdizione sugli amministratori e i dipendenti delle società *in house providing*<sup>29</sup>. In tale quadro, è intervenuto il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica<sup>30</sup>, superando il contrasto e apparentemente recependo l'approdo della Cassazione nell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016.

Dal testo, molto involuto, della disposizione citata, se ne deduce che la perdita di valore della partecipazione pubblica possa esporre a responsabilità civile chi siede negli organi societari, mentre la responsabilità erariale sarebbe configurabile

29. Nella sentenza 25 novembre 2013, n. 26283 per stabilire la sussistenza o meno della giurisdizione del giudice contabile, la Cassazione svolge un'analisi sulla natura di questi enti. Si rileva, in particolare, la totale assenza di un potere decisionale dei suoi organi, in ragione dell'assoggettamento al potere gerarchico dell'ente pubblico. Inoltre, si evidenzia un'assenza di alterità soggettiva del patrimonio sociale rispetto a quello dell'amministrazione proprietaria. Così da aversi un patrimonio separato, ma pur sempre riconducibile all'ente pubblico.

30. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

solo rispetto agli amministratori dell'ente socio. In caso di società *in house*, invece, anche i componenti degli organi societari rispondono per danno erariale davanti alla Corte dei conti, coerentemente all'impossibilità di ravvisare – alla luce di quanto evidenziato dalle Sezioni unite della Cassazione – alterità soggettiva tra società e amministrazione socia<sup>31</sup>.

Tuttavia, come si diceva, il testo dell'art. 12 del decreto legislativo n. 175 del 2016 è tutt'altro che piano e si sono proposte attribuzioni di significato più ampie rispetto a una semplice codificazione degli approdi giurisprudenziali<sup>32</sup>.

In altro contesto, la tendenza espansiva della giurisdizione contabile, che disegna il suo confine in ragione della natura pubblica del documento arrecato, piuttosto che dei soggetti o delle regole di condotta, ha riguardato anche la cognizione delle responsabilità di soggetti privati chiamati a concorrere alla realizzazione di programmi pubblici ritenuti strategici per lo sviluppo in termini nazionali ed europei. Ci si riferisce alla giurisdizione esercitata sugli illeciti posti in essere dai percettori di contributi pubblici<sup>33</sup>.

Un ambito di estremo rilievo, se si pensa al peso dei fondi europei in settori fondamentali come l'agricoltura o la ricerca, e che oggi diventa centrale nella prospettiva dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza con le relative ingenti risorse messe a disposizione.

#### 4. Il sindacato del giudice contabile sulle scelte discrezionali

All'ampliamento del perimetro oggettivo e soggettivo della giurisdizione contabile si è associato un sindacato sui comportamenti non di rado penetrante, il che ha determinato la necessità di individuare la linea di confine rispetto alla riserva di amministrazione. In realtà, il legislatore ha posto un esplicito divieto al sindacato della Corte dei conti sul merito delle scelte discrezionali. O, meglio, ha espressamente richiamato la vigenza del principio, dandone per acquisita la sussistenza,

31. E. Codazzi, *La società in house, la configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Editoriale scientifica, 2018; C. Ibba, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 13 ss.; A. Giusti, *Giurisdizione contabile ed enti pubblici a struttura di s.p.a.: il caso delle centrali di committenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 679 ss.

32. Per una ricostruzione degli orientamenti di dottrina e giurisprudenza sul tema si rinvia al recente F. Cerioni, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche*, Giuffrè, 2023, 782 ss.

33. La Cassazione ha espressamente affermato che “tra la pubblica amministrazione che eroga un contributo e il privato che lo riceve si instaura un rapporto di servizio”, cfr. sentenze n. 20434 del 2009 e n. 1774 del 2013. Tra le più recenti, Cass. sez. un., 16 maggio 2019, n. 13245; Cass. sez. un., 4 ottobre 2019, n. 24858 e Cass. sez. un., ord. 11 marzo 2020, n. 7009; Cass. sez. un., nn. 6462 e 8848 del 2020 e Cass. sez. un., n. 30527 del 2019; Cass. sez. un., n. 3100 del 2022.

come risulta in modo chiaro dal tenore letterale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

Tuttavia, i giudici contabili e le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno da tempo univocamente evidenziato i "limiti del limite" della insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

In particolare, hanno sottolineato che la discrezionalità dell'amministratore nell'individuare la soluzione più idonea a realizzare nel caso concreto l'interesse pubblico può dirsi legittimamente esercitata solo in quanto risultino osservati i criteri informativi dell'*agere* della pubblica amministrazione, come dettati in via generale dall'art. 97 Cost. e codificati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, quanto a "economicità, efficacia e pubblicità", e dall'art. 1 d.lgs. 286 del 1999<sup>34</sup>.

La rispondenza in concreto delle scelte degli amministratori a questi criteri è soggetta al controllo di giuridicità sostanziale della Corte dei conti, in quanto si tratta di criteri che, travalicando la "riserva di amministrazione" (intesa come preferenza tra alternative, nell'ambito della ragionevolezza, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico), rientrano nella legittimità e non nella mera opportunità dell'azione amministrativa.

I criteri di economicità ed efficacia assumono rilevanza sul piano della legittimità dell'azione amministrativa e consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione.

Il controllo di ragionevolezza deve permettere la verifica della completezza dell'istruttoria, della non arbitrarietà e proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere<sup>35</sup>.

I criteri di giudizio adottati dal giudice contabile in ipotesi di esercizio della discrezionalità amministrativa sono stati oggetto di rilievi critici secondo linee di ragionamento sostanzialmente comuni. Si è osservato, ad esempio, che nei giudizi innanzi alla Corte dei conti, aventi ad oggetto attività di esercizio del potere discrezionale, "la mancanza di un qualsiasi parametro '*esterno alla coscienza del giudice*' (...) *di fatto* ha quasi reso quei giudizi assolutamente liberi. Soprattutto, ne vanifica la *esemplarietà* rispetto all'ambiente di amministrazione"<sup>36</sup>.

34. In questi termini, ad esempio, anche Cass. sez. un., nn. 6462 e 8848 del 2020 e Cass. sez. un., n. 30527 del 2019.

35. Cass. sez. un., nn. 6820 del 2017; 30419 del 2018; 3159 del 2019.

36. C. De Bellis, *Danno pubblico e potere discrezionale*, Cacucci, 1999, 454, il corsivo è nel testo. Si sa che gli stessi limiti del sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale sono stati e sono continuamente oggetto di riflessioni scientifiche volte ad individuare il difficile equilibrio tra il rafforzamento delle garanzie dell'individuo e la necessità di evitare improprie sostituzio-

Un ambito in cui il giudice contabile si è cimentato con maggiore difficoltà nell'applicazione di questo limite è stato quello dei giudizi sull'utilizzo di contratti relativi a strumenti finanziari derivati.

Recentemente le Sezioni unite<sup>37</sup> hanno dichiarato la giurisdizione della Corte dei conti sulle richieste risarcitorie formulate nei confronti di ex direttori generali del Ministero dell'Economia e delle finanze sulla scorta di una ipotizzata cattiva gestione dei contratti in discorso per un danno contestato estremamente ingente, poco al di sotto dei quattro miliardi di euro. In realtà, la Corte dei conti, investita della domanda, aveva declinato la propria giurisdizione<sup>38</sup>, rilevando come in sostanza fosse in contestazione la politica governativa del debito pubblico italiano e come "il Requirente finisse, di fatto, con il sostituire una propria valutazione degli interessi, per giunta postuma, settoriale e limitata ad alcuni negozi, a quella effettuata nelle opportune sedi, sulla base del quadro generale del debito pubblico dell'epoca e degli scenari probabilistici ravvisabili nel periodo"<sup>39</sup>. La Cassazione, nel censurare la conclusione a cui era pervenuto il giudice contabile, ha rilevato che la domanda verteva sulla contestazione di un mancato governo di una clausola unilaterale, di una mancata adeguata valutazione degli effetti economici dell'esercizio della medesima, della non attivazione di garanzie collaterali e, infine, della inescusabile negligenza ed imperizia nella fase di chiusura e ristrutturazione dei contratti e nella valutazione del rischio finanziario.

La domanda, quindi, non esulava dalla giurisdizione contabile, posto che essa si concretava in una tipica azione di responsabilità contabile per danno erariale da *mala gestio* implicante un sindacato non già sulla scelta in sé operata dai dirigenti del Ministero bensì sui modi di attuazione della discrezionalità da essi così esercitata<sup>40</sup>.

A seguito della riassunzione del giudizio di primo grado, sulla base di quanto statuito dalla Corte di cassazione, si è successivamente pronunciata la Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Lazio<sup>41</sup>.

ni del giudice all'amministrazione. La bibliografia in materia è sterminata e non può essere in questa sede richiamata. La giurisdizione del giudice amministrativo sull'attività discrezionale appare comunque sostanzialmente diversa da quella propria della Corte dei conti sulle scelte di amministratori e funzionari per natura e ampiezza.

37. Cass. sez. un., 1° febbraio 2021, n. 2157.

38. Corte conti, sez. I, 7 marzo 2019, n. 50.

39. Corte conti, sez. I, 7 marzo 2019, n. 50, cit.

40. Cass. sez. un., 1° febbraio 2021, n. 2157, cit.; conformi: Cass. sez. un., nn. 6462 del 2020 e 9680 del 2019.

41. Corte conti, sez. giur. Lazio, 11 aprile 2022, n. 299, pubblicata con nota di A.M. Quaglini, *La Corte dei conti mette un primo punto al caso processuale degli strumenti finanziari derivati nella gestione del debito pubblico italiano*, in *Riv. corte conti*, n. 2/2022, 216 ss.



La sentenza individua alcuni elementi centrali delle operazioni di sottoscrizione di strumenti finanziari derivati, sia in punto di legittimità sia in relazione alle modalità di scrutinio della congruità delle scelte amministrative da parte del giudice. Sotto il primo profilo esclude che le regole e i limiti specificamente dettati dal legislatore per gli enti territoriali possano essere estesi, in via interpretativa, all'utilizzo dei derivati da parte dello Stato. L'esito ermeneutico valorizza le profonde differenze tra i diversi livelli di governo, giustificando così l'esigenza di maggiori spazi strategici nella gestione del debito statale, non limitati alle operazioni di copertura, ma finalizzabili anche all'allungamento della scadenza del debito e al controllo della dinamica del tasso d'interesse, obiettivi funzionali ad assicurare la sostenibilità del debito pubblico<sup>42</sup>.

In secondo luogo il sindacato giurisdizionale sulle operazioni in derivati deve essere condotto con riguardo alla *ratio* economica delle scelte, sotto il profilo della coerenza e ragionevolezza delle stesse rispetto agli obiettivi strategici di fondo, nonché con riferimento alla compatibilità con il principio di buon andamento. Nel caso di specie il giudice contabile ha giudicato le operazioni in derivati all'interno della ristrutturazione del portafoglio del debito denominato in valuta estera coerenti con gli obiettivi di riduzione della spesa per interessi, estensione della durata e blocco, in caso di esercizio dell'opzione, del tasso a un livello storicamente interessante. Esse, quindi, rappresentano tutte operazioni di gestione del debito pubblico connotate da una *ratio* finanziaria.

42. Gli enti locali hanno fatto ampio uso degli strumenti di finanza cosiddetta innovativa, quali i contratti derivati, sia nella fase di gestione attiva del debito che nella fase di ristrutturazione dell'indebitamento, dimostrando di preferire gli strumenti che prevedono la corresponsione di *up front* ovvero che consentono di disporre, nell'immediato, di una liquidità aggiuntiva. Il frequente ricorso ai derivati da parte degli enti territoriali, agevolato da un iniziale periodo di sostanziale vuoto normativo, ha determinato l'intervento del legislatore, che ha disciplinato, in modo sempre più stringente, l'accesso degli enti locali al mercato dei capitali (in tema A. Benedetti, *L'eredità della "sentenza Cattolica" delle Sezioni unite in tema di contratti in strumenti derivati dei Comuni*, in *Riv. Corte conti*, n. 4/2022, 62 ss.). Non stupisce, dunque, che una pluralità di fattispecie dannose relative all'utilizzo dei contratti in parola siano state sottoposte al giudizio della Corte dei conti. Tra le pronunce più recenti, oltre a quelle richiamate nel testo, si veda Corte conti, sez. giur. Basilicata, 20 gennaio 2022, n. 2, avente ad oggetto un'ipotesi di danno relativo alla stipulazione da parte della Regione di contratti derivati (*interest rate swap*) con intermediari bancari. La sentenza ora richiamata ha negato la sussistenza della giurisdizione contabile nei confronti di questi ultimi, pure chiamati in giudizio dalla Procura regionale, per carenza di rapporto di servizio con l'ente, mentre ha assolto gli amministratori convenuti, non avendo riscontrato un'irragionevolezza delle scelte operate, secondo una valutazione *ex ante* dei comportamenti.

## 5. La Corte dei conti negli interventi legislativi per la “semplificazione” e sulla *governance* del PNRR

La traiettoria di espansione della giurisdizione della Corte dei conti si incrocia però con recenti interventi, collocati nell’ambito delle iniziative normative finalizzate alla ripresa dopo la crisi generata dalla pandemia di Covid-19, volti piuttosto alla restrizione della responsabilità dei pubblici agenti<sup>43</sup>.

Nello specifico non poche questioni solleva l’art. 21 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, cosiddetto “semplificazioni”, soprattutto se si guarda alle disposizioni del secondo comma, con cui si è circoscritta l’area dell’illecito erariale, sia pure con riferimento a condotte tenute in un ridotto arco temporale, sostanzialmente coincidente – nella prospettiva del legislatore – con la realizzazione degli interventi per la ripresa<sup>44</sup>.

Più piano il primo comma del citato art. 21 con il quale, in sostanza, si è voluto superare una giurisprudenza – invero minoritaria – che finiva per espandere eccessivamente l’area del dolo, attribuendo allo stesso un’accezione molto ampia e indeterminata. Modificando l’art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994 si è così stabilito che “La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso”.

Come si è detto, maggiori criticità presenta il secondo comma dell’art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, che testualmente prevede: “[l]imitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2024, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l’azione di responsabilità di cui all’art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”<sup>45</sup>.

43. Accanto alla limitazione dell’illecito erariale, di cui si riferirà successivamente nel testo, viene in rilievo – sempre in termini di restrizione della responsabilità dei pubblici agenti – la riformulazione dell’art. 323 c.p., relativo al reato di abuso d’ufficio, dettata dall’art. 23 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76.

44. Sul punto, per non doversi diffondere in questa sede sulle molteplici questioni sollevate dalle disposizioni contenute nell’art. 21 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, sia consentito rinviare a C. Pagliarin, *L’elemento soggettivo dell’illecito erariale nel “decreto semplificazioni”: ovvero la “diga mobile” della responsabilità*, in *Federalismi.it*, n. 10/2021, 182 ss.; Id., *La responsabilità erariale dopo il decreto “semplificazioni”*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2021, 1082 ss.

45. La disposizione citata è stata modificata dall’art. 51, comma 1, lett. h) del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, individuando il termine finale del 30 giugno 2023 in luogo del 31 luglio 2021, e successivamente dall’art. 1, comma 12-*quiquies*, lett. a), del decreto-legge n. 44 del 2023, già citato, portando il medesimo termine al 30 giugno 2024.

Le disposizioni ora riportate delineano un'area dell'illecito che si contrae e si espande in ragione del tempo di riferimento del comportamento tenuto, senza recare distinzioni per tipologie di attività e per qualifiche degli autori che si leghino logicamente alla *ratio* della ripresa e della crescita post-pandemica. Dunque, la contrazione della responsabilità, pensata per scongiurare la “paura della firma”<sup>46</sup>, ostacolo alla realizzazione degli interventi pubblici necessari alla crescita economica, opera, invece, in modo generalizzato. Trova applicazione anche con riferimento alle condotte dei percettori di contributi pubblici, che abbiano deviato le risorse dal programma per la realizzazione del quale erano state conferite, soggetti, come si visto, alla giurisdizione contabile per ormai costante giurisprudenza.

Anche in queste ipotesi, al verificarsi di condotte attive di deviazione, solo il concorso del dolo potrebbe determinare la condanna per danno erariale, rimanendo, al contrario, non sanzionati dalla Corte dei conti i comportamenti gravemente colposi. Questi ultimi porterebbero alla pronuncia della condanna del giudice contabile unicamente di fronte alle mere omissioni o inerzie da parte dei percettori. La conseguenza è, dunque, che anche lo sviamento dei fondi per realizzare il PNRR non potrebbe più essere colpito dalla funzione risarcitoria e di deterrenza della responsabilità amministrativa giudicata dalla Corte dei conti.

Nella prospettiva di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, la disposizione del secondo comma dell'art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020 potrebbe finire per integrare una violazione del diritto euro-unitario da cui discende il Piano stesso<sup>47</sup> là dove determina una carenza di tutela risarcitoria e, soprattutto, di deterrenza nei confronti dei percettori privati di fondi di derivazione europea che li deviino rispetto agli scopi prefissati.

Evidentemente, all'ampio spettro delle responsabilità erariali e della giurisdizione della Corte dei conti, non ha pensato nemmeno il decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021, che ha dilatato l'ambito temporale di applicazione della previsione citata, portando il termine finale dal 31 luglio 2021, originariamente previsto, al 30 giugno 2023, né il decreto-legge n. 44 del 22 aprile 2023, n. 44, che ha ulteriormente esteso il citato termine al 30 giugno 2024<sup>48</sup>. Sia la prima fonte, contenente “[g]overnance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di raffor-

46. S. Cimini, *La responsabilità amministrativa dopo il decreto semplificazioni*, in G. Colombini (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, cit., 295 ss. svolge d'altronde osservazioni critiche circa la stessa idoneità della disposizione a perseguire il citato obiettivo di dissolvere la “paura della firma”, avanzando proposte di modifica della disciplina sulla responsabilità erariale ritenute maggiormente idonee allo scopo.

47. G. Rivosecchi, *La Corte dei conti*, cit.; Id., *I controlli sulle risorse finanziarie*, cit.

48. L'art. 1, comma 12-*quinquies*, lett. a), del decreto-legge 22 aprile 2023, n. 44, prevede la ricordata estensione “nelle more di una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile”.

zamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”, sia la seconda, recante “[d]isposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche”, sono, dunque, rimaste alla prospettiva del superamento della cosiddetta “paura della firma” per la realizzazione degli interventi, dimentiche di una diversa dimensione delle responsabilità centrale nel sistema di attuazione del PNRR.

Al contrario, il diritto europeo impone un potenziamento del sistema delle garanzie per la sana e corretta gestione delle ingenti risorse messe a disposizione degli Stati sulla base dei piani nazionali presentati e approvati.

In particolare, pongono l’accento sulla necessaria attenzione agli interessi finanziari dell’Unione Europea l’art. 3 del Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione e lo stesso Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

La riduzione della responsabilità dei pubblici agenti come “spinta” agli interventi della pubblica amministrazione per costruire la ripresa, dunque, non fa i conti con l’ampia galassia delle condotte sottoposte alla giurisdizione della Corte.

La prospettiva della responsabilità amministrativa come freno all’azione delle pubbliche amministrazioni è emersa anche in iniziative legislative – sostanzialmente coeve alle disposizioni ora commentate – contenenti modifiche alle funzioni consultive e di controllo della Corte dei conti.

L’intento – tradotto in norme di dubbia legittimità costituzionale<sup>49</sup> – era la riduzione del rischio della responsabilità dei pubblici agenti, coinvolgendo la magistratura contabile in valutazioni preventive in sede consultiva e di controllo. Senza entrare nel dettaglio dell’iniziativa legislativa, basti dire che il DDL n. 2185, prevedeva, tra l’altro, un potenziamento delle funzioni consultive con riferimento addirittura a fattispecie concrete, quali oggetto delle questioni di interpretazione delle disposizioni normative e regolamentari in materia di contabilità pubblica. Qualora gli atti gestionali fossero “pienamente conformi ai pareri resi” la gravità della colpa sarebbe esclusa, in forza di un’esplicita previsione che, del resto, ribadisce quanto affermato all’art. 95, comma 5, e all’art. 69 del Codice della giustizia contabile<sup>50</sup>. Il medesimo disegno di legge – anche nella evidenziata

49. Condivisibili i rilievi critici al testo del DDL n. 2185, recante “Modifiche alla disciplina relativa alla Corte dei conti a tutela del corretto riavvio del Paese”, formulati dal Procuratore generale della Corte dei conti nell’Audizione al Senato della Repubblica, Prima Commissione permanente – Affari costituzionali, del 2 dicembre 2021.

50. L’art. 95, comma 5, del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174 espressamente prevede che “[i]l giudice, ai fini della valutazione dell’effettiva sussistenza dell’elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla

prospettiva di tutela degli agenti pubblici – stabiliva un potenziamento dell’attività di controllo di legittimità della Corte dei conti, già previsto per gli appalti di lavori più rilevanti, estendendolo a tutti i contratti di appalto relativi a servizi e forniture di valore superiore alla soglia comunitaria, con una riduzione dei termini per l’esercizio del controllo stesso. Disposizioni in parte analoghe a quelle dedicate alle funzioni consultive contenute nel disegno di legge ora richiamato sono state inserite nell’art. 46 della legge 23 dicembre 2021, n. 238, legge europea 2019-2020, la cui rubrica recita, significativamente, “[s]viluppo della funzione consultiva”. La fonte in discorso, infatti, ha previsto un rafforzamento della stessa funzione, ma unicamente con riferimento alle risorse riconducibili al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, e dichiaratamente in attuazione del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, al fine di un efficace monitoraggio e controllo degli interventi dell’Unione europea per il periodo di programmazione 2021-2027<sup>51</sup>.

Si stabilisce, infatti, limitatamente alle risorse stanziare dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR, che le Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva, a richiesta delle amministrazioni centrali e degli altri organismi di diritto pubblico nazionali, rendano pareri nelle materie di contabilità pubblica, su fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, e assicurino la funzione nomofilattica sull’esercizio della funzione consultiva da parte delle Sezioni regionali di controllo<sup>52</sup>.

I medesimi pareri sono resi dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a richiesta dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni, sulle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica all’esercizio delle funzioni e alle attività finanziate con le risorse stanziare dal PNRR e con i fondi complementari al PNRR<sup>53</sup>.

Viene esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa qualora l’azione amministrativa si sia conformata ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi<sup>54</sup>.

Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”. L’art. 69 del medesimo decreto legislativo dispone che “[i]l pubblico ministero dispone altresì l’archiviazione per assenza di colpa grave ove valuti che l’azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”.

51. Art. 46, comma 1, legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante “Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea – Legge europea 2019-2020”.

52. Art. 46, comma 2, primo periodo, legge 23 dicembre 2021, n. 238.

53. Art. 46, comma 2, secondo periodo, legge 23 dicembre 2021, n. 238.

54. Art. 46, comma 2, ultimo periodo, legge 23 dicembre 2021, n. 238.

Le disposizioni ora richiamate riprendono i contenuti del disegno di legge prima citato in relazione all'ampliamento della funzione consultiva in sede centrale, alla funzione nomofilattica, ai soggetti legittimati alla richiesta, all'esimente della colpa grave ed all'oggetto dei pareri.

A differenza dell'iniziativa legislativa precedentemente sottoposta a critica, però, viene posta una specifica connessione e limitazione materiale e temporale con la gestione dei fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Risulta espunta poi la previsione espressa della possibilità, per le Sezioni regionali di controllo, di rendere pareri su fattispecie concrete. Tuttavia, anche l'attuale più limitato articolato suscita perplessità per i possibili profili di sovrapposizione tra l'esercizio delle funzioni consultive, l'ambito proprio dell'agire dell'amministrazione e lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali, segnatamente in ambito di accertamento di responsabilità amministrativo-contabili. In particolare, la previsione da ultimo introdotta poteva, dunque, limitarsi a fare rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 95 e 69 del Codice di giustizia contabile, già precedentemente citate, senza rimandare a una esclusione delle responsabilità in termini apparentemente automatici.

Inoltre, il testo dell'art. 46 della legge europea deve necessariamente interpretarsi – anche con riferimento alle amministrazioni centrali – nel senso, del resto già contemplato negli arresti della Corte dei conti sui limiti e i presupposti dell'esercizio della funzione consultiva<sup>55</sup>, che la fattispecie, intesa in senso concreto, dà solamente origine alla richiesta di parere, mentre quest'ultimo è reso su una questione prospettata in termini generali ed astratti. Una attribuzione di significato differente andrebbe scartata in quanto non conforme ai principi costituzionali che presidiano i rapporti tra le funzioni della Corte dei conti in sede consultiva, l'agire amministrativo, le diverse funzioni della stessa Corte dei conti o delle altre magistrature e istituzioni, compreso il Consiglio di Stato. In termini analoghi a quelli delineati andrà interpretata la disposizione, contenuta nel più volte citato art. 46, relativa ai pareri resi dalle Sezioni regionali di controllo con una conseguente perdita di capacità innovativa della norma.

Alla volontà legislativa di perimetrare la responsabilità amministrativa entro termini in qualche modo maggiormente prevedibili, soprattutto in ambiti dell'azione amministrativa incidenti in modo significativo sullo sviluppo economico, vanno ricondotte anche alcune previsioni del “nuovissimo” codice dei contratti

55. Le Sezioni riunite e la Sezione delle Autonomie hanno tracciato i profili oggettivi e soggettivi, oltre che gli aspetti procedurali, relativi all'applicazione dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003. Cfr., sul punto, Corte conti, sez. autonomie, 3 luglio 2009, n. 9; sez. riunite, 17 novembre 2010, n. 54; ivi, 13 gennaio 2011, n. 11; sez. autonomie, 19 febbraio 2014, n. 3; ivi, 7 ottobre 2019, n. 24; 1° giugno 2020, n. 11.

pubblici<sup>56</sup>. In particolare, nell'art. 2 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36<sup>57</sup>, dedicato al “principio della fiducia”, troviamo una definizione di colpa grave e la previsione espressa di ipotesi di esclusione della stessa che sostanzialmente riprendono orientamenti giurisprudenziali consolidati e disposizioni normative già vigenti – poco appresso citate – in punto di esclusione dell'elemento soggettivo in caso di comportamenti conformi a pareri resi<sup>58</sup>.

Non vi è dubbio che le disposizioni da ultimo analizzate si inseriscano nel più ampio disegno degli interventi relativi alle funzioni della Corte dei conti, conia- ti per la ripresa economica e per le riforme necessarie a superare l'attuale stagio- ne caratterizzata da un susseguirsi e intrecciarsi di molte crisi. Tuttavia, come si è potuto vedere, le norme dedicate alla magistratura contabile sono spesso disor- ganiche, frammentate e, a volte, contraddittorie. Dato che la semplificazione del quadro normativo è un obiettivo centrale e trasversale delle riforme che l'Italia si è impegnata ad introdurre con il PNRR, si può dire che, quantomeno in riferimen- to alla disciplina dedicata alle funzioni della Corte dei conti, l'obiettivo non sia, al momento, pienamente raggiunto.

56. Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante “Codice dei contratti pubblici in attua- zione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contrat- ti pubblici”.

57. Art. 2, comma 3, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, che prevede: “Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contrat- ti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di dirit- to e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle spe- cifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'o- missione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle au- torità competenti”.

58. In tema sia consentito rinviare a C. Pagliarin, *La responsabilità erariale in ipotesi di condotte omissive e inerti in ambito urbanistico nella prospettiva degli interventi dedicati alla ripresa economi- ca*, in *Riv. giur. urb.*, n. 2/2023, 384 ss.

# IL (NUOVO?) GIUDICE TRIBUTARIO, TRA UNITÀ DELLA GIURISDIZIONE E INDIPENDENZA DEL GIUDICE SPECIALE

GIUSEPPE BERGONZINI\*

SOMMARIO: 1. Premessa. Diritti (e doveri) costituzionali, giurisdizione tributaria, PNRR – 2. Commissione interministeriale e specializzazione del giudice tributario: le divergenti interpretazioni costituzionali di fondo; l'opzione seguita dalla l. n. 130/2022 – 3. Un passo indietro, alla ricerca di qualche coordinata: Assemblea Costituente, unità della giurisdizione, giurisdizione tributaria – 3.1. (*segue*) Tra (teorica) unità della giurisdizione e (concreto) pluralismo giurisdizionale – 3.2. (*segue*) Corte costituzionale, unità della giurisdizione, giurisdizione speciale tributaria – 4. Uno sguardo al presente: Costituzione e (nuova?) magistratura tributaria professionale – 4.1. (*segue*) Giudici tributari professionali e Cassazione; inquadramento lavorativo/retributivo, indipendenza e terzietà del giudice speciale – 5. Conclusioni: alla perenne ricerca della giustizia tributaria.

## 1. Premessa. Diritti (e doveri) costituzionali, giurisdizione tributaria, PNRR

“La giustizia fiscale è un’ombra che segue chiunque, (...) e alla quale nessuno si sottrae”<sup>1</sup>. Una considerazione forse eccessiva, nel dare per scontato che *chiunque* debba necessariamente avere a che fare con la giurisdizione tributaria; ma senz’altro esatta, nella parte in cui consente di evidenziare come la giustizia fiscale intesa in senso ampio, coinvolgente la *ratio* profonda del rapporto giuridico d’imposta, riguardi effettivamente *tutti*: tutti coloro che, direttamente o indirettamente,

\* Università di Padova.

1. Così si espresse in sede costituente l’On. Giovanni Battista Adonnino, in favore della conservazione della giurisdizione speciale tributaria, il 20 novembre 1947 (Assemblea Costituente, CCXCVII, *Seduta pomeridiana di giovedì 20 novembre 1947*, 2262-2263). Ha ricordato questo passaggio, in precedenza, F. Tesaro, *Il processo tributario tra giurisdizione speciale e giurisdizione ordinaria*, in C. Glendi, G. Corasaniti, C. Corrado Oliva, P. de’ Capitani di Vimercate (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario, in occasione dei Novant’anni di Diritto e Pratica Tributaria*, contributi coordinati da V. Ukmar, II tomo, CEDAM, 2019, 1413, nota n. 17.



sono soggetti al dovere, necessariamente costituzionale, di contribuire alle spese pubbliche; e tutti coloro che di queste spese possono risultare beneficiari, diretti e indiretti.

La rilevanza costituzionale della giustizia fiscale (intesa sia in senso processuale, sia nel senso sostanziale appena precisato) è confermata dai dati quantitativi macroeconomici più significativi in questo ambito: l'Italia è un paese ad elevata intermediazione pubblica tanto sotto il profilo delle spese (nel 2020 e nel 2021 la spesa pubblica italiana si è consolidata su valori ben superiori al 50% del PIL<sup>2</sup>), quanto sotto il profilo delle entrate (la pressione fiscale complessiva italiana è stata pari al 47,4% del PIL nel 2020, ed al 48,4% del PIL nel 2021<sup>3</sup>). Quanto al contenzioso tributario, è forse il caso di ricordare come il valore economico delle controversie pervenute nel 2021 alle Commissioni tributarie (provinciali e regionali) sia stato pari a 16,7 miliardi di euro; e come, nello stesso anno e nelle medesime sedi, siano state definite controversie per un valore complessivo di 21,2 miliardi di euro<sup>4</sup>.

L'importanza della giurisdizione tributaria è stata colta dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che ha individuato nella riforma della giurisdizione tributaria uno degli interventi prioritari attraverso cui dovrebbe snodarsi una più complessiva riforma del sistema giurisdizionale italiano; in tesi, capace di avere effetti positivi sulla gestione delle risorse private e pubbliche coinvolte, e sul grado di fiducia degli operatori economici, condizionando in modo significativo anche gli investimenti esteri nel nostro Paese<sup>5</sup>.

Lo stesso Piano menzionava, poi, la costituzione da parte del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, di una Commissione di studio "chiamata a elaborare proposte di interventi organizzativi e nor-

2. Pari, rispettivamente, al 57% del PIL nel 2020, e al 55,5 nel 2021. Si tratta di valori prossimi a quelli di Belgio, Austria e Finlandia, e inferiori solo a quelli della Francia e della Grecia (fonte: Eurostat, *Total general government expenditure*, dati aggiornati al 22 aprile 2022, reperibili al sito: [ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tec00023/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tec00023/default/table?lang=en) [consultato il 7 ottobre 2023]).

3. Il valore è superiore alla media europea, ma non tra i più alti: nel biennio considerato, ad esempio, hanno registrato una pressione fiscale superiore Belgio, Grecia, Austria, Svezia, Finlandia, Francia, Danimarca e Norvegia (fonte: Eurostat, *Total general government revenues*, dati aggiornati al 22 aprile 2022, reperibili al sito: [ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tec00021/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tec00021/default/table?lang=en) [consultato il 7 ottobre 2023]).

4. Dati tratti da: Mef, Dipartimento delle finanze, Direzione della Giustizia Tributaria, *Relazione sul monitoraggio dello stato del contenzioso tributario e sull'attività delle Commissioni tributarie - Anno 2021*, Roma, giugno 2022, 4 (testo disponibile al sito: [www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/galleries/Documenti/Contenzioso/Relazione-monitoraggio-contenzioso-2021.pdf](http://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/galleries/Documenti/Contenzioso/Relazione-monitoraggio-contenzioso-2021.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023]).

5. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 54, 59-60 (testo disponibile al sito: [www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023]).

mativi per deflazionare e ridurre i tempi di definizione del contenzioso tributario”, e formata da “qualificati esperti, provenienti da diverse categorie professionali”<sup>6</sup>.

Dai lavori di tale Commissione è senz’altro opportuno muovere, anche per contestualizzare adeguatamente la recente l. 31 agosto 2022, n. 130 (“*Disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari*”).

## **2. Commissione interministeriale e specializzazione del giudice tributario: le divergenti interpretazioni costituzionali di fondo; l’opzione seguita dalla l. n. 130/2022**

La Commissione ha pubblicato il 30 giugno 2021 un documento conclusivo di ampio respiro, che muove da un’analisi delle principali criticità del sistema giurisdizionale tributario italiano, tra loro variamente interconnesse: la grave complessità ed incertezza del quadro normativo di riferimento<sup>7</sup>; la limitata conoscibilità della giurisprudenza tributaria di merito, che ridurrebbe il grado di prevedibilità delle decisioni, alimentando il contenzioso<sup>8</sup>; la dimensione complessiva del contenzioso tributario e l’eccessiva durata del processo, specie alla luce dei dati relativi al giudizio in Cassazione<sup>9</sup>; l’insufficiente livello di specializzazione dei giudici, che inciderebbe negativamente sulla percentuale delle decisioni di merito annullate dalla Corte di Cassazione<sup>10</sup>; la diffusa percezione di una non compiuta indipendenza dei giudici tributari<sup>11</sup>.

In risposta alle criticità evidenziate, la Commissione ha elaborato diverse linee direttrici di riforma, formulando proposte sia sul piano processuale che extraprocessuale.

Per quanto riguarda, più strettamente, la giurisdizione tributaria, la Commissione ha preso le mosse dalla consapevolezza dell’urgenza di una riforma strutturale, in considerazione della necessità di intervenire sia sui giudizi di merito, sia

6. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 60.

7. Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, 30 giugno 2021, 6 (testo disponibile al sito: [www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_DELLACANANEA\\_relazione\\_finale\\_30giu21.pdf](http://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_DELLACANANEA_relazione_finale_30giu21.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023]).

8. Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 6-7.

9. Quanto a quest’ultimo profilo, la commissione ha rilevato la presenza di un arretrato che ha “raggiunto e superato la ragguardevole soglia dei 55.300 ricorsi”, un percentuale significativa dei quali “presentati in primo grado da più di un decennio” (ivi, 7).

10. Da vari anni attestatosi su valori prossimi al cinquanta per cento. Il carattere onorario dei giudici tributari emergerebbe, del resto, come “una peculiarità del sistema italiano rispetto ad altri”, e sarebbe “il punto di maggiore debolezza, secondo varie analisi” (ivi, 8).

11. *Ibidem*.

sul giudizio di legittimità. Condivisa è risultata, in particolare, l'esigenza di costruire detta riforma strutturale attribuendo la cognizione delle controversie tributarie a giudici maggiormente specializzati<sup>12</sup>.

In seno alla Commissione sono emersi, però, orientamenti nettamente divergenti<sup>13</sup> per quanto concerne il modo di intendere (e, conseguentemente, di realizzare) questa maggiore, auspicata specializzazione dei giudici tributari: il primo<sup>14</sup> desume dal principio di unità della giurisdizione l'illegittimità costituzionale di un (nuovo) ordine giudiziario tributario specializzato di carattere professionale; il secondo<sup>15</sup> muove, invece, dall'opposta considerazione secondo cui la Costituzione non precluderebbe di istituire una magistratura tributaria *ad hoc*, assunta tramite concorso.

Dal primo orientamento interpretativo emergerebbe la sostanziale necessità di mantenere, con gli adeguati correttivi, l'attuale configurazione onoraria della magistratura tributaria; con effetti anche per quanto riguarda la composizione dei collegi giudicanti presso la Corte di Cassazione, ai quali non potrebbero partecipare "esperti esterni alla magistratura al di fuori dei limitati casi previsti"<sup>16</sup>.

Dal secondo si ricaverebbe, invece, la necessità di superare il carattere onorario dei giudici tributari e di passare a un sistema composto da giudici di merito specializzati e a tempo pieno, individuati con apposite e specifiche procedure concorsuali; e destinati ad operare anche presso la Corte di Cassazione<sup>17</sup>.

Quale di questi due orientamenti abbia in concreto prevalso appare ormai chiaro: basti considerare l'avvenuta deliberazione, da parte del Consiglio dei ministri, del disegno di legge per la riforma della giustizia tributaria (A.S.2636)<sup>18</sup>,

12. Ivi, 16.

13. Hanno svolto le proprie considerazioni muovendo proprio da questa netta divergenza emergente dai lavori della Commissione: C. Consolo, *Un colpo d'ala per una moderna affidabile giustizia tributaria*, in *Giustizia Insieme*, 29 luglio 2021, 2-8; C. Glendi, *Riforma della giustizia tributaria: così non va!*, in *Ipsos Quotidiano*, 17 luglio 2021, 1; A. Giovanardi, *Lo status del giudice nella riforma del processo tributario*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, 28 marzo 2022, 1-6.

14. Fatto proprio essenzialmente dal Primo presidente della Corte di Cassazione e da alcune associazioni di magistrati, come ricorda la stessa Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 10.

15. Condiviso dagli esperti consultati dalla Commissione (tra i quali il Presidente emerito della Corte costituzionale, Prof. Franco Gallo) e dai rappresentanti degli enti pubblici e delle associazioni di professionisti e di studiosi intervenuti nelle audizioni (*ibidem*).

16. Questa la sintesi proposta dalla stessa Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *ibidem*.

17. Si veda sempre ivi, 10-11.

18. L'approvazione è del 17 maggio 2022; vi ha fatto seguito la presentazione in Senato, il successivo 1° giugno. Se ne ha notizia al sito: [www.giustiziatributaria.gov.it/gt/-/il-disegno-di-legge-governativo-sulla-riforma-della-giustizia-tributaria-approda-in-parlamento](http://www.giustiziatributaria.gov.it/gt/-/il-disegno-di-legge-governativo-sulla-riforma-della-giustizia-tributaria-approda-in-parlamento) [consultato il 7 ottobre 2023].

che segue indubbiamente la seconda delle strade di cui si è dato conto, prevedendo l'istituzione di una magistratura tributaria professionale a tempo pieno, selezionata per concorso; nonché la successiva approvazione, da parte del Parlamento, della l. n. 130/2022.

L'art. 4, comma 1 del d.lgs. n. 545/1992, come sostituito dall'art. 1, lett. e) della l. n. 130/2022, dispone ora che “La nomina a magistrato tributario si consegue mediante un concorso per esami bandito in relazione ai posti vacanti e a quelli che si renderanno vacanti nel quadriennio successivo, per i quali può essere attivata la procedura di reclutamento”. E i successivi commi delineano modalità di svolgimento delle prove di concorso (a cui potranno accedere laureati in giurisprudenza o in economia<sup>19</sup>) che riprendono in larga parte quelle proposte dal secondo orientamento emerso in sede di Commissione, di cui si è detto<sup>20</sup>.

### **3. Un passo indietro, alla ricerca di qualche coordinata: Assemblea Costituente, unità della giurisdizione, giurisdizione tributaria**

Per cercare di individuare alcuni punti fermi, dal punto di vista del diritto costituzionale, capaci di orientare la riflessione (anche) in merito alla recente riforma, appare opportuno qualche sintetico cenno ai lavori della Costituente<sup>21</sup>.

Due, al riguardo, i profili di maggiore interesse: l'inscindibile connessione tra unità della giurisdizione e indipendenza della magistratura, posto alla base di ogni ragionamento sul punto già a partire dalla discussione interna alla Commissione per la Costituzione; e la ripetuta, specifica attenzione dedicata in quest'ultima sede, tra le giurisdizioni speciali, proprio a quella tributaria.

All'interno della seconda Sezione della seconda Sottocommissione della

19. Così dispone l'attuale art. 4-bis, comma 1, del d.lgs. n. 545/1992, inserito dall'art. 1, comma 1, lett. f), della l. n. 130/2022.

20. Il concorso si svilupperà, in base al comma 3, in una prova scritta (consistente “nello svolgimento di due elaborati teorici rispettivamente vertenti sul diritto tributario e sul diritto civile o commerciale, nonché in una prova teorico-pratica di diritto processuale tributario”) e in una prova orale; che verterà (comma 4) in materia di: diritto tributario sostanziale e processuale, diritto civile sostanziale e processuale, diritto penale, diritto costituzionale e amministrativo, diritto commerciale e fallimentare, diritto dell'Unione europea, diritto internazionale pubblico e privato, contabilità aziendale e bilancio, elementi di informatica giuridica (oltre a prevedere un colloquio in una lingua straniera). Per un confronto con l'originaria proposta, si veda Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 101.

21. *Amplius*, in argomento, A. Poggi, *Il sistema giurisdizionale tra attuazione adeguamento della Costituzione*, Jovene, 1995, 116-131; G. Speciale, *Uni(cità) della giurisdizione. Tra sistema e non sistema giurisdizionale? Voci dall'Assemblea Costituente*, in A. Guidara (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Giappichelli, 2021, 76-92.

Commissione per la Costituzione, fu l'On. Leone, fermo sostenitore del principio di unità della giurisdizione insieme all'On. Calamandrei, a rilevare che “il frazionamento potrebbe prestarsi a pressioni di carattere politico e a sollecitazioni di carattere extragiudiziario”<sup>22</sup>. Ancora più nette le parole di quest'ultimo, qualche giorno dopo: “il principio della unicità della giurisdizione deve essere inserito nella Costituzione, perché esso è (...) inscindibile da quello della indipendenza della Magistratura. (...) [O]ve si consentisse la creazione di organi speciali improvvisati, i componenti di questi non presenterebbero le stesse garanzie ed allora il principio della indipendenza della Magistratura verrebbe ad essere vulnerato. Il principio della unicità è quindi un corollario necessario di quello della indipendenza”<sup>23</sup>.

Che il reale baricentro del problema fosse costituito dalla necessaria indipendenza del giudice si ricava, del resto, anche da altri interventi, pur diversamente orientati in merito all'opportunità di conservare le giurisdizioni speciali<sup>24</sup>.

E lo stesso si desume, a ben vedere, dalla discussione in Assemblea.

Numerosi furono gli espliciti, ripetuti riferimenti al principio di unità della giurisdizione, considerato garanzia prima di indipendenza della magistratura e di effettiva tutela dei diritti e degli interessi dei consociati. Alcuni possono, qui, essere utilmente richiamati: “una vera indipendenza si realizza solo ove due altri principî trovino attuazione: il principio dell'autogoverno (...) e il principio della unità di giurisdizione” (On. Colitto)<sup>25</sup>; “senza unicità nella giurisdizione cessa la stessa indipendenza della Magistratura” (On. Persico)<sup>26</sup>; i giudici straordinari o speciali, “non appartenendo all'autorità giudiziaria, non saranno mai forniti di quelle garanzie di indipendenza” (On. Monticelli)<sup>27</sup>; “nella coscienza giuridica del Paese è fermo il convincimento che la creazione di giudici speciali straordinari o eccezionali è contraria ad ogni più elementare concetto di libertà e di giustizia” (On. Romano)<sup>28</sup>; “l'unità della giurisdizione è una garanzia di giusti-

22. Oltre a poter creare “per il cittadino incertezze nei riguardi dei suoi giudici” (così in Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), 1. *Resoconto sommario della seduta di giovedì 5 dicembre 1946*, 6.

23. Ivi, 6. *Resoconto sommario della seduta di martedì 17 dicembre 1946*, 44. Nello stesso senso, poco dopo, anche l'On. Leone (*ibidem*). Si vedano anche le successive osservazioni dello stesso Calamandrei in ivi, 7. *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 18 dicembre 1946*, 50.

24. Si vedano, in particolare, gli interventi degli Onn. Di Giovanni (ivi, 6. *Resoconto sommario della seduta di martedì 17 dicembre 1946*, 46), e Uberti (ivi, 8. *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, 53-54).

25. Assemblea Costituente, CCLXXXIV, *Seduta di sabato 8 novembre 1947*, 1866.

26. Ivi, 1878.

27. Assemblea Costituente, CCLXXXVII, *Seduta pomeridiana di martedì 11 novembre 1947*, 1942.

28. Ivi, 1945.

zia eguale per tutti” (On. Cortese)<sup>29</sup>; “l’unicità di giurisdizione, oltre che garanzia di libertà democratica”, è strettamente connessa “con l’autonomia del potere giudiziario”(On. Cuccari)<sup>30</sup>.

Su queste basi, l’Assemblea intervenne sull’art. 95 del Progetto di Costituzione licenziato dalla Commissione dei 75, il cui quinto comma ammetteva la possibilità di istituire nuove giurisdizioni speciali (sebbene con legge votata a maggioranza assoluta, e con l’eccezione della materia penale); e il 21 novembre 1947, in nome del principio di unità della giurisdizione, approvò il testo di quello che sarebbe divenuto il secondo comma dell’attuale art. 102 Cost.: “Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali”<sup>31</sup>.

Il senso di questa modifica si può cogliere, oltre che dalla lettura complessiva della discussione in Assemblea, dal chiarimento di cui si fece carico l’On. Ruini: “intendiamoci: noi abbiamo ammesso che giurisdizioni speciali non ve ne saranno più”. Salvi gli organi di giustizia amministrativa, “non ne potranno sorgere altri, completamente nuovi, ma si dovrà se occorre seguire la via delle sezioni specializzate presso gli organi giudiziari”<sup>32</sup>.

Quanto, specificamente, alla giurisdizione tributaria, in seno alla seconda Sezione della seconda Sottocommissione più volte è stato segnalato il problema del suo mantenimento, o meno. È sufficiente menzionare gli interventi degli Onn.: Calamandrei<sup>33</sup>; Uberti<sup>34</sup>; Leone<sup>35</sup>; Ambrosini<sup>36</sup>; Cappi<sup>37</sup>.

Il passaggio più denso riservato a questa materia in sede costituente si deve, tuttavia, all’intervento dell’On. Vanoni nella seduta del 18 dicembre 1946; le cui considerazioni rimangono di straordinaria attualità.

29. Ivi, 1983.

30. Ivi, 1993-1994.

31. Assemblea Costituente, CCXCIX, *Seduta pomeridiana di venerdì 21 novembre 1947*, 2342.

32. Ivi, 2343.

33. Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), 6. *Resoconto sommario della seduta di martedì 17 dicembre 1946*, 42.

34. Il quale, nel rilevare “il pericolo di una Costituzione avulsa dalla realtà”, aveva avvertito che “nelle questioni del Contenzioso tributario, ad esempio, la Magistratura ordinaria non può avere la necessaria competenza” (ivi, 43).

35. “Vi è tutta una vasta rete di attribuzioni che riguarda in particolare la giurisdizione sopra elementi di fatto contingenti che richiedono una determinata capacità e conoscenze pratiche da parte del giudice (come, ad esempio per l’accertamento dei redditi) che non può essere assorbita dall’ordinamento giudiziario. Per questa parte lascerebbe aperto nella Costituzione il varco alla formazione di una giurisdizione tributaria specializzata, preferibilmente con giudici privati, consentendo sempre più la possibilità di ricorso al magistrato ordinario” (ivi, 7. *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 18 dicembre 1946*, 49).

36. Ivi, 8. *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, 56.

37. *Ibidem*.

Vanoni evidenziò la necessità che il giudice tributario fosse non solo “fornito di sufficiente competenza giuridica per valutare l’aspetto di diritto della controversia”, ma avesse anche “adeguate cognizioni tecniche attinenti alla particolarità del procedimento, che non è un puro giudizio di diritto, ma è spesso un giudizio di equità, soprattutto quando si tratta di stimare un fatto nella sua giusta portata”<sup>38</sup>. Ricordò, quindi, come le soluzioni prospettate per una imprescindibile riforma del giudizio tributario fossero essenzialmente tre: “il riconoscimento della competenza esclusiva del giudice ordinario anche in materia tributaria, con la creazione di sezioni speciali, composte prevalentemente da giudici togati, assistiti da esperti per la valutazione dei fatti”; “un grande tribunale amministrativo competente in tutte le materie amministrative, compresa anche la materia tributaria”; “una organizzazione giudiziaria specifica in materia tributaria, a somiglianza della Corte suprema tributaria istituita in Germania dopo la Costituzione di Weimar”. Nessuna di tali proposte si riferiva al “concetto dominante nell’attuale contenzioso tributario, di organismi prevalentemente o esclusivamente composti di giudici non togati”; e ciò perché, a suo avviso, “con l’organizzarsi di un sistema giuridico degli istituti tributari, l’interpretazione del diritto e l’applicazione delle norme giuridiche diventa sempre più importante; onde la necessità della presenza di un giudice che sia capace di indirizzare gli altri nella interpretazione e valutazione della legge”<sup>39</sup>.

Poste queste premesse, Vanoni precisò quindi “di ritenere legittima, in materia di contenzioso tributario, la richiesta di una giurisdizione speciale”, preferibilmente attribuita a un’apposita “Corte tributaria”: “nel campo tributario è realmente necessario un tribunale composto in un modo diverso e che abbia una giurisdizione separata”<sup>40</sup>.

Nonostante l’intervento di Vanoni e la discussione che ne seguì, la seconda Sezione della seconda Sottocommissione licenziò un testo dal quale venne ommesso ogni esplicito riferimento alla giurisdizione tributaria<sup>41</sup>; e lo stesso avvenne per la relativa disposizione di attuazione<sup>42</sup>.

Assai modesti, invece, appaiono i cenni dedicati dalla discussione in Assem-

38. Ivi, 7. *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 18 dicembre 1946*, 51.

39. Ivi, 51-52.

40. Ivi, 52.

41. Si vedano, in particolare, ivi, 10. *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di venerdì 20 dicembre 1946*, 66-68, e 16. *Resoconto sommario della seduta di sabato 11 gennaio 1947*, 126-127.

42. Che escludeva dall’obbligo di revisione degli organi speciali di giurisdizione esistenti Consiglio di Stato e Corte dei conti, e prevedeva una disciplina differenziata per Tribunali militari e Tribunale Supremo Militare (ivi, 16. *Resoconto sommario della seduta di sabato 11 gennaio 1947*, 126).

blea plenaria allo specifico problema della giurisdizione tributaria: ad eccezione (appunto) dell'intervento dell'On. Adonnino, secondo il quale tra le giurisdizioni speciali da conservare nel nuovo assetto costituzionale sarebbe dovuta espressamente ricadere anche quella "fiscale"<sup>43</sup>.

Quanto, infine, alla relativa disposizione di attuazione, al testo licenziato dalla Commissione vennero apportate alcune modifiche, sempre senza alcuna menzione espressa e differenziata della giurisdizione tributaria, e confermando la necessità della "revisione" delle giurisdizioni speciali esistenti entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione<sup>44</sup>. E l'emendamento sostitutivo dell'art. 95 del Progetto di Costituzione proposto dall'On. Nobili (il cui secondo comma prevedeva che "Non potranno essere istituite altre Magistrature speciali e quelle esistenti dovranno essere soppresse entro due anni dall'entrata in vigore della Costituzione") venne, poi, dallo stesso ritirato<sup>45</sup>.

### 3.1. (segue) *Tra (teorica) unità della giurisdizione e (concreto) pluralismo giurisdizionale*

Come deve essere inteso, dunque, il divieto di istituire giudici speciali, previsto dall'art. 102 Cost.? E cosa si intende per "revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti", ai sensi della VI disposizione transitoria e finale?

Prima di ripercorrere la giurisprudenza costituzionale resa in argomento, può essere utile uno sguardo di sintesi su alcuni dei principali approfondimenti dottrinali svolti in argomento<sup>46</sup>.

Un primo indirizzo interpreta in senso più rigido la regola dell'unità della giurisdizione, pur muovendo dalla piena consapevolezza del mancato accoglimento, da parte dello stesso Costituente, della sua più rigorosa declinazione: "ammettere la conservazione in via definitiva di qualsiasi giurisdizione speciale preesistente, anche non inquadrata tra quelle 'costituzionalizzate' dall'art. 103", significherebbe "aprire la strada a un vero e proprio rovesciamento di quel prin-

43. Si veda Assemblea Costituente, CCXCVII, *Seduta pomeridiana di giovedì 20 novembre 1947*, 2263. Il corrispondente emendamento sostitutivo del secondo comma dell'art. 95 del Progetto di Costituzione, dal medesimo proposto, fu poi ritirato, subito prima della relativa votazione, nel corso della seduta del 21 novembre 1947 (Assemblea Costituente, CCXCIX, *Seduta pomeridiana di venerdì 21 novembre 1947*, 2342).

44. Assemblea Costituente, CCCXXI, *Seduta pomeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, 2887.

45. Perché ritenuto sostanzialmente recepito dal nuovo testo fatto proprio dalla Commissione (Assemblea Costituente, CCXCIX, *Seduta pomeridiana di venerdì 21 novembre 1947*, 2340).

46. Per più ampi e dettagliati riferimenti in questo ambito, si rinvia ad A. Poggi, *sub Art. 102*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, UTET, 2006, 1974-1978, nonché a Id., *Il sistema giurisdizionale tra attuazione adeguamento della Costituzione*, cit., *passim*.



cipio, per di più con un irrazionale vincolo al legislatore repubblicano, nascente dal fatto che un giudice speciale fosse stato, o meno, creato dal legislatore precostituzionale<sup>47</sup>.

Il processo di revisione delle giurisdizioni speciali preesistenti, di cui alla VI disposizione transitoria e finale, andrebbe dunque correttamente inteso come destinato a condurre alla soppressione di ogni giudice speciale, o al suo inquadramento in una delle giurisdizioni contemplate dagli artt. 102 e 103 Cost.<sup>48</sup>.

La seconda opzione interpretativa constata l'effettivo accoglimento, da parte della Costituzione italiana, di un principio di unità della giurisdizione *temperato* da significative eccezioni; che ammette, in altri termini, l'istituzione e la conservazione di giudici non ordinari: tanto in virtù degli artt. 103, 125 secondo comma e 134 Cost., quanto grazie alla VI disposizione transitoria e finale, che ragiona di "revisione" degli "organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti". Il divieto di istituire giudici speciali, quindi, avrebbe "assunto una portata che consente di riferirlo soltanto ad eventuali giudici speciali che si presentassero come del tutto nuovi, sia perché non previsti, sia perché ignoti al diritto anteriore"<sup>49</sup>.

In prospettiva analoga, si è considerato come il più drastico intervento riformatore immaginato in origine, volto a garantire l'assoluta parità di trattamento dei cittadini di fronte a un unico ordine giurisdizionale, non abbia in realtà trovato "buona accoglienza all'Assemblea Costituente"; come si desume, in particolare, dalla lettura dell'art. 108 Cost., che espressamente impone di assicurare l'indipendenza dei giudici speciali. In questo contesto si collocherebbe la VI disposizione transitoria, intesa "come una clausola che autorizza il legislatore a riformare le giurisdizioni speciali assicurando loro la richiesta indipendenza, nel termine (peraltro non perentorio ma) ordinatorio di cinque anni"<sup>50</sup>. L'art. 102 Cost. do-

47. Così V. Onida, *Giurisdizione speciale*, in *Novissimo digesto italiano, Appendice*, vol. III, UTET, 1980, 1068.

48. In questo senso sempre V. Onida, *Giurisdizione speciale*, cit., 1068, secondo il quale argomenti di segno diverso non potrebbero trarsi dai riferimenti alle giurisdizioni speciali contenuti negli artt. 108, secondo comma Cost., e 111, secondo comma Cost.: il primo destinato a operare come garanzia per i Tribunali militari e per gli "altri organi di giustizia amministrativa" (artt. 103 Cost., primo comma, e 125 Cost., secondo comma), oltre che per il Consiglio di Stato e la Corte dei conti; il secondo rivolto principalmente ai Tribunali militari.

49. Così A. Pizzorusso, *Art. 102 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, I tomo, artt. 101-103, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, 1994, 210-211. Sul pensiero di Alessandro Pizzorusso, anche con specifico riferimento alla giurisdizione tributaria, G.A. Ferro, *Il costituzionalismo dell'"insofferenza". Riflessioni minime sull'attuale assetto della giustizia tributaria in Italia alla luce dell'eredità culturale di Alessandro Pizzorusso*, in *Dirittifondamentali*, it, n. 2/2021, 196-198.

50. Le considerazioni sono di S. Bartole, *Giudice (teoria generale) (ad vocem)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, 4.

vrebbe essere interpretato, pertanto, alla luce di una interpretazione sistematica “permissiva” della VI disposizione transitoria e finale: “se questa non implica la sostituzione generalizzata di giudici ordinari ai giudici speciali, è lecita la permanenza almeno dei giudici speciali istituiti prima della Costituzione”<sup>51</sup>.

Secondo un terzo orientamento, la Costituzione italiana avrebbe nettamente optato, invece, per “l’adozione di un sistema ispirato all’opposto principio della ‘pluralità delle giurisdizioni’”: alla luce delle numerose giurisdizioni speciali che la stessa Costituzione prevede, “sostenere contemporaneamente una unità della giurisdizione e più eccezioni a tale unità” costituirebbe “un’autentica *contradictio in adiecto*”<sup>52</sup>.

Da questo punto di vista, la coesistenza nell’ordinamento costituzionale di giudici ordinari e giudici speciali è data per pacifica anche in considerazione del dettato degli artt. 102 e 108 Cost., nonché della VI disposizione transitoria e finale. Specie alla luce della particolare latitudine del termine “*revisione*”. Anche (e a maggior ragione) per questo orientamento, quindi, “il divieto di cui all’art. 102 Cost. va riferito solo all’istituzione di organi giurisdizionali speciali che siano del tutto *ex novo*, vale a dire che non siano la trasformazione di quelli già esistenti ma conformi alla Costituzione”; per organo del tutto nuovo dovendosi intendere quello “che non sostituisca la competenza nella materia di altro organo giurisdizionale speciale”<sup>53</sup>.

Il problema principale diviene allora, in presenza di giudici speciali che possano a tutti gli effetti considerarsi *non nuovi*, quello di individuare le loro garanzie di indipendenza, necessarie ad assicurarne la compatibilità sostanziale con la Costituzione: il compito precipuo della giurisprudenza costituzionale consiste dunque nel “discriminare la ‘specialità’ della giurisdizione dalla sua ‘contrarietà’ alla Costituzione”<sup>54</sup>.

51. Così conclude S. Bartole, *ibidem*. Analogamente, N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2008, 75-76. In favore dell’esistenza di un sistema giurisdizionale sostanzialmente intermedio, “in cui la regola unitaria coesiste con applicazioni del principio pluralistico”, M.R. Morelli, *Artt. 102-103 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, 1990, 642. Si veda anche F. Biondi, *Art. 102 Cost.*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, 2008, 919-920.

52. E. Spagna Musso, *Giudice (nozione e profili costituzionali) (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1969, 942, e nota n. 29.

53. E. Spagna Musso, *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, cit., 945. Ha ragionato espressamente di assetto pluralistico della funzione giurisdizionale nell’ordinamento italiano anche C. Glendi, *Autonomia e specialità della giurisdizione tributaria negli assetti ordinamentali costituzionalmente garantiti*, in C. Glendi, G. Corasaniti, C. Corrado Oliva, P. de’ Capitani di Vimercate (a cura di), *Per un Nuovo Ordinamento Tributario. Contributi Coordinati da Victor Uckmar in occasione dei Novant’anni di Diritto e Pratica Tributaria*, cit., 1292-1293.

54. E. Spagna Musso, *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, cit., 945.

### 3.2. (segue) *Corte costituzionale, unità della giurisdizione, giurisdizione speciale tributaria*

Rispetto all'ampia giurisprudenza espressa dalla Corte costituzionale in argomento, tre sembrano essere i profili di maggiore interesse, tra loro variamente interconnessi: l'interpretazione della VI disposizione transitoria e finale, e il ruolo assegnato al legislatore in ordine alla "revisione" delle giurisdizioni speciali esistenti; l'identificazione dei caratteri non modificabili delle giurisdizioni speciali preesistenti alla Costituzione, specie con riferimento a quella tributaria; i requisiti di indipendenza dei giudici speciali.

In merito al primo profilo, elementi decisivi si trovano già nella sentenza 11 marzo 1957, n. 41: dal principio di unità della giurisdizione "sarebbe sicuramente derivata la cessazione del funzionamento delle giurisdizioni speciali se altrimenti non fosse stato precisato che non alla automatica soppressione doveva addiversarsi, sibbene alla loro 'revisione', ad opera del legislatore ordinario". Dal testo costituzionale (e, in particolare, indirettamente dagli artt. 103 e 111, e direttamente dalla VI disposizione transitoria) si desumerebbe invece la "precisa volontà di procedere gradualmente, in tempi diversi" all'opera di revisione delle giurisdizioni speciali esistenti. "Da queste norme risulta, per un verso, la sopravvivenza delle giurisdizioni speciali all'entrata in vigore della Costituzione; per altro verso, l'obbligo del Parlamento di provvedere in conformità dei principi costituzionali innanzi ricordati, nel termine di cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione"<sup>55</sup>.

Spetta quindi a Governo e Parlamento "giudicare se sia più opportuno rimettere le controversie tributarie alla giurisdizione ordinaria secondo le regole del processo comune; oppure, in aderenza al principio dell'unità della giurisdizione, introdurre un regime differenziato, istituendo apposite sezioni specializzate; o, piuttosto, conservare le Commissioni, in base al disposto di una legge costituzionale che deroghi al principio dell'art. 102, disciplinando *ex novo* la materia del contenzioso tributario"<sup>56</sup>.

Al termine quinquennale di cui alla VI disposizione transitoria dovrebbe, in ogni caso, essere riconosciuta natura ordinatoria, in assenza di una "espressa comminatoria di cessazione del funzionamento delle giurisdizioni speciali"<sup>57</sup>.

Molteplici le successive conferme dell'orientamento interpretativo secondo il quale la Costituzione consente la conservazione delle giurisdizioni speciali esistenti: "l'Assemblea costituente non ha voluto sopprimere le giurisdizioni specia-

55. Corte cost., 11 marzo 1957, n. 41.

56. Corte cost., n. 41/1957.

57. *Ibidem*.

li preesistenti, ma sottoporle a revisione”; e “la revisione, comportando una scelta delicata fra la soppressione pura e semplice e la trasformazione, è stata affidata esclusivamente al Parlamento”<sup>58</sup>.

Quanto al secondo dei profili accennati (le condizioni in presenza delle quali una determinata giurisdizione speciale può dirsi legittimamente mantenuta), indicazioni di particolare rilievo si ricavano dall’ordinanza 23 aprile 1998, n. 144: “per le preesistenti giurisdizioni speciali, una volta che siano state assoggettate a revisione, non si crea una sorta di immodificabilità nella configurazione e nel funzionamento, né si consumano le potestà di intervento del legislatore ordinario”; il legislatore conserva quindi “il normale potere di sopprimere ovvero di trasformare, di riordinare i giudici speciali, conservati ai sensi della VI disposizione transitoria, o di ristrutturarli nuovamente anche nel funzionamento e nella procedura, con il duplice limite di non snaturare (come elemento essenziale e caratterizzante la giurisprudenza speciale) le materie attribuite alla loro rispettiva competenza e di assicurare la conformità a Costituzione, fermo permanendo il principio che il divieto di giudici speciali non riguarda quelli preesistenti a Costituzione e mantenuti a seguito della loro revisione”<sup>59</sup>.

Diverse, anche sotto questo specifico profilo, le pronunce conformi, anche più recenti; qualificate dalla puntualizzazione secondo la quale la giurisdizione del giudice tributario deve dunque ritenersi “imprescindibilmente collegata” alla “natura tributaria del rapporto”<sup>60</sup>; pertanto, “l’attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi natura tributaria comporta la violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali”<sup>61</sup>. “L’identità della ‘natura’ delle materie oggetto delle suddette giurisdizioni costituisce (...) una condizione essenziale perché le modifiche legislative di tale oggetto possano qualificarsi come una consentita ‘revisione’ dei giudici speciali e non come una vietata introduzione di un ‘nuovo’ giudice speciale”<sup>62</sup>.

Merita di essere evidenziato, piuttosto, come l’orientamento favorevole al legittimo mantenimento delle giurisdizioni speciali preesistenti (ivi inclusa quella tributaria, alle condizioni appena ricordate) sia stato costantemente accompagna-

58. Corte cost., 22 novembre 1962, n. 92. Tra le successive, si vedano: Corte cost., 31 marzo 1965, n. 17; Corte cost., 3 agosto 1976, n. 215; Corte cost., 24 novembre 1982, n. 196; Corte cost., 16 dicembre 1982, n. 217; Corte cost., 21 luglio 1995.

59. Corte cost., 23 aprile 1998, n. 144.

60. Si vedano, in particolare: Corte cost., 1° febbraio 2006, n. 34; Corte cost., 10 marzo 2006, n. 94; Corte cost., 23 novembre 2007, n. 395.

61. Così Corte cost., 14 marzo 2008, n. 64.

62. Corte cost., n. 64/2008. Successivamente, in senso analogo: Corte cost., 14 maggio 2008, n. 130; Corte cost., 8 maggio 2009, n. 141; Corte cost., 17 luglio 2009, n. 218; Corte cost., 24 luglio 2009; Corte cost., 20 novembre 2009, n. 300; Corte cost., 11 febbraio 2010, n. 39; Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 276.

to dal sindacato della Corte sui requisiti sostanziali che dette giurisdizioni devono presentare, per essere ritenute compatibili con la Costituzione (terzo profilo di significativo interesse).

Ripercorrendo la giurisprudenza costituzionale in questo ambito, anzi, si ricava l'impressione che quando "la Corte è pervenuta alla eliminazione di questa o di quella giurisdizione, la sua decisione non si è mai fondata sulla specialità dell'organo in discussione, ma piuttosto sul mancato rispetto dei principi costituzionali"<sup>63</sup>.

Indicazioni fondamentali in tal senso si ricavano già dalla sentenza 22 novembre 1962, n. 92: "anche presso gli organi di giurisdizione speciale de[vo]no essere garantiti sia il diritto di difesa, sia l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante; indipendenza e imparzialità, che, prima ancora d'essere scritte in disposizioni particolari della Costituzione, come l'art. 108, riposano nel complesso delle norme costituzionali relative alla Magistratura e al diritto di difesa"<sup>64</sup>. In attesa della revisione delle giurisdizioni speciali, quindi, deve essere escluso che esse "possano continuare a vivere così come sono, anche quando la loro struttura o il loro modo di operare contrasti coi precetti dettati dalla Costituzione per la giurisdizione in generale (...) e perciò validi per qualsiasi organo di giurisdizione"<sup>65</sup>.

Se si scorre la giurisprudenza della Corte, appare in effetti costante il sindacato svolto sulla concreta compatibilità con la Costituzione dei diversi organi di giurisdizione speciale: con esiti spesso di rigetto<sup>66</sup>, ma anche di accoglimento<sup>67</sup>.

Anche in questo ambito, peraltro, non sono mancate precisazioni di particolare interesse. In merito, ad esempio, alla difficoltà di configurare in termini precisi il requisito della indipendenza<sup>68</sup>, e al rapporto tra indipendenza e nomina per concorso: che concorre "a rafforzare e a integrare l'indipendenza dei magistrati", pur non essendo "di per sé una norma di garanzia d'indipendenza del titolare di un ufficio", ma "d'idoneità a ricoprire l'ufficio"<sup>69</sup>. E ciò, fermo rimanendo che l'indipendenza dei giudici speciali "va cercata piuttosto nei modi con i quali si svolge la funzione che non in quelli concernenti la nomina dei membri"; "per aver-si la indipendenza dell'organo occorre che questo sia immune da vincoli i quali comportino una soggezione formale o sostanziale da altri, che vi sia inamovibili-

63. Il rilievo è di S. Bartole, *Giudice (teoria generale)*, cit., 4.

64. Corte cost., n. 92/1962.

65. Corte cost., n. 17/1965 (ripresa da Corte cost., 3 giugno 1966, n. 55).

66. Si vedano, tra le altre: Corte cost., 13 luglio 1963, n. 132; Corte cost., 16 giugno 1964, n. 43; Corte cost., 7 dicembre 1964, n. 103; Corte cost., 21 gennaio 1967, n. 1; Corte cost., 24 novembre 1982, n. 196.

67. È il caso, ad esempio, di: Corte cost., 13 luglio 1963, n. 133; Corte cost., 3 aprile 1969, n. 60; Corte cost., 9 luglio 1970, n. 121; Corte cost., 15 maggio 1974, n. 128.

68. Corte cost., n. 132/1963, che menziona Corte cost., 20 dicembre 1962, n. 108.

69. Corte cost., n. 1/1967.

tà e possibilità di sottrarsi alle risultanze emergenti dagli atti di ufficio della stessa Amministrazione<sup>70</sup>.

D'interesse, anche perché specificamente dedicata alle Commissioni tributarie, la giurisprudenza della Corte secondo cui i trattamenti economici dei giudici onorari "non sono assimilabili alla vera e propria retribuzione, ma consistono in semplici emolumenti, la cui disciplina esula dalla previsione dell'art. 108 della Costituzione, e la loro misura è inidonea ad incidere sull'indipendenza del giudice"<sup>71</sup>. Tema, questo, riportato all'attenzione della Corte anche più di recente: con esiti, tuttavia, d'inammissibilità<sup>72</sup>.

#### **4. Uno sguardo al presente: Costituzione e (nuova?) magistratura tributaria professionale**

Su queste basi si può cercare, ora, di riflettere sul nuovo assetto della giurisdizione tributaria definito dalla l. n. 130/2022. Un assetto fondato, appunto, sul reclutamento tramite concorso di una magistratura tributaria professionale.

I termini della questione, che vanno sviluppati alla luce (essenzialmente) degli artt. 102 e 108 Cost., oltre che della VI disposizione transitoria e finale, rimangono quelli già anticipati dalla ricordata contrapposizione verificatasi in sede di Commissione interministeriale.

La posizione negativa espressa in quella sede muoveva dalla considerazione secondo la quale "i due limiti invalicabili per non infrangere il principio di tendenziale unità della giurisdizione sul quale si fonda il nostro ordinamento (e non far ritenere nuovo il giudice tributario in modo tale da ravvisarsi un diverso giudice speciale) sono rispettati ove non vengano snaturati 'né il sistema di estrazione dei giudici, né la giurisdizione nell'ambito delle controversie tributarie". Di conseguenza, "la costituzione di un giudice professionale specializzato (...) con ogni probabilità snaturerebbe (...) il sistema di estrazione dei giudici, e (...) dunque richiederebbe un intervento normativo di rango costituzionale (salva la possibilità, a Costituzione invariata, di ricondurre la materia tributaria nell'ambito della giurisdizione ordinaria)"<sup>73</sup>.

70. Corte cost., n. 196/1982; analogamente, in seguito, Corte cost., 1° giugno 1993, n. 262.

71. Così Corte cost., 30 giugno 1999, n. 272; in precedenza, Corte cost., 6 luglio 1989, n. 379; Corte cost., 30 novembre 1989, n. 515; Corte cost., 29 dicembre 1989, n. 594.

72. Si veda Corte cost., 20 marzo 2019, n. 60.

73. Si veda Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 147-148. Il punto di vista fatto proprio da parte della Commissione al riguardo coincide con quello emerso dall'audizione del Dott. Pasquale Serrao D'Acquino, alla quale si rinvia per una trattazione più diffusa (ivi, 58-61).

La diversa posizione positiva, pur muovendo dalla menzione della stessa decisione della Corte<sup>74</sup>, perviene a conclusioni opposte: “le potestà di intervento del legislatore sulla configurazione e sul funzionamento dei giudici speciali fatti salvi dalla Costituzione non si esauriscono, mantenendo sempre il legislatore facoltà di intervenire al fine di sopprimerli, trasformarli e riordinarli, ‘con il duplice limite di non snaturare (come elemento essenziale e caratterizzante la giurisprudenza speciale) le materie attribuite alla loro rispettiva competenza e di assicurare la conformità a Costituzione (...)’”. Nessun ostacolo, quindi, dall’art. 102, primo comma, Cost., anche in ragione del fatto che la proposta accentua il carattere giurisdizionale degli organi giudicanti, influenzando positivamente sull’indipendenza, terzietà e preparazione professionale del giudice<sup>75</sup>.

L’alternativa, proprio dal punto di vista del diritto costituzionale, è netta.

Il percorso che si è fin qui cercato di seguire sembra poter condurre, tuttavia, verso la seconda delle opzioni interpretative appena ricordate.

La prima opzione presuppone, intanto, una lettura forse eccessivamente rigida della giurisprudenza costituzionale: la quale ha, è vero, menzionato anche “il sistema di estrazione dei giudici” tra gli elementi da valutare ai fini della permanenza, o meno, dei caratteri essenziali delle Commissioni tributarie che non devono essere *snaturati*<sup>76</sup>; dimostrando allo stesso tempo, però, di ritenere decisivi a tal fine i “requisiti di idoneità e di qualificazione professionale”, e il regime “delle incompatibilità”<sup>77</sup>.

È lecito domandarsi, pertanto, se il progressivo passaggio da un sistema giurisdizionale misto (al quale partecipano già sia giudici laici, sia giudici togati originariamente selezionati tramite concorso) a un sistema composto esclusivamente da giudici scelti tramite concorsi *ad hoc* possa davvero, di per sé solo, snaturare a tal punto l’esistente giurisdizione tributaria da farle assumere profili di effettiva ed inammissibile *novità*<sup>78</sup>.

74. Si tratta dell’ordinanza n. 144/1998 (già menzionata nel par. 3.2).

75. Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 101. Le conclusioni della Commissione, sul punto, appaiono conformi a quelle espresse dal Prof. Franco Gallo in sede di audizione (ivi, 50).

76. Corte cost., n. 144/1998.

77. Così sempre Corte cost., n. 144/1998.

78. Si vedano, al riguardo: A. Marcheselli, *Aspettando Godot. Note minime e minoritarie a margine della proposta di riforma della Giustizia tributaria*, in *Giustizia Insieme*, 12 luglio 2021 (secondo il quale si tratterebbe di una modifica della *forma* del reclutamento, più che della *sostanza*); A. Giovanardi, *Lo status del giudice nella riforma del processo tributario*, cit., 10 (“se è pacifico che il concorso per esami stravolgerebbe il sistema di reclutamento, è altrettanto indiscutibile che si tratta di scelta che lo migliorerebbe dal punto di vista dei ricordati requisiti di idoneità e qualificazione professionale”); E. Della Valle, *La riforma della giustizia tributaria nei ddl di fonte senatoriale*, in *Rivista di diritto tributario online*, 1° aprile 2022.

Se l'accesso concorsuale non può essere di per sé concepito come requisito di indipendenza dei magistrati, pur contribuendo sostanzialmente a rafforzarla<sup>79</sup>, e se l'indipendenza dei giudici speciali va in realtà cercata nelle concrete modalità di svolgimento della funzione<sup>80</sup>, come può in questo solo profilo essere rinvenuto un reale *vulnus* al principio di unità della giurisdizione?

D'altronde, il principio di unità della giurisdizione (anche a prescindere da come si ritenga di concepirlo) non è fine a sé stesso, e difficilmente può essere considerato un valore in sé e per sé: lo è nella misura in cui consenta di perseguire l'indipendenza dell'apparato giurisdizionale e (anche attraverso di essa), la parità di trattamento della cittadinanza e la concreta democraticità del sistema delle tutele. Le considerazioni svolte al riguardo in sede costituente mantengono, senz'altro, decisiva attualità.

Se così è, appare difficile ammettere che una riforma volta a migliorare i requisiti di idoneità e di qualificazione professionale dei giudici tributari attenti, per ciò solo, al principio di unità della giurisdizione; o, perlomeno, più di quanto non vi attentasse (nell'ormai recente passato) un sistema di estrazione dei giudici tributari di carattere onorario, e che prescindeva dalla necessaria preselezione tramite concorso pubblico.

In effetti, per quanto il nuovo sistema di estrazione concorsuale dei giudici tributari di merito si caratterizzi per alcune peculiarità rispetto a quello degli altri giudici togati, appare difficile negare che tale nuovo sistema sia assai più prossimo a quello caratteristico della giurisdizione ordinaria di quanto non lo fosse il precedente.

Sarebbe quindi paradossale, anche da questo specifico punto di vista, ritenere incostituzionale, perché non compatibile con il principio di (tendenziale) unità della giurisdizione, un sistema di reclutamento dei giudici tributari che avvicina, quantomeno sotto questo specifico profilo, la giurisdizione tributaria speciale a quella ordinaria<sup>81</sup>.

Tanto varrebbe, a maggior ragione, persino laddove si ritenesse di superare la consolidata giurisprudenza costituzionale relativa alla legittima permanenza nell'ordinamento italiano delle preesistenti giurisdizioni speciali; e di condividere l'interpretazione più restrittiva del principio di unità della giurisdizione, se-

79. Si rimanda, al riguardo, a Corte cost., n. 1/1967.

80. Come precisato dalla già ricordata sentenza della Corte n. 196/1982.

81. Aveva notato G. Tabet, *I mali cronici della giustizia tributaria: specialità del giudice e specialità della giurisdizione*, in C. Glendi, G. Corasaniti, C. Corrado Oliva, P. de' Capitani di Vimerate (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario, in occasione dei Novant'anni di Diritto e Pratica Tributaria*, cit., 1399, come i principi di imparzialità e terzietà del giudice, che devono caratterizzare la funzione giurisdizionale in ogni settore dell'ordinamento, siano "esclusivamente assicurati da una magistratura togata, selezionata tramite concorso pubblico per esami che accerti la competenza e la idoneità tecnica della persona abilitata all'esercizio della funzione".



condo la quale tutti i giudici speciali non espressamente menzionati dalla Costituzione avrebbero dovuto (e dovrebbero ora) essere soppressi. Compatibile con questo orientamento interpretativo si rivelerebbe, a ben vedere, il definitivo passaggio del contenzioso tributario a sezioni specializzate dell'autorità giurisdizionale ordinaria<sup>82</sup>: ma non certo il suggerito mantenimento della giurisdizione tributaria su base onoraria e non concorsuale; che finirebbe per consolidare un sistema di estrazione dei giudici tributari ancora più lontano da quello dei giudici ordinari, in ulteriore spregio del principio di unità della giurisdizione.

#### 4.1. (segue) *Giudici tributari professionali e Cassazione; inquadramento lavorativo/retributivo, indipendenza e terzietà del giudice speciale*

Quanto appena considerato non esime, tuttavia, dall'interrogarsi (almeno) su alcune possibili criticità del nuovo *status* di giudice speciale tributario.

Un primo profilo (di "non riforma") merita, intanto, di essere evidenziato: l'art. 3, comma 1 della l. n. 130/2022 istituisce formalmente presso la Corte di Cassazione "una sezione civile incaricata esclusivamente della trattazione delle controversie in materia tributaria"<sup>83</sup>; senza menzionare e disciplinare, tuttavia, alcun meccanismo di transito presso questa sezione dei "nuovi" giudici tributari.

In questo senso si era espressa la parte della Commissione interministeriale favorevole alla creazione della magistratura professionale tributaria selezionata tramite concorso: la quale, conseguentemente, ben avrebbe potuto transitare dal giudizio di merito al giudizio di legittimità<sup>84</sup>.

Nulla di fatto al riguardo, quindi, in sede di riforma: valutazione, questa, che sembra rispondere a ragioni di opportunità politico-istituzionale, piuttosto che a reali criticità dal punto di vista del diritto costituzionale.

Appare persuasivo, al riguardo, quanto considerato dagli stessi componenti della Commissione non solo in merito alla sostanziale equiparazione dei giudici speciali ai giudici ordinari relativamente al giudizio di legittimità, ai sensi dell'art. 111 Cost.; ma anche rispetto alla possibilità, espressamente contemplata dall'art. 102, secondo comma, Cost., di istituire presso gli organi giudiziari ordinari sezio-

82. Come espressamente riconosciuto dallo stesso Dott. Serrao D'Acquino (Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 61).

83. Sull'originaria istituzione della sezione tributaria, con decreto del Primo Presidente in data 19 giugno 1999, C. Glendi, *Contenzioso tributario*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, 1988, 7. Per più ampie considerazioni complessive relative alla giurisdizione tributaria di legittimità, Id., *La "speciale" specialità della giurisdizione tributaria*, in A. Guidara (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, cit., 421-423.

84. Si rinvia, al riguardo, a Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 101-102.

ni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura<sup>85</sup>: “se possono accedere alle sezioni specializzate cittadini estranei alla magistratura, tanto più dovrebbero poter entrare magistrati che hanno superato un concorso e che quindi sono del tutto assimilati e assimilabili ai giudici ordinari”<sup>86</sup>.

D'altra parte, una volta istituita una magistratura professionale tributaria assunta mediante appositi concorsi, riesce difficile comprendere per quali ragioni i giudici che la compongono non dovrebbero poter pervenire all'ultimo grado di giudizio (alle condizioni stabilite dal legislatore): apportandovi le specifiche professionalità e competenze fino a quel punto maturate<sup>87</sup>. Né ragioni di segno contrario sembrano poter esser rinvenute nella particolare natura del giudizio di legittimità, proprio alla luce del riformato sistema di accesso alla magistratura tributaria, che dovrebbe muovere (anche) dall'esigenza di garantire un uniforme livello di qualificazione giuridica dei nuovi giudici tributari togati, a prescindere dal titolo di laurea conseguito.

Qualche ulteriore, breve rilievo deve essere svolto, poi, in ordine alle possibili, persistenti tensioni tra inquadramento lavorativo/organizzativo del giudice tributario e necessari requisiti costituzionali di indipendenza e terzietà. Che si trattasse di un aspetto critico (portato anche all'attenzione della Corte costituzionale, finora senza esiti<sup>88</sup>), è confermato dai lavori della Commissione interministeriale: concorde nel rilevare, sul punto, come i problemi principali fossero costituiti dalle “modalità con cui sono determinati i compensi dei giudici tributari”, oltre che dalla dipendenza di fatto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, a fronte della mancata previsione di un apposito e autonomo ruolo di funzionari e impiegati<sup>89</sup>.

85. Trattasi di valutazione legittimamente rimessa alla discrezionalità del legislatore (si vedano, al riguardo: Corte cost., 24 gennaio 1983, n. 1, e Corte cost., 17 luglio 2002, n. 353).

86. Così Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 102. Anche su ciò, le conclusioni cui è pervenuta parte della Commissione appaiono conformi ai rilievi del Prof. Gallo (ivi, 50-51). Alle medesime conclusioni sono giunti E. Della Valle, *La riforma della giustizia tributaria nei ddl di fonte senatoriale*, cit., e A. Giovanardi, *La riforma della giustizia tributaria nel disegno di legge di iniziativa governativa AS/2636: decisivo passo in avanti o disastrosa iattura?*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, 8 luglio 2022, 8-9.

87. Molto critici, al riguardo, i rilievi di F. Tundo, *Giustizia tributaria: una riforma perfettabile, ma con interventi non negoziabili*, in *Rivista di Diritto Tributario online*, 1° luglio 2022.

88. Si veda Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 227, che ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate con riferimento a plurime disposizioni del d.lgs. n. 545/1992, attraverso le quali il giudice rimettente aveva evidenziato il problema della compatibilità dell'ordinamento e dell'organizzazione della giustizia tributaria con la garanzia di indipendenza anche apparente del giudice, richiesta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

89. Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, *Relazione finale*, cit., 8, 18.

Si tratta di un’impostazione sostanzialmente transitata nella l. n. 130/2022: che, pur confermando la riconducibilità sostanziale dei “nuovi” giudici tributari alle dipendenze del MEF, li sottopone alle “disposizioni in materia di trattamento economico previsto per i magistrati ordinari”<sup>90</sup>.

Il cambiamento di *status* rispetto al precedente regime è dunque apprezzabile, nella misura in cui si ritenga che sia il rapporto retributivo ad essere davvero decisivo<sup>91</sup>. Rimane però il problema, evidentemente non del tutto superato, dell’apparenza di indipendenza: alla quale continua a non giovare la sostanziale vicinanza tra giudici tributari e parte pubblica in causa, nonostante la formale autonomia soggettiva delle Agenzie fiscali rispetto al MEF<sup>92</sup>.

Eccessivamente critica, forse, l’osservazione secondo la quale il nuovo sistema di reclutamento dei giudici tributari sarebbe “organizzato e condotto” dal medesimo Ministero<sup>93</sup>. Ad esservi devoluta, pare, in effetti, “esclusivamente la gestione organizzativa delle procedure di selezione”, a fronte di significativi compiti sostanziali attribuiti al Consiglio di presidenza della giustizia tributaria: secondo un modello, quindi, paragonabile “a quello previsto per il reclutamento dei magistrati ordinari”<sup>94</sup>.

Proprio per quanto riguarda il Consiglio di presidenza permangono, piuttosto, profili che prestano il fianco ad osservazioni contraddittorie: specie per quanto riguarda l’istituzione presso il medesimo di un Ufficio ispettivo chiamato a “svolgere, col supporto della Direzione della giustizia tributaria del Dipartimento delle finanze, attività presso le corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado”<sup>95</sup>. Suscettibile di valutazione essenzialmente positiva, in quanto elemento in grado accrescere le capacità di autogoverno della magistratura speciale<sup>96</sup>; ma

90. Così dispone, ora, l’art. 13-*bis* del d.lgs. n. 545/1992, inserito dall’art. 1, comma 1, lett. p) della l. n. 130/2022.

91. In questo senso, ad esempio, E. Della Valle, *La riforma della giustizia tributaria nei ddl di fonte senatoriale*, cit., e A. Giovanardi, *La riforma della giustizia tributaria nel disegno di legge di iniziativa governativa AS/2636: decisivo passo in avanti o disastrosa iattura*, cit., 9.

92. Si vedano al riguardo, in particolare, le considerazioni di F. Tundo, *Giustizia tributaria: una riforma perfettibile, ma con interventi non negoziabili*, in *Rivista di Diritto Tributario online*, 1° luglio 2022, e di G. Stancati, C. Attardi, G. Del Corso, L. Nobile, A. Renda, *Giustizia tributaria: nuovo assetto organizzativo a rischio di incostituzionalità?*, in *Ipsos Quotidiano*, 23 giugno 2022; in precedenza, F. Pistolesi, *Spunti per una riforma della giustizia tributaria nella relazione della Commissione interministeriale del 30 giugno 2021*, in *www.giustiziainsieme.it*, 20 luglio 2021.

93. In questo senso G. Stancati, C. Attardi, G. Del Corso, L. Nobile, A. Renda, *Giustizia tributaria: nuovo assetto organizzativo a rischio di incostituzionalità?*, cit.

94. A. Giovanardi, *La riforma della giustizia tributaria nel disegno di legge di iniziativa governativa AS/2636: decisivo passo in avanti o disastrosa iattura*, cit., 10.

95. Così dispone, ora, l’art. 24, comma 2-*bis* del d.lgs. 545/1992, inserito dall’art. 1, comma 1, lett. q), n. 2) della l. n. 130/2022.

96. Ad esempio, da parte di A. Giovanardi, *La riforma della giustizia tributaria nel disegno di legge di iniziativa governativa AS/2636: decisivo passo in avanti o disastrosa iattura*, cit., 10.

pure criticabile, nella misura in cui si prevede il possibile svolgimento dei relativi compiti ispettivi, in concreto, congiuntamente agli uffici dell'Amministrazione finanziaria<sup>97</sup>.

## 5. Conclusioni: alla perenne ricerca della giustizia tributaria

Quale filo conduttore lega la discussione sulla giurisdizione tributaria in sede costituente<sup>98</sup>, il PNRR, i lavori della Commissione interministeriale e, infine, la l. n. 130/2002?

Molto probabilmente, la considerazione in base alla quale la giurisdizione tributaria non è una giurisdizione di serie B<sup>99</sup>.

Non lo è perché di assoluto significato sono le risorse private e pubbliche in gioco; e non lo è soprattutto perché il relativo contenzioso può ritenersi sempre caratterizzato da un tono sostanzialmente costituzionale, se si guarda al profondo del rapporto giuridico d'imposta e si intravede nell'adempimento dell'obbligazione tributaria la prima e più decisiva (perché condizionante) forma di cittadinanza<sup>100</sup>.

Se "il problema della giurisdizione costituisce il presupposto di tutti gli altri problemi", al sistema giurisdizionale tributario va riconosciuto un imprescindibile ruolo di garanzia di effettività dell'ordinamento tributario nel suo complesso<sup>101</sup>; né si può ignorare quanto il corretto funzionamento della giurisdizione tributaria possa contribuire al continuo e vitale rinnovamento del patto costituzionale che lega consociati e istituzioni (e gli stessi consociati tra loro), nonché allo sviluppo di una cultura fiscale condivisa: indispensabile presupposto dell'adesione all'imposta<sup>102</sup>.

97. Particolarmente negative, sul punto, le considerazioni di F. Tundo, *Giustizia tributaria: una riforma perfettibile, ma con interventi non negoziabili*, cit., e di C. Glendi, *Riforma della giustizia tributaria. PNRR a rischio?*, in *Ipsos Quotidiano*, 4 giugno 2022.

98. In particolare, si è visto, di fronte alla seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

99. A. Giovannini, *Giurisdizione ordinaria o mantenimento della giurisdizione speciale tributaria?*, in *Dir. prat. trib.*, n. 5/2016, 1912-1913, ricordava, al riguardo, che dall'esito dei giudizi tributari pendenti "può dipendere la 'vita' o la 'morte' di aziende, persone e famiglie".

100. Sul tema, in particolare, M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, 2012, 22-24, 93-95, e Id., *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Jovene, 2015, 561-569, 574-595.

101. Come considerato, nel ricordare il pensiero di Salvatore Satta, da L. Rovelli, *La giurisdizione tributaria*, in C. Glendi, G. Corasaniti, C. Corrado Oliva, P. de' Capitani di Vimerate (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario, in occasione dei Novant'anni di Diritto e Pratica Tributaria*, cit., 1378.

102. Soprattutto se si considera la "necessità di operare una riduzione delle tensioni attualmente esistenti tra Stato e contribuente, quest'ultime acuite dalla crisi economica e da una genera-

Se è vero, quindi, che la giurisdizione tributaria non si identifica con la giustizia tributaria, dovendosi in quest'ultima ricomprendere anche altri, molteplici modelli procedimentali e strumenti alternativi, non-giurisdizionali di risoluzione del contenzioso tributario e deflattivi<sup>103</sup>, è vero pure che difficilmente può esistere giustizia tributaria in assenza di un sistema giurisdizionale di tutela, che risponda ai principi costituzionali.

In questa prospettiva dev'essere collocata la recente riforma dello *status* di giudice tributario: una nuova, significativa tappa di un percorso che viene da lontano; e, che, pur nella persistente specialità della relativa giurisdizione, sembra comunque avvicinare questa magistratura a quella ordinaria, in sostanziale ossequio degli art. 102, 108 e 111 (nonché della più consolidata interpretazione della VI disposizione transitoria e finale).

Nell'auspicio (perché di questo non può che trattarsi, in attesa della prova dei fatti) che la strada imboccata sia quella giusta, a fronte delle sempre più pressanti sfide, presenti e future, che la fiscalità contemporanea pone.

le flessione del nesso insistente tra spesa pubblica e solidarietà” (così C. Doria, *Verso una maggiore indipendenza del giudice tributario? La riforma della giustizia tributaria all'esame del Senato*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 1277).

103. Si veda al riguardo A.M. Serafin, *La giurisdizionalizzazione del contenzioso tributario: “U.S. Tax Court” e Commissioni Tributarie a confronto*, in *LUISS Guido Carli Working paper*, n. 6/2016-2017, 2019, 4.

# GIUSTIZIA FISCALE E “*NEW GLOBAL JUDICIAL ATTITUDE*”: VERSO UN *COMPARATIVE TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM*?

GIOVANNA TIEGHI\*

SOMMARIO: 1. Premesse per un’aggiornata *taxpayer-centered outlook* “ordinamentale” – 2. Giustizia, giurisdizione, risorse: tra riforme e *new judicial attitude* – 3. L’indagine storico-comparatistica sui diritti del contribuente (i *Taxpayer’s Rights* – TR): il giudice e i TR come diritti umani – 4. I principi di diritto pubblico internazionale di tutela del contribuente tra tradizione costituzionale europea e prospettive di innovazione: il *Transformative Constitutionalism* (TC) alla prova dei fatti – 5. Un *case-study* globale e uno strumento di *soft law* nelle mani di giudici (davvero) terzi e imparziali: l’OPTR – 6. Potenzialità per nuovi scenari di giustizia fiscale contemporanea.

## 1. Premesse per un’aggiornata *taxpayer-centered outlook* “ordinamentale”

La riforma della giustizia fiscale in Italia<sup>1</sup> necessita di una contestualizzazione – che è, essa stessa, requisito di effettività – sul panorama internazionale. Nonostante un recente processo di internazionalizzazione del diritto tributario senza precedenti, tale dimensione pare ancora sfuggire alla prospettiva italiana, in specie per ciò che riguarda la realizzazione di una effettiva *taxpayer-centered outlook*.

Quest’ultima prospettiva assume significato, oggi più che mai, solo se conce-

\* Università di Padova.

1. Ci si riferisce, in generale, al lungo e annoso processo di rivisitazione della giustizia fiscale italiana attraverso il tentativo di rimodulare il rapporto tra fisco e contribuenti sul piano ordinamentale (sul tema, innanzitutto, L. Einaudi, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, ora in Id., *Scritti economici, storici e civili*, a cura di R. Romano, Mondadori, 1973; G. Falsitta, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè, 2008). Nello specifico, si rinvia, invece, alla recente legge 31 agosto 2022, n. 130, rubricata *Disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari* la quale, nell’ambito delle riforme previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, e con finalità deflattiva, “contiene disposizioni volte a professionalizzare il giudice tributario e a ridurre la durata del processo tributario, con particolare riguardo anche al contenzioso di legittimità pendente presso la Corte di Cassazione”, testo disponibile in [temi.camera.it/leg18/temi/giustizia-tributaria.html](https://temi.camera.it/leg18/temi/giustizia-tributaria.html) [consultato il 7 ottobre 2023].

pita nella più lungimirante dimensione “ordinamentale”<sup>2</sup>. Con essa ci si riferisce – soprattutto con riferimento alla caso emblematico della c.d. giurisdizione sulle risorse, versante delle entrate – all’esigenza di disporre di un giudice terzo e imparziale che abbia una realistica percezione del ruolo e della dignità della persona-contribuente nell’intero ordinamento giuridico-istituzionale. E a ciò consegue, inevitabilmente, l’impellenza di valorizzare la forza “compositiva” del diritto<sup>3</sup>.

Vi deve essere, in ogni caso, un’imprescindibile consapevolezza di fondo: che il contribuente, attraverso l’obbligazione tributaria, opera e “contribuisce” alla più ampia tenuta del proprio sistema democratico<sup>4</sup>. Il quale, soprattutto in Italia è, per sua natura, perennemente in crisi<sup>5</sup>, e costantemente alla ricerca di una più equilibrata “dimensione costituzionale della convivenza”<sup>6</sup>.

Decisivi scenari internazionali non possono più, dunque, rimanere estranei alla prospettiva domestica. Ciò, alla luce di due precisi presupposti: in primo luogo, del fatto che il prelievo – e la successiva gestione – delle risorse è ora condizionato anche dall’ammontare di risorse distribuite sul piano europeo a seguito

2. “Il che non significa affatto che si debba o si voglia abbandonare il cosiddetto *metodo giuridico*, trascurando di verificare ciò che *deve essere* alla luce delle norme giuridiche positive; ma implica soltanto che il metodo stesso – secondo le tendenze dominanti negli odierni studi costituzionalistici – non venga più inteso ed applicato in termini formalistici ed astratti”: L. Paladini, *Diritto costituzionale*, CEDAM, 1991, 5, su “L’ordinamento giuridico – Premesse teoriche”. Nella medesima prospettiva il lungimirante tentativo di “volgere lo sguardo al futuro, a ciò di cui ha bisogno il nostro ordinamento tributario”: “le aree che necessitano riflessioni e interventi, se non di riforma globale” – si è detto, tra cui “il processo tributario con particolare riguardo all’autonomia e alla professionalizzazione dei giudici” – sono “non più rinviabili”: V. Uckmar, *Presentazione*, in G. Glendi, G. Carosani, C.C. Oliva, P. de’ Capitani di Vimerate (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario*, contributi coordinati da V. Uckmar, in occasione dei Novant’anni di Diritto e Pratica Tributaria, I tomo, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, xvi.

3. “(...) libero da inutili contaminazioni disciplinari, il diritto supera i conflitti mediante una particolare descrizione della realtà. D’altro canto, dal punto di vista concettuale, ciò implica l’esistenza di una pluralità di realtà: quella descritta dal diritto non coincide con quella descritta dalle altre discipline”: M. Croce, *La tecnica della composizione. Per una storia futura de l’ordinamento giuridico*, in Id. (a cura e con un saggio di), S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Quodlibet, 2021, 198.

4. In specie, ci si riferisce alla democrazia considerata “nel suo funzionamento reale, calata nella vita dello Stato, in relazione alle altre componenti dei poteri pubblici, in conflitto con giustizia, autorità, efficienza, nella teoria e nella pratica del governo”. Di qui, l’imprescindibilità – soprattutto, ma non solo, per il giurista – di riflessioni “al centro delle quali sta l’interazione tra l’elemento democratico dei sistemi politici contemporanei e gli altri elementi che compongono questa struttura complessa che chiamiamo Stato, nonché tra la democrazia nazionale e gli ordini giuridici sovranazionali”: S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, 2017, 3.

5. F. Benvenuti, *Mito e realtà nell’ordinamento amministrativo italiano*, in Id., G. Miglio (a cura di), *L’unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Neri Pozza, 1969. Più recentemente: M. Bertolissi, *Il mito del buon governo*, Jovene, 2022.

6. P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2017, xv.

della pandemia, da correlarsi anche a un processo di responsabilizzazione dei singoli Paesi che quelle risorse dovranno restituire<sup>7</sup>; in secondo luogo, alla luce della considerazione in base alla quale “*the traditional notion of constitutionalism is inadequate in meeting peculiar needs of transitional societies*”<sup>8</sup>.

Quale, dunque, il ruolo, nella prospettiva comparatistica, delle democrazie – quali l’Italia – c.d. stabilizzate<sup>9</sup>, ma forse più di altre nel pieno delle *Constitutional Transformations*<sup>10</sup> sulle quali si stanno confrontando studiosi di tutti gli ordinamenti? Quale, nello specifico, il percorso di inveroimento del principio di tutela giurisdizionale effettiva e il rispetto dei diritti fondamentali del contribuente nel prisma della specializzazione dei giudici e del *decision-making process* in materia fiscale e, dunque, costituzionale<sup>11</sup>?

Occorre soffermarsi sulla peculiarità della giurisdizione delle risorse e la specialità dei suoi giudici per indagarne l’attitudine sostanziale alla decisione tributaria. Il che significa, innanzitutto, per avere contezza delle potenzialità alla predisposizione – da parte del giudice – alla realizzazione di un virtuoso bilanciamento tra l’interesse fiscale e la tutela del contribuente. Di qui, alcuni stimoli alla revisione dello stesso ruolo di giudice e del suo “*judicial attitude*” (par. 2); alla ridefinizione del ruolo del contribuente e dei suoi diritti attraverso l’indagine storico-comparatistica che ha segnato, a livello globale, le nuove frontiere del principio di effettività della giurisdizione fiscale; alla condivisione dei progressi raggiunti sul panorama internazionale in termini di inquadramento dei diritti del contribuente quali diritti umani (par. 3); all’attuazione dei principi di diritto pubblico internazionale per la tutela del contribuente (par. 4); non ultimo, all’utilizzo dell’Osservatorio per la protezione dei diritti del contribuente (OPTR) quale piattaforma di interconnessione globale e di condivisione di *best practices* (par. 5).

Ne derivano alcune possibili direttrici, funzionali all’inquadramento di scena-

7. Per un richiamo a un rinnovamento dell’“atteggiamento morale: che incide sugli usi e i costumi di un popolo”, quale requisito minimo per poter almeno tentare di realizzare il PNRR, si rinvia alle riflessioni in M. Bertolissi, *Riformare la pubblica amministrazione* acqui està el busilis; Dios nos valga, *Editoriale* in *Federalismi.it*, n. 26/2021.

8. E. Kibet, C. Fombad, *Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa*, in *African Human Rights Law Journal*, n. 17/2017, 350.

9. Ove, con questa dicitura, ci si riferisce a “quei Paesi che si fondano sulle ragioni del costituzionalismo, che hanno mostrato e dimostrano ferma e convinta difesa delle libertà e delle garanzie costituzionali (...)”: T.E. Frosini, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, il Mulino, 2019, 15.

10. Non a caso, tema del Congresso mondiale di diritto costituzionale 2022 (*World Congress of Constitutional Law*) tenutosi a Johannesburg, Sud Africa, nei giorni 5-9 Dicembre 2022 (testo disponibile al sito: [wcll.co.za/](http://wcll.co.za/) [consultato il 7 ottobre 2023]).

11. Sulla fiscalità quale “parte integrante del diritto costituzionale”: M. Bertolissi, *Fiscalità Diritti Libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Jovene, 2015, viii.



ri futuri alla realizzazione dei quali, si auspica, anche il “nuovo” giudice tributario italiano potrà dare il proprio contributo.

## 2. Giustizia, giurisdizione, risorse: tra riforme e *new judicial attitude*

La tematica, oltre che complessa, si scontra con la stessa definizione di “giustizia fiscale”<sup>12</sup>: la quale, si precisa fin d’ora, non coincide direttamente con le nozioni di giurisdizione, contenzioso tributario o, da ultimo, processo tributario. Se così fosse, infatti, si abdicerebbe all’impellenza di “cogliere l’evoluzione degli istituti della fiscalità nelle loro connessioni con la vicenda degli assetti istituzionali e dei rapporti sociali”<sup>13</sup>. Una sostanziale concezione di giustizia fiscale, invece, sottende un problema di educazione alla fiscalità<sup>14</sup>, così come un problema di sostenibilità<sup>15</sup>, nel tempo, dei diritti fondamentali garantiti dalla nostra Costituzione. I quali, lo si sta sperimentando da anni, costano<sup>16</sup>. Dunque, ci si chiede: quanto ci si può limitare a considerare la recente riforma fiscale italiana sufficiente a rimodulare la nozione stessa di giustizia<sup>17</sup> – attraverso quella di giudice – evitando il “rischio di una chiusura degli studi e delle elaborazioni concettuali in uno specialismo autoreferenziale”<sup>18</sup>?

12. Sulle “forme della ingiustizia fiscale” si rinvia alle memorabili pagine di G. Falsitta, *Considerazioni conclusive*, in M. Beghin, F. Moschetti, R. Schiavolin, L. Tosi, G. Zizzo (a cura di), *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, 2012, 273 ss.

13. G. Marongiu, *La giustizia tributaria nel pensiero di Gaspare Falsitta*, in *Diritto e pratica tributaria*, vol. 80/2009, 13 ss.

14. C. Esposito, C. Forte, G. Menallo, C. Pertile, F. Richichi, L. Voinea (a cura di), *Evasione fiscale. Analisi costituzionale, tributaria e penale di un fenomeno sociale*, Legal Research Group Elsa Padova-CLEUP, 2014; G. Tieghi, *A Challenging Scientific Path: The Academic Value of TRs for a Contemporary, Skilled and Comparative Law Education*, in *Journal of Tax Administration – JOTA*, vol. 4, n. 2/2018 Special Issue: Taxpayer Rights.

15. M. Antonioli, *La sostenibilità dello sviluppo tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1/2017. Per un inquadramento nella dimensione globale: United Nations General Assembly, *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*, 2015, testo disponibile al sito: [www.ohchr.org/EN/Issues/Development/IEDebt/Pages/IEDebtIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/IEDebt/Pages/IEDebtIndex.aspx) [consultato il 7 ottobre 2023].

16. S. Holmes, R. Sunstein Cass, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton& Company, 1999.

17. E. Opocher, *Giustizia (filosofia del diritto) (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1970, 557 ss. Sulla giustizia come “problema assoluto”, si veda M. Bertolissi, *Livio Paladin costituzionalista della Res Publica*, Mucchi, 2022, 52 ss.

18. G. Marongiu, *La giustizia tributaria nel pensiero di Gaspare Falsitta*, cit., 13. Sul tema dell’*exceptionalism* del diritto tributario nella prospettiva statunitense si rinvia a A. Abreu, R. Greenstein, *Tax: Different, not Exceptional*, in *Administrative Law Review*, vol. 71/2019.

Tale interrogativo si ritiene vada affrontato in una duplice prospettiva: macro, e micro. Se legiferare, nella prospettiva storico-costituzionale è sempre stato il portato di una tradizione degli ordinamenti di *civil law*, espressione del principio di sovranità popolare<sup>19</sup>, per la realizzazione della c.d. stabilità<sup>20</sup>, oggi – soprattutto in Italia<sup>21</sup>, ma non solo – lo stesso principio di “certezza del diritto” è messo in discussione su un piano comparatistico più ampio<sup>22</sup>, fino a comprendere la crisi del diritto non legiferato nei sistemi di *common law*<sup>23</sup>. Ed è in questo varco, quello che l’allora Presidente della Corte Suprema israeliana Aharon Barak ha definito un “*gap between law and life*”<sup>24</sup>, che il giudice – soprattutto quello che è chia-

19. Per un inquadramento della tematica nella prospettiva di ricostruzione della virtù romana quale antidoto all’interesse privato in colui che (J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Rizzoli, 2013, 90) pur ha definito la repubblica “ogni Stato governato dalle leggi”, si rinvia a U. Vincenti, *Cos’è una Repubblica. Tra repubbliche perfette e imperfette*, Intra, 2022, 92 ss.

20. Così da ritenere che “attraverso una graduale produzione normativa si è portato, dunque, l’interesse fiscale, fino al punto di qualificare quest’ultimo come interesse composito nel quale confluisce anche quello del contribuente alla coamministrazione, alla cooperazione e partecipazione, all’attività amministrativa, alla semplificazione, all’efficienza, alla sufficiente motivazione degli atti, al contraddittorio amministrativo e così via”, in F. Gallo, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, il Mulino, 2007, 34.

21. “Riconsiderati criticamente i fondamenti del rapporto fra il cittadino e il Fisco nell’attuale società ‘occidentale’ – segnata più che in passato dai processi della globalizzazione e dalla percezione di crescenti insicurezze ed emarginazioni – (...), esaminato il grado di concreta, effettiva equità esprimibile dai vari sistemi fiscali – avanzando l’idea che il sistema fiscale italiano più che di una riforma abbisogna forse di una rivoluzione (...)”, si è riconosciuta la necessità di perseguire “il duplice intento di vagliare il ‘tasso di democraticità dell’attuale procedimento di formazione delle norme tributarie’ e, per quanto concerne la codificazione, di fornire ‘i primi punti di riflessione’”: V. Tombolato, P. Marino, F. Loreto, *Presentazione. La produzione di norme tributarie tra elusione dei principi costituzionali e tentativi di codificazione*, Atti della quarta sessione del Seminario permanente di Etica e Democrazia fiscale, in *Il Fisco*, n. 10/2013, 5159. Sul tema, per una ricostruzione storico-istituzionale, si rinvia a M. Bertolissi, “*Rivolta fiscale*” *Federalismo Riforme costituzionali. Promemoria per un’Italia che cambia*, CEDAM, 1997.

22. Di significativo interesse interdisciplinare è il progetto di ricerca coordinato dal prof. Paolo Passaglia sul tema della certezza del diritto in prospettiva comparata, di prossima pubblicazione sulla rivista Dpce.

23. M. Kenny, B. Maddox, *A Framework for Reviewing the UK Constitution*, febbraio 2022, (i.e. Report 2022) testo disponibile al sito: [www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/framework-reviewing-uk-constitution.pdf](http://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/framework-reviewing-uk-constitution.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023], 4. Sul tema, in particolare, V. Frosini, *Una Costituzione scritta per la Gran Bretagna*, in *La Costituzione Britannica. The British Constitution*, a cura e con prefazione di A. Torre, L. Volpe, vol. I, Giappichelli, 2005, 691-710.

24. “*This is the case*” – precisa, dando conto della complessità del panorama istituzionale che il giudice deve essere in grado di affrontare per “*bridge the gap*” – “*for gaps created by technological changes (...); it is the case for gaps created by social changes, such as attitudes towards religion, the institution of marriage, social rights, and other changes related to the ways in which people relate to their surroundings. (...) Changes in the view of constitutional democracy (...) will become internalized*”. E

mato ad occuparsi delle risorse – può fare la differenza. Anche negli ordinamenti continentali<sup>25</sup>.

“Tra le varie forme in cui può storicamente affermarsi la tirannide”, si è infatti ricordato, “c’è la tirannide della legge”<sup>26</sup>. Nonostante i tentativi dei legislativi contemporanei di rivisitazione del rapporto fisco-contribuente attraverso l’approvazione di Carte dei diritti del contribuente<sup>27</sup>, decisive – nella prospettiva qui assunta – sono divenute le preoccupazioni circa gli strumenti in possesso dei giudici contemporanei per rendere quelle Carte davvero effettive. In altre parole, per “avvicinare il più possibile il diritto alla giustizia”<sup>28</sup>.

Tale problematica incide, evidentemente, su un piano generale, sulla stessa “teorica dell’ordinamento”<sup>29</sup> fino a riproporre il tema della superiorità del diritto rispetto alla legge<sup>30</sup>. Su un piano particolare, in ogni caso, mette in luce un dato di

*ciò significa, per il tema in esame in questo scritto, che “The man in the street will understand, better than he does today, that democracy is not just majority rule but also the rules of values, including human rights”*: A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, 311.

25. Sulla “sempre maggiore osmosi fra i due universi di *civil law* e di *common law*, prima separati da fossati ritenuti incolumabili” (anche in G.F. Ferrari, “*Civil law*” e “*common law*”: aspetti pubblicistici, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II tomo, Laterza, 2014, specialmento 792), da cui “ne consegue una decisa valorizzazione del giudice, protagonista indiscusso dello sviluppo del diritto nella civiltà anglo-sassone, e ne esce confermata la tendenza che, già negli anni Sessanta era – presso di noi – embrionalmente presente in quei civilisti – primo, Stefano Rodotà – che puntavano sulle ‘clausole generali’ per creare” – e qui sta il punto – “aperture nelle muraglie chiuse della codificazione e irrobustire la incisività del giudice”, si rinvia a P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, cit., 84.

26. “È la legge intrinsecamente ingiusta, perché usa due pesi e due misure. Perché è debole con il potere, forte con il debole. Con chi non può reagire e comunque lo deve fare alle condizioni dettate da chi usa il potere. Perché, in questa vicenda, di cui si è già parlato più volte e che potrebbe riguardare chiunque, c’è tutto il disvalore che un sedicente ordinamento democratico può raccogliere attraverso una sequenza interminabile di ingiustizie (...). È così nel nostro Paese, da sempre: per distinzioni di soggettività (...). Non a caso, i manuali di diritto tributario insegnano che il tributo porta con sé l’idea di sudditanza e non, invece, quella di cittadinanza e di sovranità, cara a Piero Gobetti. Eppure, si parla di riforme, di mutamenti epocali. Si declamano principi, destinati a rimanere sulla carta, come quelli contenuti nella legge 27 luglio 2000, n. 212, dedicata allo Statuto dei diritti del contribuente”: M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, 2012, 101-102.

27. Sulle *Taxpayer Charters* e sul loro ruolo a livello internazionale, si rinvia al capitolo intitolato “Le *Taxpayers’ Charters* nel dibattito internazionale tra legislatori, *Tax Authorities* e giudici”, in G. Tieghi, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo. Il contribuente partner*, Jovene, 2012, 263-354.

28. P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, il Mulino, 2018, 89.

29. “(...) il diritto non è un comando, non esprime il potere di una autorità suprema; è, invece, sempre *ordinamento*, collegato strettamente alla vita così come la comunità la ordisce a sua misura”: P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia*, cit., 51-52.

30. B. Leoni, *La libertà e la legge*, LiberiLibri AMA srl, 2000, specialmente 170-171.

fatto ineccepibile: ossia che “l’oggi è un difficile banco di prova per il giudice, per ogni giudice”. Anche per quello tributario.

“Occorre, infatti”, come sottolineava l’allora Presidente emerito della Corte costituzionale italiana, “(...) un bagaglio più complesso, e si impone per lui” – *i.e.* per il giudice – “il possesso di una cultura indubbiamente complessa e diversificata, tale da irrobustire la sua consapevolezza. Egli è, infatti chiamato”, si è precisato ulteriormente con una saggezza che ben si presta ad essere motivo di ispirazione anche per affrontare il delicato tema della giurisdizione delle risorse e, nello specifico, della fiscalità contemporanea, “ad aprire finestre del proprio laboratorio tecnico e ad osservare il magma socio-economico. Occorrono,” in definitiva, “molte frecce al suo arco”<sup>31</sup>.

Ed è proprio sull’individuazione di alcune possibili “frecce” che ci si intende soffermare. La prospettiva di analisi che si propone, in definitiva, è quella del ripensamento del ruolo del giudice tributario attraverso la ridefinizione di un suo “*new judicial attitude*”. Si precisa che in questo complesso e ampio processo di revisione del ruolo di giudice, la terzietà e l’imparzialità non potranno che essere i presupposti indefettibili – non, invece, gli obiettivi da raggiungere – affinché egli possa davvero utilizzare quel “*method of legal reasoning that transcend formalism or positivism to ensure rights are indeed enjoyed*”<sup>32</sup>. Così da essere perfettamente in linea con le nuove tendenze e i più recenti obiettivi dell’*International Association of Tax Judges* (IATJ)<sup>33</sup>.

In particolare, tale prospettiva può assumere contenuti di un certo rilievo se ci si confronta con le tendenze contemporanee che, in ambito fiscale internazionale promuovono una più aggiornata tutela giurisdizionale effettiva attraverso il riconoscimento e, contestualmente, l’utilizzo operativo di alcuni paradigmi e strumenti comuni. E ciò, ben oltre la prospettiva di tutela dell’interesse fiscale sia internazionale, che del singolo Stato. La dinamica è stata innescata, innanzitutto, a partire dal lungo e difficile percorso di inclusione del contribuente tra gli attori non statali<sup>34</sup>.

Nello specifico, tale tendenza ha portato, da un lato al riconoscimento dei diritti del contribuente quali parte integrante di una *global Agenda* (OECD)<sup>35</sup>.

31. P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia*, cit., 91.

32. E. Kibet, C. Fombad, *Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa*, cit., 350.

33. In *iatj.net/* [consultato il 7 ottobre 2023].

34. Il cui esito più recente coincide con la c.d. Fase I del Progetto di costruzione di una nuova dogmatica del diritto tributario nel contesto internazionale la quale mira, in via prioritaria, a verificare la legittimità delle scelte legislative nei limiti esterni alla sovranità tributaria nazionale (P. Pistone, *I limiti esterni alla sovranità tributaria statale nell’era del diritto globale*, in *Per un nuovo ordinamento tributario*, cit., 655 ss.). Sul tema: J. Kokott, P. Pistone, *Taxpayers in International Law. International Minimum Standards for the Protection of Taxpayers’ Rights*, Bloomsbury Publishing, 2022.

35. Centre for Tax Policy and Administration, *Taxpayers’ Rights and Obligations – Practice Note*, prepared by the OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, testo di-

Dall'altro, alla definizione di *global minimum standards* individuati – e monitorati – per la realizzazione di una effettiva tutela dei diritti del contribuente, attraverso la creazione di uno specifico Osservatorio per la protezione dei diritti del contribuente (OPTR, di cui al par. 5).

### 3. L'indagine storico-comparatistica sui diritti del contribuente (i *Taxpayer's Rights* – TR): il giudice e i TR come diritti umani

Gli studi in ambito internazionale sui diritti del contribuente, e i tentativi di delineare una dogmatica<sup>36</sup> per una moderna visione<sup>37</sup> della tutela giuridica effettiva<sup>38</sup> di quelli, hanno portato a supportare la linea della necessaria verificabilità delle giustificazioni – a priori – della compressione di questi ultimi, a favore dell'interesse fiscale. Tale impostazione, invero, prende le mosse storicamente dalla rinvenuta necessità non solo di individuazione di specifici *Taxpayer's Rights* (TR) ma, soprattutto, di delineare una “*theory of taxpayers' rights as a separate component of general rights theory*”<sup>39</sup>. Il tutto, sulla scia del primo avanguardistico seminario tenuto dall'Associazione fiscale internazionale nel 1987, che, anche attraverso un titolo di inedita formulazione, correlava ambiti tradizionalmente appartenenti a due settori giuridici a sé stanti: *Taxation and Human Rights*. Da ultimo, grazie all'operato di intermediari istituzionali, quali i Garanti del contribuente, che un ruolo decisivo hanno assunto in diversi ordinamenti<sup>40</sup>.

sponibile in [www.oecd.org/tax/administration/Taxpayers'\\_Rights\\_and\\_Obligations-Practice\\_Note.pdf](http://www.oecd.org/tax/administration/Taxpayers'_Rights_and_Obligations-Practice_Note.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023].

36. Tra i primi studi sul tema in prospettiva comparata, in particolare: D. Bentley, *Taxpayers' rights. An International Perspective*, in *The Revenue Law Journal, School of Law*, Bond University, 1998; Id., *Taxpayers' Rights: Theory, Origin and Implementation*, Kluwer Law International BV, 2007.

37. A cui hanno contribuito, oltre a numerose associazioni internazionali, la serie di *International Conferences on Taxpayer Rights*, indette, a partire dal 2015, dall'allora *National Taxpayer Advocate* statunitense N. Olson – oggi Executive Director del *Center for Taxpayer Rights* ([taxpayer-rights.org/](http://taxpayer-rights.org/) [consultato il 7 ottobre 2023]), per discutere a livello globale, e con competenze trasversali, dei TR (per un'elencazione dei diversi appuntamenti annuali e le relative tematiche affrontate si rinvia al sito: [taxpayer-rights.org/international-conference/](http://taxpayer-rights.org/international-conference/) [consultato il 7 ottobre 2023]).

38. T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1/2016; D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, 2017.

39. D. Bentley, *Taxpayers' rights. An International Perspective*, cit., 394.

40. Tra questi, in particolare, quello statunitense: G. Tieghi, *Taxpayer and Human Rights: The Taxpayer Advocate and the Challenge of Contemporary Democracies Towards New Constitutional Forms*, in *Dir. pubb. comp.eur.*, n. 4/2014.

In questo contesto, la disamina della figura del giudice tributario ha, da subito, assunto un ruolo decisivo anche in prospettiva comparata<sup>41</sup>. Ciò rileva, in specie, sotto il profilo della sua indipendenza<sup>42</sup> – dunque, a partire dalla sua natura<sup>43</sup> –, ma anche della sua responsabilità<sup>44</sup> a saper rinvenire, nei casi sottoposti al suo sindacato, l'ormai indiscussa “*relationship between Human Rights (HR) and Taxation*”<sup>45</sup>. Nello specifico, l'inclusione dei diritti del contribuente tra i diritti umani<sup>46</sup> si ritiene abbia posto le basi per dare avvio a un processo di stampo internazionale finalizzato alla creazione di un modello<sup>47</sup> attraverso il quale, si anticipa, si possono intravedere stimoli in una molteplicità di direzioni: per sviluppare nuovi strumenti di cui il giudice possa servirsi per dare effettiva applicazione alle Carte dei contribuenti; per delineare un diverso modo di relazionarsi tra i tre poteri; per promuovere la fiducia nelle istituzioni; per dar conto della loro indipendenza quale collante dell'ordinamento democratico e del suo essere attore decisivo di una rete globale, al passo con i tempi.

41. E, non a caso, è stato il tema della *8th International Conference on Taxpayer Rights: “Access to Justice: Judicial review & Alternative Dispute Resolution”* (24-26 May, 2023).

42. Innanzitutto, rispetto all'amministrazione finanziaria. Per un'analisi comparata di ampio raggio istituzionale si rinvia a G. Tridimas, *Judges and Taxes: Judicial Review, Judicial Independence and the Size of Government*, in *Constitutional Political Economy*, 2005.

43. Con riferimento alle *Tax Courts* americane, il dibattito interno sul tema (cc.dd. *Constitutional Courts* o cc.dd. *Legislative Courts* ?), anche alla luce di alcune decisioni della Corte Suprema (a partire dal caso *American Ins. Co. v. 356 Bales of Cotton Canter*, 26 U.S., 511, 1828 e, in questo secolo, con la sentenza *Freytag v. Commissioner*, 501 U.S., 868, 1991) e della *D.C. Circuit Court of Appeals* (*Kuretsky v. Commissioner*, 755 F.3d, 929, D.C. Cir., 2014), è stato spunto per ampliare la riflessione anche in altri ordinamenti: in particolare, si veda S.P. Williams, *Kuretski v. Commissioner: The Tax Court's Identity Crisis*, in *The Tax Lawyer*, vol. 70, n. 3/2017 e a B.J. Hellwig, *The Constitutional Nature of the United States Tax Court*, (*Battat v. Commissioner*, 148 Tax Court, 2, 45, 2017), in *Va. Tax Rev.*, 35, 269, 2016. Per l'ordinamento italiano, si rinvia agli orientamenti sul tema da parte della Corte costituzionale italiana negli anni sessanta-settanta (dalla sentenza n. 12 del 1957, alla n. 278 del 1974).

44. “È dalla responsabilità che nasce il potere: il potere-sovrano del contribuente onesto, cui lo spot pubblicitario e un libro di avventure, pensato e scritto per gli adolescenti di sempre, consegnano, oggettivamente, lo scettro del comando. Di un comando ideale, se si vuole, destinato, tuttavia, a trasformarsi in limite effettivo del potere politico-istituzionale, perché è noto che il potere spetta a chi paga: *quod omnibus spectat, ab omnibus tractari debeat*”: M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, cit., 23.

45. IBFD Report, April 2018, in [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) [consultato il 7 ottobre 2023], 11, testo disponibile al sito: [www.ibfd.org/sites/default/files/2022-05/2018%20OPTR%20General%20Report%20%28Final%29.pdf](http://www.ibfd.org/sites/default/files/2022-05/2018%20OPTR%20General%20Report%20%28Final%29.pdf). Correlazione definite, tra l'altro, come “*undeniable*”.

46. Tema recentemente ripreso a livello internazionale in occasione della *6th International Conference on Taxpayer Rights* dal titolo “*Taxpayer Rights, Human Rights: Issues for Developing Countries*” (Pretoria, South Africa, 5-8 October 2021).

47. G. Tieghi, *A Human Rights-based Model Enhancing Comparative Law Methodology in the Tax Field*, in *DPTI*, vol. XV, n. 2/2018.

È evidente, in ogni caso, che vanno rivisti i parametri di valutazione, persino il registro linguistico<sup>48</sup>. Ma, soprattutto, va mutato l'approccio culturale<sup>49</sup>. Il che significa, nel merito, l'implementazione di un processo di rilevazione delle *performance* delle amministrazioni finanziarie e dei giudici, nei loro rapporti col contribuente, attraverso un modello condiviso di monitoraggio e ponderazione della protezione dei diritti umani finalizzato a misurare la *TR effectiveness*. Modello che ponga le proprie basi sul presupposto che il contribuente sia “*a person entitled to a timely and effective protection of these rights in (his) dealings with tax authorities*”<sup>50</sup>.

Un modello, in definitiva, tradizionalmente utilizzato per verificare il grado di protezione dei diritti umani, da utilizzarsi, attraverso il metodo di studio del diritto pubblico comparato, nel settore della fiscalità, per la protezione dei diritti del contribuente. Così da assicurarsi che la tutela – in specie giurisdizionale – avvenga *timely, effectively* e, soprattutto, all'interno di una cornice inter-istituzionale più ampia rispetto a quella domestica. Come ci insegnano le parole dell'allora Justice L'Heureux-Dubé della Corte Suprema canadese, infatti, “*(i) f we continue to learn from each other, we as judges, lawyers and scholars will contribute in the best possible way not only to the advancement of human rights but the pursuit of justice itself, wherever we are*”<sup>51</sup>.

#### **4. I principi di diritto pubblico internazionale di tutela del contribuente tra tradizione costituzionale europea e prospettive di innovazione: il *Transformative Constitutionalism* (TC) alla prova dei fatti**

Giudici, avvocati, accademici. “*Wherever we are*”. Da queste indicazioni del giudice canadese di una ventina di anni fa, a quelle più recenti dell'Osservatorio (OPTR), il quale non ha mancato di evidenziare che “*(...) there is a new perspective that allows the identification of a bundle of tax legal institutions that are influenced by the HR concept*”. Questa è la nuova comunità fiscale “influenzata

48. Tema, quello del rapporto tra *Linguistics and Fiscal Policy*, affrontato con gli studenti dell'a.a. 2021/22 dell'Università di Padova, all'interno del corso di *ELP-Global English for Legal Studies* (Ciclo di seminari ed. 2022 *Law Students Facing the Future: Rights, Law Linguistics*, con gli interventi del prof. Pasquale Pistone il 20 aprile 2022 – e della *Executive Director* del Centro per i diritti del contribuente di *WDC Nina Olson*, l'11 maggio 2022).

49. Che, in sintesi, riguarda l'impegno, dello Stato concepito in senso lato, a non “esaurire la dimensione giuridica all'interno dei confini della propria volontà condizionando e rattrapendo lo spontaneo ordinamento del corpo sociale”: P. Grossi, *L'invenzione del Diritto*, cit., xx-xxi.

50. P. Pistone, P. Baker, *General Report*, in *The Practical Protection of Taxpayers' Fundamental Rights*, IBFD, 2015, 21.

51. C. L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization, The Rehnquist Court, and Human Rights*, in *The Rehnquist Court: A Retrospective*, Oxford University Press, 2002, 242.

dai diritti umani”: vanta la presenza anche di *Ombudspersons/Taxpayer Advocates* quali autentici intermediari istituzionali proprio tra contribuente e amministrazione finanziaria, in veste preventiva e deflattiva del contenzioso tributario. Nuova comunità fiscale chiamata ad operare ben oltre il tradizionale impianto giuridico che fa capo alle fonti del diritto tributarie di ogni singolo Stato o, non ultime, a quelle tradizionali del diritto internazionale. Il che significa che la comunità di esperti del settore – i giudici *in primis* – deve fare riferimento, innanzitutto, a un “*constitutional catalogue*”<sup>52</sup>, cui si aggiungono le fonti del diritto internazionale tributario tra cui, in specie, i suoi principi fondamentali e, non ultima, la c.d. *soft law*. Su questi ultimi due si ritiene valga la pena di soffermarsi, per il loro sempre crescente ruolo, quale “freccia” a disposizione del giudice contemporaneo. E tale importanza è riconosciuta, nonostante la scarsa attenzione nella maggior parte della letteratura, dalla stessa giurisprudenza europea sul punto.

L’indicazione assume significato se, come già anticipato, collocata nel percorso in atto verso il pragmatico riconoscimento, nell’ambito del diritto pubblico internazionale, dei nuovi attori – ossia i soggetti diversi dagli Stati (*i.e.*, i contribuenti)<sup>53</sup> – e dei loro diritti<sup>54</sup>.

Alla luce della tradizione europea e delle sempre più numerose questioni in materia fiscale di cui si stanno occupando sia la Corte Europea dei diritti umani, sia la Corte di Giustizia dell’Unione Europea<sup>55</sup>, la classificazione dei diritti umani in ambito tributario<sup>56</sup> in “procedural rights”<sup>57</sup> e di “substantive rights”<sup>58</sup> è divenu-

52. Ossia, “i) *fundamental general rules also applicable to taxes, known as ‘constitutional tax principles’*; and ii) *tax rules, which must be enshrined in the Constitution, since they are essential to the modern concept of tax in the democratic rule of law, qualified by scholars as ‘constitutionalized tax principles’*: *Observatory on the Protection of Taxpayers’ Rights* (OPTR), 2015-2017 *General Report on the Protection of Taxpayers’ Rights*, 26 April 2018, in [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org), 47 [consultato il 7 ottobre 2023].

53. L.B. Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States*, in *Am. U.L.Rev.*, vol. 100B, 2015.

54. Processo a cui sta considerevolmente contribuendo, documentando lo sviluppo sul piano globale dei TR, proprio l’Osservatorio per la protezione dei diritti del contribuente (OPTR – *Observatory on the Protection of Taxpayers’ Rights*, IBFD, testo disponibile al sito: [www.ibfd.org/Academic/Observatory-Protection-Taxpayers-Rights](http://www.ibfd.org/Academic/Observatory-Protection-Taxpayers-Rights) [consultato il 7 ottobre 2023]).

55. P. Pistone, *The EU Charter and Fundamental Rights, General Principles of EU Law and Taxation*, in B. Terra, P. Wattel (eds.), *European Tax Law*, Kluwer, 2018.

56. J. Kokott, P. Pistone, R. Miller, *Diritto internazionale pubblico e diritto tributario: i diritti del contribuente*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2020, 471 ss.

57. Tra i quali, in particolare: *Access to documents; Right to be Heard; Right to Judicial Protection; Rights in Cross-Border Situations e Alternative Dispute Resolution* (con particolare riferimento al ruolo degli *Ombudspersons*).

58. Ossia: *The Principle of Equality; Right to Data Protection; Rights of Intermediaries e Property Rights*.



ta il perimetro entro il quale i giudici tributari sono chiamati ad operare: ciò, per contribuire operativamente a realizzare il diritto alla tutela giurisdizionale quale espressione dello Stato di diritto e, soprattutto, quale garanzia di attuazione dei generali principi di buona fede, certezza del diritto, chiarezza e trasparenza delle disposizioni, legittima aspettativa, leale collaborazione. Molti di questi, pur esplicitamente inseriti nello Statuto dei diritti del contribuente italiano<sup>59</sup>, tra i pochi al mondo a poterne vantare la previsione espressa e considerato modello anche di tecnica legislativa sul piano internazionale, hanno scontato comunque una disattesa applicazione<sup>60</sup>. In molti casi, una vera e propria violazione da parte del legislatore stesso e un non adeguato riconoscimento sul piano della giustizia costituzionale italiana<sup>61</sup>.

Sul piano internazionale, invece, tali principi, oltre che stabiliti nell'ordinamento giuridico internazionale, sono stati sempre più invocati e applicati dai tribunali internazionali<sup>62</sup>: ma ciò che pare oramai condiviso è l'imprescindibilità di una loro applicazione anche al contesto tributario quali criteri guida dello stesso giudizio.

Si tratterebbe semplicemente di tradurre, mettendole in atto, le istanze del c.d. *Transformative constitutionalism* quale *post-liberal combination* tra *transformation* e *constitutionalism*<sup>63</sup>: nel panorama mondiale, questa concezione del costituzionalismo dà, infatti, voce empirica alle istanze di tutela giurisdizionale sostanziale delle democrazie contemporanee. Di questo “*permanent ideal concerning openness to other, a commitment to inclusive, democratic dialogue, and a sharing of responsibility of transformation between all three branches of government (...)* in

59. Legge 27 luglio 2000, n. 212, *Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente*. Art. 1, *Principi generali*. “1. Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli artt. 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali”.

60. Relazione sul tema “*Taxpayers Rights: a Constitutional Perspective. The Italian TBOR 15 years on 'at the top of the world'. But what about effectiveness?*”, G. Tieghi, *Inaugural International Conference on Taxpayer Rights*, 18-19 novembre 2015, *National Archives, Washington DC*, ([taxpayer-rights.org/international-conference/](http://taxpayer-rights.org/international-conference/)), ora in G. Tieghi, *Taxpayer Rights: a Constitutional Perspective*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, 1-39.

61. *Ex multis*: recentemente, S. Padula, *Statuto del contribuente, quel cambio culturale che è mancato dopo la Carta*, 1° agosto 2020, testo disponibile in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com) [consultato il 7 ottobre 2023].

62. ILC, M. Vazquez Bermudez, *Special Rapporteur, First Report on general principles of law*, UN Doc. A/CN.4/732, 5 aprile 2019; M.C. Bassiouni, *A Functional Approach to “General Principles of International Law”*, in *Michigan Journal of International Law*, n. 11/1990, 768 ss.

63. M. Rapatsa, *Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 years of Democracy*, in *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol. 5, n. 27, Dec. 2014, 890. Sul tema, *ex multis*: K. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human Rights*, n. 14/1998, 146-188.

*partnership with a vibrant, independent civil society*<sup>64</sup>, il giudice – in specie quello tributario – è l'elemento caratterizzante. È in capo a lui la responsabilità di operare per quel “*long-term project of constitutional enactment, interpretation and enforcement committed*” non più, oramai, relegato a quegli ordinamenti che sono risultati esponenti, storicamente, di una epocale “transizione costituzionale”<sup>65</sup>.

Si tratta, in definitiva, di porre le premesse per un avanzamento della trasformazione costituzionale attraverso il carattere di “international prominence” che il *transformative constitutionalism* esprime e a cui i principi generali di diritto internazionale fanno capo. È quella prospettiva internazionale, e quei principi, che il giudice è chiamato a realizzare e ad adoperare per riporre – in linea con altri ordinamenti (di qui, la prospettiva globale) – al centro del sistema-ordinamento, non solo fiscale, la persona e i suoi valori.

È un problema di diritto sostanziale. Ma è anche una questione di metodo, per nulla secondaria. Come è stato autorevolmente ricordato, infatti, “(...) il metodo classico per identificare i principi generali è uno studio approfondito di diritto comparato, che coinvolge il maggior numero possibile di sistemi giuridici nazionali”<sup>66</sup>.

## **5. Un case-study globale e uno strumento di soft law nelle mani di giudici (davvero) terzi e imparziali: l'OPTR**

Il “coinvolgimento” che si è menzionato è, operativamente, proprio ciò che caratterizza l'esistenza stessa dell'*IBFD Observatory on the Protection of Taxpayer Rights* (OPTR)<sup>67</sup>. Attraverso la collaborazione di National Reporters<sup>68</sup>, l'OPTR

64. Sono le parole dell'emerito *Chief Justice* della Corte costituzionale sudafricana Pius Langa, che definiscono questo nuovo orientamento (ora in P. Langa, *The Challenges facing Transformative Constitutionalism in South Africa*, Prestige Lecture delivered at Stellenbosch University, 9 ottobre 2006, in *Stellenbosch Law Review*, 17, 351).

65. G. De Vergottini, *Presentazione*, in F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, il Mulino, 2016, 10.

66. J. Kokott, P. Pistone, R. Miller, *Diritto internazionale pubblico e diritto tributario: i diritti del contribuente*, cit., 466.

67. “*The OPTR is a neutral platform for impartial academic research, responsible for the creation and management of a data-base documenting global trends in the protection of taxpayers' rights, based on the level of compliance with the 87 practical benchmarks identified by Baker and Pistone at the 2015 IFA Congress*”: OPTR, testo diponibile al sito ufficiale [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) [consultato il 7 ottobre 2023].

68. “*The OPTR seeks to identify and document global developments and trends in the practical protection of taxpayers' rights from a dynamic perspective, through an annual survey, answered by national teams of experts from more than 40 countries around the world*”: OPTR, sito ufficiale, cit.

agisce in vista della c.d. *global compliance*: nello specifico, “*identifies principles, minimum standards and best practices for the effective protection of taxpayers’ rights. It allows for the permanent monitoring of global compliance with such minimum standards and their amendment and development in different regions of the world*”<sup>69</sup>.

È dunque evidente che, proponendo una prospettiva *taxpayer-centered* – esito non scontato di un lungo e faticoso processo (anche globale) di superamento della prospettiva *State-centered* – le indicazioni/linee guida che ne derivano trovano un significativo e sfidante prontuario di “*general practice accepted as law*”, utile per i giudici tributari di tutto il mondo.

Sul piano operativo, ciò è dimostrato sia dalla facilità di reperimento *online* di tutti i dati, sia dalla cadenzata periodicità degli *Annual OPTR Yearbooks* che garantiscono una “fotografia” sempre aggiornata sullo stato dell’arte<sup>70</sup>. Alla luce di ciò, proprio in vista dell’utilizzo concreto di queste informazioni, è bene sottolineare che l’obiettivo che ci si pone con questo lavoro sul piano internazionale – che parte dalle specifiche di ogni ordinamento che vi partecipa, dunque in prospettiva *glocal*<sup>71</sup> – è proprio “*to generate proposals to contribute with possible solutions to the practical problems faced by the safeguarding of taxpayers’ rights around the world*”<sup>72</sup>.

Sul piano teorico, d’altro canto, l’utilità per i giudici è insita nella *mission* stessa dell’OPTR. Coniugando le verifiche e le ricerche dei singoli ordinamenti che vi partecipano attraverso i propri *National Reporters*<sup>73</sup>, si pone in essere

69. OPTR, sito ufficiale, cit.

70. Per dare un’idea, come ogni anno i *National Reporters* di ogni Paese hanno a disposizione il piano di lavoro (due piattaforme di questionari) a partire da Ottobre dell’anno in corso, in vista dell’invio previsto a metà gennaio dell’anno successivo. In questo modo, il *IBFD Yearbook on Taxpayers’ Rights 2022* è stato presentato a Maggio 2023 in occasione della *8th International Conference on Taxpayers Rights* (ICTR), testo disponibile al sito: [taxpayer-rights.org/international-conference/](http://taxpayer-rights.org/international-conference/) [consultato il 7 ottobre 2023].

71. G. Tieghi, *Città, diritti umani e tutela glocal*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, n. 2/2019.

72. OPTR, sito ufficiale, cit.

73. Nel dettaglio, la prima parte del lavoro riguarda la c.d. *Country Practice*, mentre la seconda i c.d. *Standards of Protection*. Nella prima, i *National Reporters* sono chiamati a fornire informazioni sui miglioramenti operativi nella prospettiva giuridica domestica, con riferimento alle procedure e alle garanzie previste in connessione con i diritti del contribuente in 82 diverse situazioni. Nella seconda, l’obiettivo è documentare sugli sviluppi occorsi nell’anno precedente con riferimento a 57 *minimum standards* e 44 *best practices*, distribuiti in 86 parametri di riferimento. Per quanto riguarda il metodo, se nell’analisi della prima parte la risposta deve essere esclusivamente assertiva (Yes/No), la seconda prevede un “*impartial, non-judgmental summary*” degli “*eventi*” dell’anno precedente (tra cui, in particolare, legislazione adottata, linee guida amministrative e circolari emesse, casi giurisprudenziali e prassi fiscali-amministrative) il cui esito deve coincidere con la rappresentazione definitiva di un giudizio di “*a step towards/a step away*” dalla “*practical implementation of the given minimum standard/best practice*” del proprio ordinamento.

una vera e propria operazione culturale. E ciò, non solo per l'inclusione della *soft law* nel panorama giuridico fiscale e per la consequenziale definizione di nuovi parametri (quali la *fairness* o la *trust*<sup>74</sup> nel rapporto contribuente e fisco) decisi per l'implementazione dei fattori che possono influenzare la *tax compliance*<sup>75</sup> sul piano mondiale. Piuttosto, soprattutto perché, a partire dal 2015<sup>76</sup>, gli esiti dei vari Rapporti annuali mirano principalmente a contribuire al più ampio progetto di “*secure an effective ex ante protection on the basis of the general principles of law common to various legal systems and the specific principles relevant to tax matters*”<sup>77</sup>.

In questo modo, i Rapporti nazionali danno voce a un vero e proprio dialogo, strutturato in due fasi. Un dialogo, con matrice ascendente, che inizia tra diversi interlocutori del medesimo ordinamento e che sfocia in una rete tra diversi ordinamenti. Un contesto in cui il giudice può acquisire un ruolo decisivo, ma a una

74. E, in una prospettiva più ampia, si rinvia al 2022 *OECD Trust Survey Report* che “*presents the main findings of the first OECD cross-national survey of trust in government and public institutions, representing over 50,000 responses across 22 OECD countries*” tra cui si nota l'assenza dell'Italia tra i Paesi partecipanti: OECD, *Building Trust to Reinforce Democracy: Key Findings from the 2021 OECD Survey on drivers of Trust in Public Institutions*, testo disponibile al sito: [www.oecd.org/governance/trust-in-government/](http://www.oecd.org/governance/trust-in-government/) [consultato il 7 ottobre 2023].

75. Di particolare interesse sono gli studi sperimentali che sono giunti ad individuare i parametri di misurazione della *tax compliance*, proprio nella prospettiva delle implicazioni costituzionali (sul tema, G. Tieghi, *Fiscalità, compliance e Stato costituzionale*, in *Federalismo fiscale*, n. 1-2/2013). Sulla scorta di tali studi, chi decide non può non tener conto che tra le “*three dimensions that are known to influence tax compliance and the tax assessment process*”, ossia *procedural fairness*, *interpersonal fairness* e *informational fairness*, si è rilevato che “*rights classified as interpersonal or informational fairness were significantly underweight relative to procedural fairness*”. Al contrario, è stato empiricamente dimostrato che sono proprio questi diritti – posti a salvaguardia della tutela sostanziale dell'individuo o della persona giuridica – i più importanti e decisivi aspetti della c.d. *service relationship* tra fisco e contribuente. Alcuni studi, in particolare, partendo dal caso canadese, suggeriscono proprio di “*give greater consideration to interpersonal fairness and informational fairness when constructing*” – ma qui si aggiunge, anche in sede di interpretazione – “*taxpayer charters, and in particular, identify other aspects of interpersonal fairness that could be incorporated into taxpayer charters*” (J. Farrar, *An Empirical Analysis of Taxpayers' Fairness Preferences from Canada's Taxpayer Bill of Rights*, in *Journal of Accounting and Taxation*, vol. 7(5), May 2015, 78) non solo da parte del legislatore ma, soprattutto, nell'attività interpretativa del giudice che, quelle Carte, ha il compito di rendere effettive.

76. Data della (prima) *Inaugural International Conference on Taxpayer Rights*, del primo anno in cui l'*International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) Observatory on the Protection of Taxpayers Rights* ha cominciato a documentare lo sviluppo dei TR nel mondo sulla base di *standards* minimi di protezione giuridica sviluppati dogmaticamente nell'ambito dell'IFA (P. Baker, P. Pistone, *The Practical Protection of Taxpayers' Rights*, in *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100B, 2015).

77. J. Kokott, P. Pistone, R. Miller, *Public International Law and Tax Law: Taxpayers' Rights*, in *Georgetown Journal of International Law*, vol. 52:2, 2021, 381 ss.

condizione: che il dialogo sia inteso quale “sinonimo di ‘confronto creativo’, che ‘tiene sempre aperte le vie della collaborazione’; di ‘confronto’ finalizzato ‘a una conclusione, a una decisione operativa’”<sup>78</sup>.

Se così sarà, i giudici di ogni Paese possono già avere a disposizione importanti e aggiornati strumenti, o – che dir si voglia – nuove “freccie al loro arco”: “porsi in questa prospettiva” di dialogo, si è sottolineato, “significa accettare, implicitamente ma chiaramente, l’idea che le istituzioni sono il campo nel quale sorgono, si sviluppano e si contrappongono relazioni umane, che via via costruiscono e definiscono rapporti permeati di valori”<sup>79</sup>. Tale approccio è decisivo non solo nella prospettiva giuridica di *soft law* ma – e ciò non è per nulla secondario – anche per il processo in atto di definizione giuridico-linguistica<sup>80</sup> di una *global language* (i.e. il *global English*)<sup>81</sup> in materia di diritti del contribuente.

## 6. Potenzialità per nuovi scenari di giustizia fiscale contemporanea

Se, anche alla luce di quanto suesposto in termini di prassi e di iniziative<sup>82</sup> di stampo internazionale, risulta comprovato che il diritto pubblico comparato nasce e si sviluppa “come disciplina protesa alla ricerca della libertà” nel senso che “può servire per progredire, per innovare, per tutelare di più e meglio i diritti di libertà dell’individuo”<sup>83</sup>; che, inoltre, il “*comparative law is a good source of expanded horizons and cross-fertilization of ideas across legal systems*”<sup>84</sup>, ne deriva

78. M. Bertolissi, *Pensare le istituzioni come il bene comune*, in D. Pesole (a cura di), C.A. Ciampi, *Dizionario della Politica*, Il Gazzettino del Nordest, 8.

79. Id., cit., 8.

80. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., e, in particolare, con riferimento a “*Formulating the Judgment and realizing the Judicial Role. The Judgment Is the Voice of the Judge*”, cap. 11 (205 ss.).

81. Il tema è di specifico interesse nella prospettiva comparata (G. Tieghi, *Cities, Law and Language. Going beyond Through Educational Networks*, in *DPCE Online*, n. 3/2021, specialmente 2963 ss.: par. *Practices of CLIL: Global Education and Intercultural Language*). Ci si limita, qui, per ora, a rinviare al seminario dedicato all’“*OPTR as a Law-Linguistics case*” all’interno del Corso di ELP 2021-22 (si veda la nota 48).

82. “Questo pluralizzarsi di ordinamenti, questo riconoscere che il diritto nasce negli strati profondi della società, pluralizza le sue fonti e anche le de-tipizza, ed è vistosa la loro *impurità*, ovvia conseguenza della loro fattualità. La Repubblica, dal punto di vista giuridico, si connota dunque come una realtà squisitamente policentrica. Accanto al legislatore, la prassi con i suoi *usi* pretende una propria presenza, mentre il ceto giurisprudenziale (sapienziale e giudiziale) riacquista una voce determinante, disegnando quei *principii* che maggiormente si prestano a ordinare il movimento/mutamento del nostro tempo giuridico”: P. Grossi, *Oltre la legalità*, Laterza, 2020, 26.

83. T.E. Frosini, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, cit., 15 e 19.

84. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., 200.

un – pur lapalissiano, ma decisivo – imperativo: mettere in campo, sul piano istituzionale globale, le indiscusse potenzialità che il giudice tributario può far fruttare per delineare nuovi scenari “*citizen-centric*”<sup>85</sup> di giustizia fiscale, anche nel nostro ordinamento.

E ciò può realizzarsi a una precisa condizione. Ossia, se sarà in grado di procedere valorizzando una specifica prospettiva di matrice comparatistica: incentrata, da un lato, sullo sviluppo, da parte del giudice, di un coordinamento con gli altri rami del potere<sup>86</sup>, oltre che sulla sua capacità di sviluppare nuovi “*judicial means*”; dall’altro, sul riconoscimento effettivo del ruolo e del valore – costituzionale, ma anche internazionale – del contribuente quale *persona* e quale centro di imputazione di diritti e doveri. Il fine? Realizzare, concretamente, la dimensione ordinamentale del principio di tutela giurisdizionale in campo economico-finanziario.

Nello specifico, per dare seguito agli studi sperimentali suesposti, egli dovrebbe dimostrarsi in grado di impersonare proprio la “*mission to bridge the gap between law and society and to protect the constitution and the democracy*”<sup>87</sup>. In ambito fiscale, ciò significa farsi portavoce di alcune precise direttrici:

1. operare nella consapevolezza che il “*comparative law can help judges determine the objective purpose of a constitution*”<sup>88</sup> in una logica conciliativa e cooperativa dei diversi interessi, dunque anche attraverso lo sviluppo di “*new tools*” atti a declinare in modo sempre più risolutivo l’“*interpretative theory*”<sup>89</sup> e, soprattutto, la “*theory of balancing (...) the weight of competing values*”<sup>90</sup> nella prospettiva comparata;

85. Global Government Security Network, PwC, *The New Global Imperative to Modernise Justice Systems*, testo disponibile al sito: [www.pwc.com/gx/en/industries/government-public-services/public-sector-research-centre/global-imperative-modernise-justice-systems.html](http://www.pwc.com/gx/en/industries/government-public-services/public-sector-research-centre/global-imperative-modernise-justice-systems.html) [consultato il 7 ottobre 2023].

86. R.A. Katzmann, *Judges and Legislators: Toward Institutional Comity*, Brookings Institution, 1988.

87. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., 314.

88. Ivi, 200.

89. Sul metodo comparativo “quale *quinto metodo* di interpretazione”: “In tal modo”, si è precisato, “tramite la presa in considerazione di diverse esperienze culturali, si dilatano le opzioni argomentative a disposizione del giudice”: G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Wolters Kluwers, 2019, 66. Nella stessa prospettiva, e a favore di “un’argomentazione il più trasparente possibile” grazie all’utilizzo della comparazione “come strumento sempre più imprescindibile dell’agire giuridico”, si rinvia a P. Passaglia, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *DPCE*, n. 2/2022, 234.

90. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., 312.

2. far propria la concezione della “giudizialità del diritto”<sup>91</sup>, la quale implica una concezione del contribuente – secondo una visione ordinamentale<sup>92</sup> del diritto – quale “azionista dello Stato”<sup>93</sup> e un utilizzo delle fonti di *soft law* quale espressione sia di un avanguardistico triangolo virtuoso (diritti – diritto tributario – logica compositiva-cooperativa, *i.e.* di *tax cooperative compliance*), sia di un oculato utilizzo di meccanismi di ADR;
3. far valere i diritti del contribuente quali espressione di diritti fondamentali, dunque da concepirsi nella prospettiva costituzionale<sup>94</sup>: in definitiva, nell’alveo di situazioni giuridiche soggettive da collocarsi nell’ambito – già riconosciuto sul piano internazionale – dei diritti umani.

È lo stesso OPTR che, includendo la comparazione in ambito fiscale, ha confermato che “comparare non significa unificare. Consiste, piuttosto” – e ciò ha delle implicazioni dirette sul tema oggetto di questo scritto – “nel ragionare per problemi alla luce di esperienze diverse”<sup>95</sup>. Risolvere problemi, affrontare casi. In altre parole, guardare alla realtà e rendersi disponibile a coglierne gli stimoli.

Nel “*bridge the gap*”, il giudice, in definitiva, basterebbe tenesse a mente alcuni essenziali insegnamenti. Tra questi, uno in particolare, che si ricava da una *opinion* del giudice Barack. Ancorché in materia diversa da quella fiscale, il *legal reasoning* che ne emerge si presta perfettamente a dimostrare la convinzione che quello del giudice è *A Role That is a Mission*. Una missione decisiva per la contemporaneità: “*Deciding these applications has been difficult for us. True, from the legal perspective, the road before us is smooth. We are, however, part of the (...) society. We know its*

91. “(...) ossia la condizione di giudici che, rendendo giustizia, non possono non indossare la veste di interpreti e di *inventori*”: P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, cit., p. xxi.

92. F. Moschetti, *Il “principio democratico” sotteso alla Statuto dei diritti del contribuente e la sua forza espansiva*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 7/8, 2011.

93. “Per essere chiari, la società politicamente organizzata non è molto diversa da una società per azioni. È azionista chi ha acquistato un’azione. Chi ha dato qualcosa. È l’azionista che vota, perché sarebbe folle che votasse chi nulla ha dato ed è estraneo alla società. L’evasore – parziale o totale: si tratterà di distinguere e graduare, non v’è dubbio – non è azionista della Repubblica, perché ha deciso di non ‘concorrere alle spese pubbliche’. Perché dovrebbe, da estraneo, ‘concorrere (...) a determinare la politica nazionale’ (mi esprimo con il lessico dell’art. 49 della Costituzione) e locale, se non ha ‘pagato’ il dovuto? Che titolo ha per dire la sua, per votare in assemblea se non è azionista? Conclusione. Chi non paga il tributo dovrebbe perdere l’elettorato attivo e passivo. Punto e basta”: M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, cit., 98.

94. G. Tieghi, *Taxpayers Rights: a Constitutional Perspective*, cit.

95. M. Bertolissi, *Prefazione*, in G. Tieghi, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo. Il contribuente partner*, cit., p. xv. E, ancora: la comparazione “(...) insomma, aiuta a progredire, ad abbandonare la fissità che comporta una pietrificazione dell’esistente”: M. Bertolissi, *La Laudato sì come fatto normativo*, in Id. (a cura di), *Giornata di studi in ricordo di Livio Paladin, Riforme. Opinioni a confronto*, Jovene, 2015, 50, nota 6.

*problems and we live its history. We are not in an ivory tower. We live the life of this country. (...) The fear that our ruling will prevent us from properly dealing with (...) troubles us". "But", e questo è lo snodo cruciale, "we are judges. We demand that others act according to the law. This is also the demand that we make ourselves. When we sit at trial, we stand on trial. In deciding the law" – e ciò, vale, per ciò che si è detto finora sull'impellenza di un "new judicial attitude" con riferimento alla giurisdizione delle risorse – "we must act according to our purest conscience"<sup>96</sup>. Quella coscienza, si badi bene, è la coscienza stessa di una nazione<sup>97</sup>.*

Non è più concesso, in conclusione, tanto meno al giudice, soprassedere all'imperativo categorico di eliminare la contrapposizione tra libertà e fisco. Per il semplice, ma fondamentale motivo che, "se l'una e l'altro fossero" (lo sono già?) "davvero in contrasto, tutte le nostre libertà sarebbero a rischio"<sup>98</sup>. Se così non fosse, sarebbe disatteso uno dei più grandi insegnamenti di un Maestro che "ha detto di quanta attenzione vada portata alla persona"<sup>99</sup>: ossia, che "la giustizia, in ogni sua forma, resta il primo e il più umano dei diritti costituzionalmente tutelati"<sup>100</sup>.

96. Opinion H.C. 4054/95, *Pub. Committee Against Torture in Isr. V. Gov't of Israel*, 43(4). P.D. 817, 845; (1998-9) IsrLR 567, 606, in A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., 314.

97. B. Obama, *I sogni di mio padre*, Garzanti, 2019, 469-470.

98. S. Holmes, R. Sunstein Cass, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di C. Fusaro, il Mulino, 2000, 33.

99. M. Bertolissi, *Rapporto tributario e Costituzione: un appunto*, in *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, cit., 155.

100. G. Falsitta, *Considerazioni conclusive*, cit., 273.



# LA PROSPETTIVA EUROPEA: APPUNTI SUL CONTROLLO E SULLA GESTIONE DELLE RISORSE IN UN SISTEMA MULTILIVELLO

GIOVANNI COMAZZETTO\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La nuova *governance* economico-finanziaria sovranazionale dopo il *Next Generation EU* – 3. Il sistema dei controlli sul NGEU e il ruolo della Commissione – 4. La natura dei controlli e il ruolo della Corte dei conti europea: verso un nuovo paradigma? – 5. Le risorse proprie: prospettive di riforma della fiscalità europea – 6. Conclusioni.

## 1. Premessa

Leggere i processi in corso è operazione rischiosa, in quanto si ha l'impressione di trovarsi di fronte a mutamenti radicali che minano la tenuta di categorie consolidate e l'attendibilità di interpretazioni sedimentate a lungo. Essa costituisce, al contempo, un compito a cui non ci si può sottrarre, se è vero che proprio questa è la responsabilità dello scienziato.

I fatti sono noti e non vale la pena riprenderli se non per brevi cenni. A seguito dell'emergenza pandemica sono stati in primo luogo messi in atto interventi eccezionali di sostegno finanziario al fine di consentire il forte indebitamento degli Stati membri dell'Unione, chiamati a fronteggiare le conseguenze economiche delle misure di contenimento della pandemia di Covid-19. Ciò si è concretato, in particolare, nell'adozione di un programma temporaneo di acquisto di titoli del settore privato e pubblico da parte della BCE, chiamato *Programma di acquisto per l'emergenza pandemica* (*Pandemic Emergency Purchase Programme*, PEPP), diretto a mantenere la liquidità del settore finanziario e finanziare l'indebitamento espansivo degli Stati. Altre misure di grande rilievo sono state l'autorizzazione agli Stati ad adottare misure di sostegno al tessuto economico in deroga alla disciplina sugli aiuti di Stato<sup>1</sup>, nonché l'attivazione della clausola di salvaguardia

\* Università di Padova.

1. *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, Brussels, 19 marzo 2020, C(2020) 1863 final.

generale del Patto di stabilità e crescita (*general escape clause*)<sup>2</sup>, misure poi più volte prorogate.

Oltre alle misure di flessibilità e a diversi strumenti di sostegno, spesso adottati al di fuori del quadro normativo vigente<sup>3</sup>, è stato introdotto uno strumento innovativo di durata temporanea, il *Next Generation EU*, del valore di 750 miliardi di euro, insieme a una proposta modificata per il Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027, al fine di tener conto delle conseguenze socioeconomiche della crisi. La combinazione dei due strumenti dà vita a un pacchetto che ammonta a 2.018 miliardi di euro<sup>4</sup>. Per quanto concerne in particolare il NGEU, la Commissione è stata autorizzata a raccogliere capitale sui mercati finanziari, per conto dell'Unione, fino all'importo sopraccitato, che andrà a finanziare i contributi agli Stati sotto forma sia di sovvenzioni sia di prestiti. Lo straordinario piano di investimenti pubblici messo in atto a livello europeo tramite il NGEU presenta in particolare due profili di discontinuità rispetto al passato: il suo carattere di fenomeno distributivo *cross-border relevant*<sup>5</sup>, e la parziale condivisione tra gli Stati della responsabilità per l'indebitamento sui mercati finanziari. Sotto questo profilo, il richiamo al carattere temporaneo dello strumento si affianca alla constatazione di processi

2. *Comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita*, Bruxelles, 20 marzo 2020, COM(2020) 123 final.

3. Oltre ai già citati strumenti straordinari di politica monetaria messi in campo dalla BCE, alla sospensione del Patto di stabilità e crescita e del *Fiscal Compact*, nonché alla sospensione della disciplina ordinaria degli aiuti di Stato, rilevano le procedure di erogazione semplificata attivate nell'ambito del MES per il sostegno alla spesa sanitaria (si veda M. Bursi, *La linea sanitaria del Meccanismo Europeo di Stabilità: né leviatano, né panacea*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2021, 108-136) e il programma SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), finanziato tramite l'emissione di *eurobond* (sul quale si veda A. Nato, *Il Meccanismo europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE): solidarietà in prestito nella crisi COVID-19?*, in *La Comunità Internazionale*, n. 2/2020, 265-279). Per una valutazione complessiva degli strumenti messi in atto si veda, *ex multis*, F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, 1-51; E. Triggiani, *Il principio di solidarietà nell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2/2021, 235-255; F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Giappichelli, 2022, specialmente 195 ss.

4. 1.824 miliardi di euro a prezzi 2018.

5. Osserva F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2021, 43, "da due elementi del tutto nuovi nel contesto politico-istituzionale del processo di integrazione europea, vale a dire a) un significativo fenomeno redistributivo *cross-border relevant* e b) la parziale condivisione tra gli Stati della responsabilità per le linee di indebitamento sui mercati finanziari, linee alle quali potrà accedere, in attuazione del richiamato Piano di intervento finanziario, la Commissione europea".

presumibilmente di lungo periodo che, connessi sia al NGEU sia alla riforma del bilancio dell'Unione, potrebbero determinare un significativo cambio di paradigma non solo nella *governance* economico-finanziaria dell'UE bensì anche nell'inquadramento teorico dell'ordinamento eurounitario nel suo complesso<sup>6</sup>.

Ai fini della presente riflessione, di particolare rilievo è l'aumento delle risorse proprie dell'Unione, aumento che ovviamente non si pone soltanto sul piano quantitativo, concretandosi in una prospettiva di ampio raggio che vede l'adozione di politiche espansive, il ricorso al mercato, la possibile introduzione di imposte "europee"<sup>7</sup>. Un tale ripensamento dei meccanismi di finanziamento del bilancio eurounitario, in prospettiva sempre meno dipendente dai contributi degli Stati membri, ha notevoli implicazioni di carattere costituzionale, non sempre adeguatamente messe a fuoco dalla dottrina.

Ha osservato sul punto la Corte dei conti italiana che "diventa fondamentale l'attenzione a una dimensione di *performance* finanziaria avveduta del fatto che una spesa 'disutile' non implica soltanto uno spreco di risorse e una distruzione di ricchezza evidentemente prelevata, a monte, in un modo comunque coattivo, ma pone anche un problema ulteriore, ossia quello di dover ripagare debiti per cui non si sia realizzato, in resi, il ritorno atteso dell'investimento"<sup>8</sup>. Questa notazione dà l'abbrivio alle riflessioni che seguono, incentrate sul ripensamento dei sistemi di controllo sull'uso delle risorse a livello nazionale ed europeo che potrebbe scaturire dall'adozione del NGEU.

## **2. La nuova *governance* economico-finanziaria sovranazionale dopo il *Next Generation EU***

Come è noto, il NGEU, così come definito nel regolamento 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, si impernia su sei pilastri: transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo

6. Si consenta di rinviare, sul punto, a G. Comazzetto, *La solidarietà nello spazio costituzionale europeo. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, 258-279.

7. E. Traversa, S. Lotito Fedele, *La riforma delle risorse proprie e la possibile introduzione di un tributo europeo*, in M. Campus, S. Dorigo, V. Federico, N. Lazzarini (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo). Il futuro dell'Ue tra responsabilità fiscale, solidarietà e nuova cittadinanza europea*, Firenze University Press, 2022, 117-142.

8. *Relazione annuale 2021. I rapporti finanziari con l'Unione europea e l'utilizzazione dei Fondi europei*, testo disponibile al sito: [www.corteconti.it/Download?id=34c5bf81-1e79-4f05-a031-90422abd0ce5](http://www.corteconti.it/Download?id=34c5bf81-1e79-4f05-a031-90422abd0ce5) [consultato il 7 ottobre 2023].

e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi; e politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze (art. 3). L'obiettivo generale del dispositivo è enunciato nel successivo art. 4, e consiste nel promuovere "la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione migliorando la resilienza, la preparazione alle crisi, la capacità di aggiustamento e il potenziale di crescita degli Stati membri, attenuando l'impatto sociale ed economico di detta crisi, in particolare sulle donne, contribuendo all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, sostenendo la transizione verde, contribuendo al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 (...), nonché al raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050 e della transizione digitale, contribuendo in tal modo alla convergenza economica e sociale verso l'alto, a ripristinare e a promuovere la crescita sostenibile e l'integrazione delle economie dell'Unione e a incentivare la creazione di posti di lavoro di alta qualità, nonché contribuendo all'autonomia strategica dell'Unione unitamente a un'economia aperta, e generando un valore aggiunto europeo". Tra i principi rilevanti, oltre al già citato "valore aggiunto europeo", figura quello di addizionalità, tale per cui il sostegno finanziario di cui al dispositivo si aggiunge, e non sostituisce, i sostegni forniti nell'ambito di altri programmi dell'Unione, nonché il rispetto del principio "non arrecare un danno significativo" (artt. 5 e 9).

Dalla disciplina complessiva si desume che il dispositivo è strumento basato sulla *performance*: il finanziamento del *Recovery and Resilience Facility* (RRF) si basa infatti sul conseguimento di *milestone* e *target* da parte dagli Stati beneficiari (recita l'art. 24, par. 2, del Regolamento citato, che "Dopo aver raggiunto i traguardi e gli obiettivi concordati e indicati nel piano per la ripresa e la resilienza (...), lo Stato membro interessato presenta alla Commissione una richiesta debitamente motivata relativa al pagamento del contributo finanziario e, se del caso, del prestito. Gli Stati membri possono presentare alla Commissione tali richieste di

9. Riconoscendo la natura "multiforme" del concetto, il Parlamento europeo l'ha definito nei seguenti termini (*Risoluzione del Parlamento europeo del 24 ottobre 2017 sul documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'UE*, 2017/2742(RSP)): "Un'azione a livello europeo ha un chiaro valore aggiunto quando:

- consente di ottenere risultati che gli sforzi nazionali, regionali o locali non potrebbero offrire (effetto di ricaduta);
- favorisce azioni a livello nazionale, regionale o locale per conseguire gli obiettivi del trattato UE che non sarebbero altrimenti raggiunti;
- sostiene azioni che possono essere finanziate solo mediante la condivisione delle risorse a livello di UE in ragione dei loro elevati fabbisogni finanziari, oppure
- contribuisce a stabilire e sostenere la pace e la stabilità nel vicinato dell'UE e al di là di esso".

pagamento due volte l'anno". Trattasi di uno dei tre principali profili di discontinuità del RRF rispetto ai fondi europei "tradizionali":

1. le modalità di reperimento delle risorse (ricorso al mercato, anziché ai contributi degli Stati membri);
2. la configurazione di un modello di *direct management* in capo alla Commissione, che dà origine a un sistema speciale rispetto al Regolamento 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, sui Fondi strutturali<sup>10</sup>;
3. l'erogazione delle risorse in rate semestrali, sulla base del conseguimento di *milestone* e *target* previamente concordati, e fissati nei piani di ripresa e resilienza nazionali, appunto.

Il raccordo, sul piano sostanziale, con il quadro normativo di carattere economico-finanziario vigente è assicurato da quanto dispone l'art. 10 (*Misure per collegare il dispositivo a una sana governance economica*): è ad esempio disciplinata l'ipotesi di una sospensione totale o parziale degli impegni o dei pagamenti ove il Consiglio constati, a norma dell'art. 126, paragrafi 8 o 11, TFUE, che uno Stato membro non ha adottato misure efficaci per correggere il disavanzo eccessivo<sup>11</sup>.

### 3. Il sistema dei controlli sul NGEU e il ruolo della Commissione

La centralità del ruolo della Commissione risulta soprattutto dalle funzioni di controllo ad essa affidate. Queste si concretano in controlli che avvengono *ex ante* – tali da sconfinare finanche nella co-determinazione dei contenuti dei piani nazionali –, *in itinere* ed *ex post*. Con riferimento ai primi, occorre rammentare che il controllo della Commissione è già stato effettuato sui piani nazionali, che dovevano essere conformi a quanto precisato negli artt. 18 e 19 del Regolamento succitato: ai sensi del par. 3 di quest'ultimo, la valutazione della Commissione si impernia su undici criteri, a loro volta raggruppabili in quattro categorie (pertinenza, efficacia, efficienza e coerenza). Traguardi e obiettivi supplementari debbono essere previsti nel caso in cui siano richiesti da uno Stato non solo i con-

10. Cfr. sul punto V. Manzetti, L. Colangelo, *I controlli della Commissione e della Corte dei conti europea sui fondi del PNR: verso una nuova declinazione orientata alla performance*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2/2022, 82 ss.

11. Si veda inoltre l'art. 17, ai sensi del quale "I piani per la ripresa e la resilienza sono coerenti con le pertinenti sfide e priorità specifiche per paese individuate nell'ambito del semestre europeo, nonché con le sfide e le priorità individuate nell'ultima raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro per gli Stati membri la cui moneta è l'euro".

tributi a fondo perduto, ma anche i prestiti (art. 14). Altri controlli si effettuano poi *in itinere*, in caso di aggiornamenti, revisioni o modifiche dei piani già presentati (art. 21). Fatta salva la possibilità per gli Stati di ottenere un prefinanziamento (art. 13), i successivi pagamenti sono subordinati alla positiva valutazione della Commissione sui progressi realizzati. Sebbene sia previsto l'intervento del Consiglio, in particolare mediante l'approvazione (su proposta della Commissione), con decisione di esecuzione, della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza presentato dallo Stato membro, così come dei piani modificati, *dominus* dell'intero processo è indiscutibilmente la Commissione. Il Parlamento europeo sembra per contro ricoprire un ruolo complessivamente marginale: trattandosi di entrate con destinazione specifica ai sensi dell'art. 21 del Regolamento n. 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, le risorse del RRF si sottraggono al principio di universalità del bilancio e pertanto al circuito decisionale che vede coinvolto il Parlamento – il cui ruolo è solo in parte recuperato nel corso della procedura di scarico ai sensi degli artt. 318 e 319 TFUE<sup>12</sup>. Parlamento europeo e Consiglio sono poi destinatari di una relazione annuale in merito all'attuazione del dispositivo (art. 31), nonché di una relazione di valutazione *ex post* indipendente<sup>13</sup> (art. 32). La creazione di sistemi paralleli di gestione e controllo sui fondi europei è destinata a creare non pochi problemi di coordinamento<sup>14</sup>.

12. Cfr. V. Manzetti, L. Colangelo, *I controlli della Commissione e della Corte dei conti europea*, cit., 95.

13. La valutazione *ex post* è in realtà duplice: ai sensi del primo par. del medesimo art. “Entro il 20 febbraio 2024 la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni una relazione di valutazione indipendente sull'attuazione del dispositivo ed entro il 31 dicembre 2028 una relazione di valutazione *ex post* indipendente”.

14. Osservano F. Corti, J. Núñez Ferrer, *Steering and Monitoring the Recovery and Resilience Plans. Reading between the lines*, in CEPS, 26 aprile 2021, 14, testo disponibile al sito [www.ceps.eu/ceps-publications/steering-and-monitoring/](http://www.ceps.eu/ceps-publications/steering-and-monitoring/) [consultato il 7 ottobre 2023], che “*The politicisation of the RRF has also de facto complicated, rather than simplified, the accountability process. Who is accountable to whom? For the EU budget the EC is accountable to the European Parliament. Here the accountability seems to shift to the Council, which for the MFF (Multiannual Financial Framework) it is not (...). The problem is first the lack of direct accountability of national authorities to the EU, and also the creation of another system in parallel to the normal EU budget, with overlaps with the cohesion policy or other EU budget programmes. As mentioned already, the RRF will, to a substantial extent, be delivered through existing management authorities, often for RRF activities that complement those of the EU budget. Having essentially two strands of EU budget being managed differently makes little sense. According to the RRF Regulation, the European Parliament will scrutinise the spending through the normal discharge procedure, and the European Court of Auditors (ECA) will also produce a report for the discharge. However, under direct management, with the milestone approach to funding, the normal work of the ECA in presenting the error rate of the EU funds cannot be applied to the RRF.*”

#### 4. La natura dei controlli e il ruolo della Corte dei conti europea: verso un nuovo paradigma?

La Corte dei conti figura tra le istituzioni europee elencate all'art. 13 TUE; ad essa spetta il compito di assicurare il controllo dei conti dell'Unione (art. 285 TFUE), operando in piena indipendenza. Essa in particolare controlla la legittimità e la regolarità delle entrate e delle spese ed accerta la sana gestione finanziaria (art. 287, par. 2 TFUE), presentando una relazione annuale che è trasmessa alle altre istituzioni dell'Unione ed è pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Può inoltre presentare in ogni momento le sue osservazioni su problemi particolari sotto forma, tra l'altro, di relazioni speciali, e fornire pareri su richiesta di una delle altre istituzioni dell'Unione (art. 287, par. 4, TFUE). Essa svolge poi alcune funzioni consultive, di carattere sia obbligatorio sia facoltativo. Sebbene non le siano affidate funzioni giurisdizionali, le sue osservazioni sono state definite "indizio qualificato" dalla Corte di giustizia nella sent. *Landbrugsministeriet-EF-Direktoratet e Steff-Houlberg Export I/S*<sup>15</sup>.

Il controllo di legalità e regolarità effettuato ai fini della DAS (*déclaration d'assurance*) annuale si connota per il suo carattere eminentemente quantitativo<sup>16</sup>, potendo invece i cosiddetti *special report*<sup>17</sup> concentrarsi su controlli attinenti alla *performance*. Questa distinzione è di assoluto rilievo se si guarda alla collocazione che, in prospettiva, la Corte dei conti europea è destinata ad assumere con riferimento al controllo sulla gestione dei fondi connessi al RRF. Premesso che il suo ruolo in merito non è stato chiaramente definito nel Regolamento n. 241 del 2021, la strategia da essa definita per il periodo 2021-2025 ha fugato ogni dubbio sul punto<sup>18</sup>.

*The ECA's reporting has to be designed specifically for the RRF to make it relevant to assess the quality of the expenditure*". Il punto, con particolare riferimento al ruolo della Corte dei conti europea, sarà approfondito nel successivo paragrafo.

15. Corte giust., sent. 12 maggio 1998, C-366/95, *Landbrugsministeriet-EF-Direktoratet e Steff-Houlberg Export I/S*.

16. Osserva G. Cipriani, *Improving the Accountability of the EU Budget's Multi-Level Implementation: Strengthening the Contribution of the European Court of Auditors*, in *German Law Journal*, n. 22, 2021, 466-489, che "the annual audit opinion's methodology is based on testing a random, statistically representative, sample of financial transactions with a view to calculate a global estimate of non-compliance in the form of a percentage of 'error'. This approach revealed a number of uncomfortable frailties and uncertainties".

17. Questa attività della Corte sembra aver assunto un rilievo sempre crescente, se si considera che tra il 2015 e il 2020 sono stati pubblicati ben 175 *special report*.

18. *La strategia della Corte dei conti europea per il periodo 2021-2025*, gennaio 2021, reperibile al sito: [www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/STRATEGY2021-2025/STRATEGY2021-2025\\_IT.pdf](http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/STRATEGY2021-2025/STRATEGY2021-2025_IT.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023].

Tre aspetti debbono essere qui presi in considerazione, prima di analizzare nelle conclusioni i maggiori profili di criticità che il coinvolgimento della Corte dei conti mette in campo.

In primo luogo, il carattere *multilevel* del sistema di gestione delle risorse, tale per cui ai fini del corretto utilizzo dei fondi è fondamentale che a funzionare in modo adeguato sia innanzitutto il sistema di controlli predisposto a livello dei singoli Stati beneficiari. Di ciò prende atto il Regolamento sul RRF ove – all’art. 22 – dispone che gli Stati membri adottino “tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell’Unione e per garantire che l’utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute dal dispositivo sia conforme al diritto dell’Unione e nazionale applicabile, in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l’individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi. A tal fine, gli Stati membri prevedono un sistema di controllo interno efficace ed efficiente nonché provvedono al recupero degli importi erroneamente versati o utilizzati in modo non corretto. Gli Stati membri possono fare affidamento sui loro normali sistemi nazionali di gestione del bilancio”. In secondo luogo, il carattere di *performance based instrument* proprio del RRF, trattandosi di uno “strumento erogativo che non si basa sull’ordinario modello costi/rimborsi, ma sul raggiungimento dei *milestone* e dei *target*”<sup>19</sup>, con la conseguenza che ad avere precipua importanza anche ai fini dell’attività di controllo non può essere il fatto in sé che le risorse siano state spese dallo Stato beneficiario (ciò che, con riferimento ai fondi di coesione, fa sì che la principale preoccupazione sia l’erogazione stessa, *sic et simpliciter*, piuttosto che il raggiungimento degli obiettivi<sup>20</sup>), bensì l’impatto che le risorse impiegate siano effettivamente riuscite a determinare, e pertanto anche il loro risultato “sociale”. In terzo e ultimo luogo, l’intreccio tra il ruolo della Commissione e quello della Corte dei conti: è infatti evidente che, ove si declini la funzione di quest’ultima nel senso di un controllo sulla *performance* piuttosto che sulla regolarità della spesa secondo il criterio del “tasso di errore”, diviene inevitabile una sovrapposizione rispetto al ruolo della Commissione nell’esercizio dei suoi controlli *ex ante*, *in itinere* ed *ex post*.

19. V. Manzetti, L. Colangelo, *I controlli della Commissione e della Corte dei conti europea*, cit., 82.

20. Il punto è ben colto dalla stessa Corte: si veda *Report of the European Court of Auditors on the performance of the EU budget – Status at the end of 2019*, 9 novembre 2020, par. 3.66, e *Opinion 4/2020 regarding the proposed REACT-EU regulation and Common Provisions Regulation governing the ESI funds*, 14 luglio 2020, par. 8, ove si osserva che “the rush to absorb funds [i.e. to spend the money available] may lead to insufficient consideration to value for money”.



## 5. Le risorse proprie: prospettive di riforma della fiscalità europea

L'attuale composizione del bilancio unionale è l'esito di un lungo e travagliato processo, connotato da una prima svolta avvenuta negli anni Settanta con il passaggio da un sistema basato sui contributi nazionali a un altro basato su due risorse proprie effettive (dazi doganali e prelievi agricoli) e una risorsa nazionale connessa all'imposta sul valore aggiunto (decisione del Consiglio del 21-22 aprile 1970). La decisione rispondeva a una esigenza fissata già nel Trattato di Roma all'art. 200, per cui "La Commissione studierà a quali condizioni i contributi finanziari degli Stati membri di cui all'art. 200 potrebbero essere sostituiti con risorse proprie, e in particolare con entrate provenienti dalla tariffa doganale comune dopo la definitiva instaurazione di quest'ultima". Successivamente, nell'imminenza dell'approvazione del Trattato di Maastricht, un'ulteriore innovazione è stata apportata dall'istituzione del Quadro Finanziario Pluriennale o QFP (1988). Nella versione modificata a Maastricht, il TCE confermava, all'art. 201, che "Il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie" (corrispondente all'attuale art. 311 TFUE). Nel Consiglio europeo dell'11-13 febbraio del 1988 era stata peraltro introdotta una quarta risorsa detta "complementare", rappresentata da un'aliquota del reddito nazionale lordo di ogni Stato membro, da attivare solo in via sussidiaria rispetto alle tre risorse principali. In verità, con il passare degli anni questa risorsa è divenuta la principale fonte di finanziamento del bilancio unionale: nell'anno 2020, essa costituiva il 76,5% delle entrate complessive da risorse proprie<sup>21</sup>.

Diverse sono state le proposte di superamento di questo sistema nel corso degli anni. In un documento del 2011 la stessa Commissione giudicava il meccanismo in essere come "slegato dalle priorità delle politiche dell'UE", "inefficace secondo la maggior parte dei criteri di valutazione", nonché "opaco e talmente complesso che solo pochi specialisti ne comprendono bene il funzionamento, il che ne limita il controllo democratico"<sup>22</sup>. Si ipotizzava pertanto una limitazione della risorsa basata sul reddito nazionale lordo (che avrebbe comunque continuato a finanziare circa il 40% del bilancio), la soppressione della risorsa basata sull'IVA e l'introduzione di nuove tasse sul settore finanziario. Proposte di analogo tenore, anche se più articolate, si leggono nel *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'UE*<sup>23</sup>

21. *Sintesi dell'audit dell'UE. Presentazione delle relazioni annuali della Corte dei conti europea sull'esercizio 2020*, reperibile al sito: [www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/auditinbrief-2020/auditinbrief-2020\\_IT.pdf](http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/auditinbrief-2020/auditinbrief-2020_IT.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023].

22. Così la relazione di accompagnamento alla *Proposta di decisione del Consiglio relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea* del 29 giugno 2011, COM(2011) 510 def.

23. *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'UE* del 28 giugno 2017, COM(2017) 358 def.

pubblicato nel 2017, poco dopo il *Libro bianco sul futuro dell'Europa*, che prospettava cinque scenari per l'evoluzione del processo di integrazione. Anche qui si evidenziavano i limiti del sistema di finanziamento basato perlopiù su contributi degli Stati membri, in quanto esso rafforzava la “falsa convinzione secondo cui il valore del bilancio dell'UE per uno Stato membro può essere misurato in base al saldo netto tra i contributi versati e i fondi ricevuti” – dunque l'ottica del “giusto ritorno”. Rilevante, sempre nell'ambito delle proposte di riforma del bilancio, il resoconto finale del lavoro svolto dal Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie, istituito nel 2014. Nel documento (pubblicato nel dicembre del 2016) si legge ad esempio che “The flexibility and influence for short-term crisis intervention remains a weakness that must clearly be addressed. The budget is too small for real anti-cyclical economic stabilisation and substantive redistribution, which are a mainstay of national budgets, or for what orthodox wisdom would require of a ‘federal-level’ budget”. Proposte più ambiziose, nel senso dell'emissione di debito comune e dell'avvicinamento a una unione fiscale, si sono succedute fin dalla pubblicazione del *Libro verde sulla fattibilità dell'introduzione di stability bond*<sup>24</sup>, licenziato verso la fine del 2011 dalla Commissione europea guidata da José Barroso. Obiettivo di quest'ultima proposta era peraltro l'alleggerimento della tensione sul mercato dei debiti sovrani, e non l'avvio di politiche redistributive – una proposta in ogni caso respinta alla luce dell'opposizione franco-tedesca ad ogni forma di condivisione del debito tra gli Stati membri, a favore dei noti meccanismi di stabilità. Un simile accento sulla garanzia di stabilità emerge dal documento intitolato *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa*<sup>25</sup>, nel quale si accenna, seppure in modo vago, alla necessità di istituire una funzione di stabilizzazione dei bilanci per la zona euro, la quale in ogni caso non poteva essere concepita come strumento di perequazione dei redditi tra gli Stati membri e doveva essere anzi “collegata strettamente alla conformità con il quadro complessivo di governance dell'UE”.

Concludendo sul punto, può allora dirsi che ad oggi la fiscalità europea si connota per una serie di aspetti che la distinguono significativamente dalla fiscalità degli Stati membri. Non solo manca un rapporto diretto tra Unione europea e contribuenti, ma le risorse proprie dell'Unione sono, a ben vedere, “derivate”, e rispetto alla loro provenienza “non è possibile esercitare alcun meccanismo di responsabilità politica tipico del rapporto tributario, meno di tutti quello fondato

24. *Libro verde sulla fattibilità dell'introduzione di stability bond* del 23 novembre 2011, COM(2011) 818 def.

25. *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa*, presentata il 22 giugno 2015 dai cinque Presidenti di Commissione, Consiglio europeo, Eurogruppo, Banca centrale europea e Parlamento europeo, reperibile al sito: [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/5presidentsreport.it.pdf](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/5presidentsreport.it.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023].

sulla nota regola *no taxation without representation*<sup>26</sup>. Inoltre, alla luce delle competenze affidate in materia alle istituzioni sovranazionali, ha finora nettamente prevalso un'armonizzazione fiscale declinata nel senso dell'integrazione "negativa", dunque della rimozione degli ostacoli ai flussi di beni importati ed esportati. Sebbene non si possa ancora parlare di una connessione tra obbligazione tributaria e principio di solidarietà a livello sovranazionale, risultando anzi per certi versi improprio fare riferimento al concetto di "obbligazione tributaria" nel contesto eurounitario, a un'ottica *lato sensu* solidaristica – e pertanto di integrazione "positiva" – possono essere tuttavia ricondotte le nuove forme di tassazione che si stanno affermando sulla base di criteri 'eccentrici' rispetto alla concezione tradizionale della capacità contributiva – vedi il caso della tassazione ambientale<sup>27</sup> o delle proposte di introduzione di una *digital tax* e di imposte sulle transazioni finanziarie<sup>28</sup>. La recente decisione 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, che ha introdotto una forma di prelievo sul peso dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati in ciascuno Stato membro (c.d. *plastic tax*), sembra rispondere a questa innovativa concezione del tributo, ai sensi della quale "prevale la finalità di orientare in senso virtuoso i comportamenti dei produttori e dei consumatori, influenzandone le scelte, rispetto alla tutela dell'ambiente e alla lotta al cambiamento climatico, mentre resta sullo sfondo la produzione del gettito"<sup>29</sup>.

## 6. Conclusioni

La mutazione del significato e delle modalità del controllo da parte della Corte dei conti sembra essere imposta non solo dalla natura del RRF, ma anche, a un livello più generale, dal consistente aumento della spesa pubblica europea complessiva quale risulta dall'approvazione del Quadro Finanziario Pluriennale per il periodo 2021-2027. Ciò potrebbe indurre a un ripensamento del ruolo della Corte, nel senso di un rafforzamento dei suoi poteri di controllo e, forse, anche dell'attribuzione ad essa di funzioni giurisdizionali. È infatti evidente che, ove l'aumento delle risorse proprie dell'UE diventasse strutturale e dunque eccedesse

26. C. Buzzacchi, *La solidarietà finanziaria nel contesto dell'Unione europea*, in M. Campus, S. Dorigo, V. Federico, N. Lazzarini (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo)*, cit., 59.

27. A. Buccisano, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2016, 590-652.

28. F. Gallo, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rassegna Tributaria*, n. 4/2015, 771-784.

29. A. Comelli, *La tassazione ambientale, nella prospettiva europea, oltre la crisi economica e sanitaria innescata dal Covid-19*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 3/2022, 805.

i limiti temporali del dispositivo RRF, con l'introduzione di nuovi tributi europei e la conferma di strumenti aventi come effetto – diretto o indiretto – la creazione di forme di debito comune, si porrebbe con forza crescente il problema del controllo sull'utilizzo delle risorse a livello europeo e del coordinamento con i sistemi di controllo già attivi a livello dei singoli Stati membri.

Con riferimento all'attività di parificazione dei bilanci statali e regionali e dei relativi rendiconti, svolta dalla Corte dei conti italiana, è stato condivisibilmente osservato che essa costituisce il “principale strumento di verifica dell'operato dei governanti e di controllo democratico”, in quanto il principio di rendicontazione “si collega al circuito democratico-rappresentativo, essendo strumentale al principio della responsabilità politica e alla responsabilità di mandato. Il rendiconto attribuisce certezza giuridica ai conti e assicura trasparenza e sincerità alle scritture contabili, consentendo di verificare come sono state utilizzate le risorse rispetto ai programmi e agli impegni assunti dai pubblici amministratori”<sup>30</sup>. Tale funzione trascende pertanto quella meramente interorganica (nel senso ad esempio di favorire il *continuum* Governo-Parlamento e l'estrinsecazione della responsabilità del primo di fronte al secondo nella gestione delle risorse), mettendo piuttosto in luce la valenza del bilancio quale *bene pubblico costituzionale*. Tale profilo non potrà che emergere anche con riferimento al bilancio europeo, alla luce del mutamento – di carattere *qualitativo* e non solo quantitativo – cui esso sta andando incontro, viepiù nell'eventualità – oramai tutt'altro che remota – della stabilizzazione, più che di singoli strumenti – quali il RRF –, di forme sempre più intense di trasferimenti finanziari tra gli Stati membri<sup>31</sup>. Alla luce di tali processi, un rafforzamento del ruolo della Corte dei conti – consentendo ad essa, ad esempio di rivolgersi alla Corte di giustizia al di là degli angusti confini fissati nell'art. 263 TFUE, ma in prospettiva attribuendole anche funzioni giurisdizionali – gioverebbe altresì al soddisfacimento di interessi tendenzialmente adespoti come quelli a una sana gestione finanziaria<sup>32</sup>.

30. F.S. Marini, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 6/2021, 4.

31. Ciò sembrerebbe confermare le tesi di quegli economisti per i quali in un'area valutaria non ottimale si possano evitare o attenuare i c.d. “shock asimmetrici” solo tramite forme di compensazione finanziaria e operazioni di trasferimento tra gli Stati (cfr. P. De Grauwe, *Economia dell'unione monetaria*, il Mulino, 2019, 15-76) – le quali a loro volta presuppongono un certo grado di solidarietà tra i medesimi (con tutto ciò che ne segue). Per ciò che concerne la dottrina giuspubblicistica, è sufficiente rammentare che tali aspetti erano stati colti con profetica lucidità da E.W. Böckenförde, *Dove sta andando l'Europa?*, in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, 2007, 185 ss.

32. Sulle situazioni giuridiche soggettive connesse alla sana gestione finanziaria si veda G. Rivosecchi, *Oltre i controlli di legittimità-regolarità dei conti? Controlli sulla gestione, controlli concomitanti e altri controlli sulla finanza territoriale*, in *Federalismi.it*, n. 28/2022, 131 ss., il quale ri-

La necessità di un ripensamento del ruolo della Corte si sta peraltro imponendo *de facto* alla luce delle esigenze di controllo sull'attuazione del RRF. Come si è già osservato, a poco gioverebbe un'attività di controllo improntata a criteri mera regolarità/legittimità, dinanzi a uno strumento orientato sulla *performance* dei destinatari dei fondi. La contaminazione tra i metodi di controllo che connotano l'attività della Corte emerge ad esempio dalla Relazione speciale recentemente pubblicata<sup>33</sup>, nella quale, dopo aver selezionato un campione di sei Stati membri, la Corte ha esaminato l'adeguatezza della valutazione operata dalla Commissione dei rispettivi piani per la ripresa e la resilienza, nonché dei sistemi di *audit* e di controllo approntati sempre a livello nazionale. Sebbene l'esito di tali *report* non oltrepassi la mera raccomandazione alle istituzioni coinvolte, la metodologia adottata prelude sicuramente a innovazioni di lungo periodo.

chiama le riflessioni di M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, n. 1, 1987, 7-20.

33. *Relazione speciale 21/2022: Piani nazionali per la ripresa e la resilienza: la valutazione della Commissione – È adeguata nel complesso, ma l'attuazione rimane a rischio*, pubblicata l'8 settembre 2022, testo disponibile al sito: [www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=61946](http://www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=61946) [consultato il 7 ottobre 2023].

PARTE TERZA

LEZIONI DALLA GIUSTIZIA  
NEL SINDACATO DI VALUTAZIONI  
TECNICHE O ECONOMICHE COMPLESSE



SINDACARE L'AMMINISTRAZIONE  
È ANCH'ESSO AMMINISTRARE?  
IL RUOLO DEL SINDACATO  
DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO  
SULLA DECISIONE AMMINISTRATIVA,  
OSSERVAZIONI SU DISCREZIONALITÀ  
AMMINISTRATIVA E TECNICA  
E BREVE *FOCUS* SUL RELATIVO SINDACATO  
NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI

FEDERICO LAUS

SOMMARIO: 1. La benemerita specializzazione del giudice amministrativo – 2. Considerazioni sul rapporto tra sindacato giurisdizionale e discrezionalità amministrativa – 2.1. Le conseguenze della tecnicizzazione della valutazione amministrativa – 3. Il sindacato delle valutazioni nel procedimento ad evidenza pubblica – 3.1. Alcune criticità del sindacato nella contrattazione pubblica in genere – 3.2. Il sindacato sulla valutazione in tema di integrità morale degli operatori economici – 3.3. Tecnica e valutazioni nella contrattazione in sanità.

## 1. La benemerita specializzazione del giudice amministrativo

Il progetto di ricerca, al cui sviluppo partecipa il presente contributo, pone quesiti di grande valore. Ci si interroga, infatti, sul ruolo essenziale dei tribunali specializzati considerati quale preconditione per il raggiungimento di ottimali livelli di attuazione degli interessi pubblici e privati, ossia quale strumento per una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti ed interessi coinvolti in una data materia.

Nel diritto amministrativo, il tema dei limiti del sindacato del giudice amministrativo sull'azione amministrativa rappresenta l'oggetto di dibattiti, dottrinali e giurisprudenziali, confusioni e chiarimenti, speranze e delusioni.

Ci si può interrogare sulla legittimazione normativa del sindacato oppure sul perché tale sindacato sia opportuno e in alcuni casi necessario. Ci si può tormentare sull'opportunità di un controllo giudiziale ove la tendenza legislativa propenda, invece, per una maggiore autonomia delle amministrazioni.

\* Università di Bologna.



Tuttavia, occorre considerare che il fattore costitutivo della normatività, come anche di un orientamento giurisprudenziale, è, prioritariamente, un'esigenza di tutela. Significa, dunque, che, parafrasando l'oggetto del comune tema di discussione, la previsione del sindacato di un giudice come quello amministrativo, in ragione della specializzazione su conoscenze e linguaggio comuni all'amministrazione pubblica, potrebbe garantire una tutela giurisdizionale effettiva rispetto a una valutazione amministrativa viziata.

Per tale ragione, peraltro, la Costituente, nell'ambito delle discussioni del 1946/1947 sul futuro art. 102 Cost., all'unanimità si pronunciò per la conservazione della specializzazione del giudice amministrativo, considerata un progresso<sup>1</sup>. Ciò al di là, invece, dell'ampio dibattito sulla qualificazione come giudice speciale o specializzato, e sull'attuazione dell'unicità della giurisdizione, dibattito acceso, che si è protratto per mesi.

Alcune osservazioni, rese nel corso di tale consesso, sono inevitabilmente da leggere con la cultura giuridica del tempo e della struttura della giurisdizione amministrativa dell'epoca, ma l'impostazione di fondo, condivisa, è molto chiara: "c'è (...) una ragione giusta e logica e perfettamente accoglibile, dell'esistenza delle giurisdizioni speciali, cioè che in tante materie speciali – e nei tempi moderni tutte le materie si vanno sprofondando sempre più nella specializzazione – il giudice ordinario non è adatto, perché il giudice ordinario ha un sistema rigido, dagli spigoli netti, dal sillogismo rigoroso quale s'addice al vigile senso del diritto, e non può essere pronto a quegli apprezzamenti duttili, elastici che sono richiesti da tanti ambienti e da tante materie speciali. Prendiamo, ad esempio, la materia amministrativa, in cui prevale l'interesse pubblico, pur commisto con l'interesse individuale. In essa più che il criterio rigido del giudice ordinario, occorre la duttilità dell'amministratore, del giudice proveniente dall'amministrazione il quale ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti, e dell'interesse collettivo in ispecie"<sup>2</sup>.

È ovvio che tali enunciazioni erano condizionate dal sistema giurisdizionale previgente alla Costituzione, ma che la specializzazione del giudice amministrativo, considerato detentore – a ragione – di competenze ottimali in diritto amministrativo, fosse apprezzata dalla Costituente e dagli amministrativisti è indubbio. Non si esita a dichiarare che "se v'è qualche istituzione che abbia funzionato bene, che possa senza tema di esagerare, dati i tempi, considerarsi benemerita del Paese, è proprio la giustizia amministrativa e precisamente le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato"<sup>3</sup>.

1. Giovanni Uberti, nella seduta del 19 dicembre 1946, riteneva che "la specializzazione rappresenta un progresso perché, con la differenziazione, si possono avere degli organi più competenti".

2. Così, Pietro Adonnino nella seduta del 20 novembre 1947.

3. Così, Gaspare Ambrosini nella seduta del 19 dicembre 1946.

Il sistema vigente venne sostanzialmente confermato nella Costituzione, secondo cui, ai sensi dell'art. 113 Cost., “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa” e, a tal fine, “la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 103 Cost., “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”.

Così facendo, conservando il giudice speciale amministrativo, si sarebbe voluta preservare la forma mentis dei giudici amministrativi, diversa da quella dei giudici ordinari<sup>4</sup>.

E la qualificazione del giudice amministrativo come giudice speciale si fonda sull'idea che anche giudicare l'amministrazione è amministrare<sup>5</sup>, con la conseguente necessità di un giudice con una impostazione giuridica quanto più possibile prossima all'amministrazione pubblica<sup>6</sup>. Come riscontrato anche nell'ordinamento francese, in un contesto segnato dal ruolo singolare dell'amministrazione, i rapporti tra quest'ultima e i cittadini non possono essere rapporti strettamente egualitari visti gli obiettivi perseguiti dalla PA che, non dimentichiamo, sono la soddisfazione dell'interesse generale e la salvaguardia dell'ordine pubblico<sup>7</sup>. Questo è ciò che giustifica ancora oggi il fatto che l'azione amministrativa sia regolata da una normativa specifica, sotto il controllo di un giudice speciale e specialista<sup>8</sup>.

4. Così, D'Amico, I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *AIC*, 2, 2014, secondo cui, a pagina 18, “in Assemblea costituente l'argomento più forte, oltre a quello storico, a favore del mantenimento della giurisdizione speciale scaturisce dalla consapevolezza dell'esigenza di mantenere in vita un importantissimo strumento di tutela dei diritti dei singoli, preservando la forma mentis dei giudici amministrativi, diversa da quella dei giudici ordinari”.

5. *Juger l'administration, c'est encore administrer*. Così, P.P.N. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Hachette Livre BNF, 1818.

6. Benché, come noto, ciò non significa certamente che il giudice amministrativo debba essere un giudice parziale.

7. F. Lachaume, *Droits fondamentaux et droit administratif*, in *AJDA*, numéro spécial, 1998, 92: “Dans un contexte marqué par le rôle singulier de l'administration, les rapports entre cette dernière et les administrés ne peuvent être des rapports strictement égalitaires compte tenu des objectifs poursuivis qui, ne l'oublions pas, sont la satisfaction de l'intérêt général et la préservation de l'ordre public”.

8. J.M. Sauvé, *Dialogue entre les deux ordres de juridiction*, 21 luglio 2017, reperibile in al sito: [www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/dialogue-entre-les-deux-ordres-de-jurisdiction - \\_fin103](http://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/dialogue-entre-les-deux-ordres-de-jurisdiction_-_fin103) [consultato il 7 ottobre 2023]: “C'est ce qui justifie encore aujourd'hui que l'action administrative soit régie par un droit autonome, sous le contrôle d'un juge spécialisé”.

Si tratta di un modello giurisdizionale adottato anche in altri paesi europei, come Francia, Germania, Grecia, e Olanda, contraddistinto dalla compresenza di due giudici dell'amministrazione: il giudice ordinario e il giudice amministrativo, quest'ultimo con giurisdizione su una determinata tipologia di interessi coinvolti dall'azione dell'amministrazione e perciò considerato giudice speciale<sup>9</sup>, frequentemente incaricato di un'alta vigilanza sull'azione delle amministrazioni<sup>10</sup>.

La specializzazione, dunque, rappresenta un significativo strumento di tutela nell'ordinamento italiano, così come consolidato nella Costituzione. Ed oggi, ancor di più, alla cura dei giudici amministrativi sono affidate materie di notevole delicatezza, che incidono, direttamente o indirettamente, sui diritti delle persone<sup>11</sup>.

Dunque, perché è opportuna questa premessa di sistema? Sostanzialmente perché occorre comprendere il significato del sindacato sull'agire amministrativo, occorre ragionare sull'esigenza che questo va a soddisfare, in modo da definire i limiti e razionalizzare tale controllo giudiziale. E la specializzazione<sup>12</sup> del giudice amministrativo, la sua sensibilità specifica ai temi propri dell'amministrazione, è il presupposto della legittimazione del sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo.

D'altronde, la stessa ragion d'essere del giudice amministrativo è il sindacato sulla discrezionalità, nei limiti e modi più avanti disaminati.

## 2. Considerazioni sul rapporto tra sindacato giurisdizionale e discrezionalità amministrativa

Nel diritto amministrativo cruciale è il bilanciamento tra autorità e libertà, tra potere e diritti o interessi. In particolare, il potere affidato alla PA deve essere esercitato con continuità ed efficacia ed è, quindi, sottoposto frequentemente a regole flessibili ed essenziali, finalizzate a consentire l'adeguamento al caso concreto. Parallelamente, l'ordinamento ha previsto, secondo uno schema progressivamen-

9. G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Editoriale scientifica, 2019, 182.

10. Modello cui fece riferimento Silvio Spaventa, criticando i vuoti di tutela lasciati dalla legge 2248/1865 in un momento in cui i rapporti di diritto pubblico erano in espansione per l'incrementarsi dell'attività amministrativa dello Stato moderno. Al proposito, S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione (1880)*, in *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Istituto di studi filosofici, 2007, 58.

11. Al proposito, A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Diritto pubblico*, vol. I, 2012.

12. Sulla specialità amministrativa, A. Bartolini, S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Maggioli Editore, 2017.

te revisionato ma sostanzialmente immutato nello spirito, un sistema di controllo (giudiziale e amministrativo) che consenta di correggere e limitare tale potere, per rendere effettiva la tutela dei cittadini rispetto al potere<sup>13</sup>.

La vicenda si complica quando entra in discussione anche la nozione di discrezionalità.

L'amministrazione pubblica si trova a dover esercitare la propria doverosa funzione con gli strumenti e la struttura di cui essa è stata dotata, al proposito considerando che lo svolgimento dell'attività discrezionale<sup>14</sup> rappresenta il cuore dell'amministrazione stessa, la ragion d'essere della complessità della PA, chiamata a contemperare interesse pubblico e interesse particolare, sempre nell'includibile rispetto del principio di proporzionalità.

Il *focus* dell'analisi si sposta, quindi, rapidamente sul ruolo del giudice nei confronti delle decisioni dell'Amministrazione, basate sulle valutazioni discrezionali della stessa. Inestricabilmente connessa a tale tema è, poi, la discussione su discrezionalità amministrativa o pura, intesa come valutazione fondata sulla ponderazione comparativa tra interessi, e discrezionalità tecnica, intesa come valutazione basata sull'applicazione di regole tecniche, distinzione<sup>15</sup> da cui sono dipesi, a fasi alterne, i limiti della sindacabilità giurisdizionale<sup>16</sup> dell'atto, limiti che ora appaiono sempre più sfumati.

13. F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2021, testo disponibile al sito: [www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/cintioli-risultato-amministrativo-discrezionalit-c3-a0-e-pnrr-una-proposta-per-il-giudice](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/cintioli-risultato-amministrativo-discrezionalit-c3-a0-e-pnrr-una-proposta-per-il-giudice) [consultato il 7 ottobre 2023].

14. Il convegno nazionale AIPDA intitolato *Discrezionalità e amministrazione* tenutosi a Bologna il 7 e l'8 ottobre 2022 meriterebbe un richiamo amplissimo, sostanzialmente integrale, per l'autorevolezza e la profondità degli interventi. In attesa degli scritti, la cui forza si può immaginare dopo aver ascoltato le relazioni, le suggestioni sono state innumerevoli e le osservazioni qui offerte non ne sono rimaste indifferenti.

15. Sulla discrezionalità amministrativa, tra i più recenti, G. Morbidelli, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, I, 2021. Sulla discrezionalità tecnica, invece, A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, 2021. Sulla discrezionalità, fondamentale è, comunque, il richiamo a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, 1939; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e di sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, CEDAM, 1986; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, CEDAM, 1995; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, 1985; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, 2008.

16. In particolare, se la definizione della discrezionalità amministrativa è stata funzionale a delimitare l'area e le caratteristiche dell'attività propria e tipica dell'amministrazione, la categoria della discrezionalità tecnica venne elaborata per limitare l'intensità del sindacato giurisdiziona-

La valutazione di opportunità circa un controllo giudiziale più o meno ampio si fonda essenzialmente su una perplessità: il sindacato ingessa il procedimento o ne tutela il risultato?

È indubbio che nell'amministrazione moderna sempre più si guardi al risultato<sup>17</sup>. E si pensi al significato della riforma della premialità dei pubblici dipendenti e alla introduzione della valutazione delle performance<sup>18</sup>.

Ne consegue che considerando globalmente la pubblica amministrazione, al fine di massimizzare il risultato, si è reso necessario assumere con coraggio la decisione di dare maggiore spazio alla discrezionalità. In questo periodo storico, la massima espressione di questa tendenza è rappresentata dalle procedure di finanziamento dei progetti connessi al PNRR, rispetto al quale le PA devono rapidamente rendersi abili investitori degli importi finanziati<sup>19</sup>, allo scopo eccezionale e urgente di dare piena esecuzione ad ogni linea di riforma e di investimento. Al riguardo, basti richiamare l'art. 1 d.l. 77/2021<sup>20</sup>, secondo cui "assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi" nel PNRR.

Inoltre, sotto altro profilo, il processo decisionale della PA si è dovuto aprire alla tecnica, a fronte della necessità di legittimare sotto il profilo tecnico la scelta politica e amministrativa, tecnica che rappresenta croce e delizia dell'amministrazione pubblica, la quale – volente o nolente – deve affidare ad altri la valutazione su cui si baserà la decisione assunta.

le rispetto ad alcune valutazioni che non potevano essere considerate veramente discrezionali, in quanto vincolate alle regole tecniche. Sul punto, A. Moliterni, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in Id. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 8.

17. Al proposito, F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, 2002, 79, evidenzia che "la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione".

18. Al proposito, noto è il ciclo di gestione della performance, introdotto dalla c.d. riforma Brunetta, d.lgs. n. 150/2009, tesa ad assicurare "una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità".

19. Afferma Cintioli che "Oggi il quadro cambia, sicché l'amministrazione deve, all'opposto, utilizzare, e bene e tempestivamente, le risorse del Piano" in F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, cit., 15.

20. D.l. 31 maggio 2021, n. 77, in tema di *Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.

Ciò premesso, il legislatore ha optato alternativamente<sup>21</sup>, da un lato, per la riduzione dei margini di discrezionalità, utile a rafforzare la tutela su un potere maggiormente vincolato, e, dall'altro lato, per un'estensione della discrezionalità, considerata opportuno strumento di prevenzione della corruzione<sup>22</sup>.

La questione del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità è, dunque, anche un problema di efficienza dell'amministrazione.

Orbene. Cos'è la discrezionalità? Sicuramente un assillo<sup>23</sup> per i giuristi che si interrogano sul potere della PA<sup>24</sup>. Per Cammeo, la discrezionalità è quella ponderazione che la legge ha voluto affidare, in forma libera, alla PA<sup>25</sup>. Per Giannini è il modo in cui la PA decide attraverso la commisurazione tra l'interesse pubblico primario da realizzare e gli altri interessi secondari, sia pubblici che privati, che l'ordinamento seleziona e porta all'attenzione della PA<sup>26</sup>. Nigro definisce la discrezionalità come un vero e proprio rebus<sup>27</sup>. Nell'epoca del PNRR, secondo quanto già ricordato, la discrezionalità è strumento per raggiungere il risultato amministrativo.

Come anticipato, si è distinto (e si distingue ancor oggi) tra discrezionalità tecnica e amministrativa, nozioni discernibili essenzialmente perché la prima si fonda su valutazioni basate su regole tecniche, astrattamente insindacabili rispetto alla discrezionalità pura (o amministrativa) che invece richiede ponderazioni di interessi difficilmente vincolabili<sup>28</sup>.

21. M. D'Alberti, *Il propagarsi della corruzione*, in Id. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, 2017.

22. Sul presupposto che la corruzione non sia vincibile dalle norme, dipendendo da un'autonomia scelta del singolo, e che, pertanto, alcun beneficio specifico apporterebbe una rigida proceduralizzazione. Così, concordi, I. Nicotra e M. Dugato, nel corso degli interventi al Convegno *La prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, tenutosi il 10 febbraio 2015, presso la SPISA, Bologna. Si veda, inoltre, F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bononia University Press, 2016.

23. Così definito da S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000, 444.

24. Per Benvenuti il "problema della discrezionalità è certamente uno dei punti nodali di ogni riflessione critica sul diritto amministrativo del passato e del presente". Così, in L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 3.

25. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, CEDAM, 1960, 188.

26. In particolare, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.

27. M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri: Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, 1991, 713; sul tema, sempre M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966.

28. Secondo F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 195, "spesso nel campo della pubblica amministrazione la sua attività è disciplinata da norme imprecise, la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi, cioè suscettibili di un più o di un meno, da valutarsi in relazione all'interesse pubblico e il cui apprezzamento (...) deve lasciarsi alla pubblica amministrazione stessa. Siamo in un campo alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma

Tuttavia, la discrezionalità tecnica si è progressivamente avvicinata alla discrezionalità pura, in presenza di decisioni, pur sempre tecniche, ma dotate di grande ampiezza valutativa, soprattutto ove le regole applicate si riferiscono a scienze non esatte<sup>29</sup>. Questo anche per la difficoltà ormai evidente di isolare, nella decisione amministrativa, i profili discrezionali (o comunque espressione di scelte di policy) dai profili tecnici<sup>30</sup>.

E, in presenza di decisioni ampiamente valutative, il giudice amministrativo torna ineluttabilmente protagonista<sup>31</sup>.

D'altronde, se la politica è chiamata ad attuare il testo costituzionale e l'amministrazione a concretizzare il disegno, il giudice amministrativo, mediante il sindacato sull'eccesso di potere, controlla la ragionevolezza delle scelte<sup>32</sup>.

Sul punto, non si può dimenticare la pronuncia del Consiglio di Stato<sup>33</sup>, che nel 1999 ha ritenuto necessario cambiare l'orientamento precedente. Osservò il Consiglio che ciò che è precluso al giudice amministrativo, in sede di giudizio di legittimità, è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato<sup>34</sup>, ossia la valutazione del merito dell'atto amministrativo. Osservò, invece, che la discrezionalità tecnica è altra cosa rispetto al merito amministrativo.

Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta, ma l'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili.

“Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto,

regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca. Siamo anche però in un campo diverso da quello dell'attività vincolata, perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti, mentre nel caso qui ricordato la norma è imprecisa e i fatti vanno apprezzati con particolari criteri”.

29. M. D'Alberti, *Prefazione*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 3.

30. In tal senso, A. Moliterni, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in Id., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 41.

31. Si discute, ovviamente, dei margini di manovra dello stesso. Recentemente, F. Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Editoriale scientifica, 2023, il quale segnala come “la discrezionalità interpretativa [sia] inevitabile, anche se fa paura” (531), riferendosi al ruolo di interprete del giudice amministrativo, invocando in conclusione il “rispetto dei ruoli” necessario per “governare la complessità” (533).

32. B. Mameli, *Efficienza amministrativa e discrezionalità ai tempi della pandemia*, in *PA Persona e amministrazione*, 2, 2020, 216.

33. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

34. In tal senso, Cass. Civ., 3 novembre 1988, n. 5922; e Cass. Civ., 6 aprile 1987, n. 3309.

che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito”. La discrezionalità tecnica, qualora si sia manifestata attraverso apprezzamenti tecnici, è sindacabile in sede giurisdizionale in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo<sup>35</sup>.

Non è, quindi, l’opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l’insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo.

Ovviamente, la giurisprudenza si è sviluppata intorno al tema, ma il muro della insindacabilità della discrezionalità tecnica era stato abbattuto, anche per recepire la crescente domanda di rafforzamento delle garanzie giurisdizionali nei confronti della decisione dell’amministrazione pubblica. Recentemente, ad esempio, il Consiglio di Stato, sez. I, con parere 8 febbraio 2021, n. 177, ha chiarito che una valutazione tecnica<sup>36</sup> può essere certamente sindacata dal giudice amministrativo se ricorrono i tipici vizi di legittimità della discrezionalità tecnica, quali l’evidente travisamento di fatti, la manifesta illogicità o palese incongruità della motivazione.

Il tema va approfondito nell’ottica della ricerca in cui questo elaborato si colloca. Il sindacato sulle valutazioni amministrative è finalizzato, anche, al controllo giurisdizionale delle decisioni discrezionali adottate dalle amministrazioni pubbliche. Può, quindi, considerarsi uno strumento per il raggiungimento di livelli socialmente desiderabili di applicazione del diritto pubblico?

Il controllo della giustizia amministrativa ha sicuramente lo scopo di garantire una PA moderna, corretta e adempiente, nonché l’effetto correlato di avvicinare i cittadini all’amministrazione.

Certamente la finalità del sindacato rientra nella tutela costituzionale conseguente all’attuazione del già citato art. 113 Cost., benché il ristretto enunciato non possa tradursi nella pedissequa applicazione della sua immediata letteralità: “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale (...)”(comma 1) e tale tutela “non può essere esclusa o limitata a

35. Sempre, Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

36. Nel caso di specie, si trattava del parere Comitato di verifica per le cause di servizio (CVCS), sulla riconducibilità ad attività lavorativa delle cause produttrici di infermità e lesione, in relazione a fatti di servizio e al rapporto causale tra i fatti e l’infermità o lesione, necessario ai fini del riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio patite dal dipendente pubblico e della concessione dell’equo indennizzo.



particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti” (comma 2).

La Dottrina ha ritenuto che la literalità dell’art. 113 Cost., ma ancor più la stessa idea di fondo che pare aver sorretto le interpretazioni della Corte costituzionale, esprimono la garanzia della immancabilità ed insostituibilità del sindacato giurisdizionale sulla validità degli atti della pubblica amministrazione<sup>37</sup>. Il quadro costituzionale sulla sindacabilità giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione era, peraltro, integrato dalla giurisprudenza costituzionale con specifico riferimento ai vizi di legittimità dell’atto amministrativo.

Poi, la Corte costituzionale<sup>38</sup>, considerato il combinato disposto tra art. 24 e art. 113 cost., è intervenuta chiarendo che “tali norme, le quali esprimono principi fondamentali del nostro sistema costituzionale, debbano avere, come è stato dalla Corte ripetutamente avvertito, rigorosa applicazione a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari. Tuttavia, ciò non significa che il citato art. 113, interpretato nel suo complesso, intenda assicurare in ogni caso contro l’atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile, essendo invece rimesso al legislatore ordinario, per l’esplicito disposto del terzo comma, di regolare i modi e l’efficacia di detta tutela”. E ancora, “ai sensi dei citati artt. 24 e 113 Cost., va assicurata al privato contro gli atti della pubblica amministrazione una tutela, la quale sia pur sempre idonea a fornire una congrua garanzia, indefettibile in uno Stato di diritto, contro abusi ed eccessi”.

L’impostazione risalente era molto netta sulla misura del sindacato della discrezionalità. Non spettava al giudice amministrativo la revisione di giudizi esclusivamente tecnici che non fossero censurati sotto i profili dell’errore procedimentale o della manifesta illogicità<sup>39</sup>. E il giudice amministrativo non poteva spingersi oltre la verifica di congruità e logicità delle scelte amministrative<sup>40</sup>.

## 2.1. *Le conseguenze della tecnicizzazione della valutazione amministrativa*

Oggi, come visto poc’anzi, il giudice può operare sulla discrezionalità tecnica, potendosi opinare la valutazione dell’amministrazione, con riguardo all’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo<sup>41</sup>.

Certamente, la tecnicizzazione dell’azione amministrativa imporrebbe ora

37. R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell’articolo 113 costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 1988, 517 ss.

38. Corte cost. 3 aprile 1987, n. 100.

39. Tra gli altri, TAR Lazio, sez. II, 26 novembre 1988, n. 1508.

40. *Ex multis*, TAR Sardegna, 2 giugno 1988, n. 703.

41. Sempre, Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

al giudice amministrativo di aprirsi a un maggior uso della consulenza tecnica, considerata la ritrosia a ricorrere ai mezzi istruttori che, invece, consentirebbero di apprezzare nozioni e dati di carattere tecnico-discrezionale. Ciò anche per legittimare giudizi di attendibilità di metodi tecnici impiegati per svolgere le valutazioni tecniche, giudizi che altrimenti risulterebbero sprovvisti di adeguato fondamento.

La Giurisprudenza, ora<sup>42</sup>, ritiene che il sindacato sugli atti della pubblica amministrazione debba rispondere ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, dovendo, pertanto, da un lato, estendersi anche all'accertamento dei fatti operato sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico, dall'altro, implicare la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico, attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verifica, ecc.). Un tale sindacato, non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione<sup>43</sup>.

Delicato si rivela, tuttavia, il significato stesso del sindacato sulla valutazione tecnica. C'è chi ha osservato che tale sindacato si muove su una ipocrisia di fondo, ossia la considerazione che il consulente del giudice sia migliore del tecnico o del consulente della pubblica amministrazione. Di fatto, si tratterebbe solo di sostituire la valutazione del primo alla valutazione espressa in precedenza dal secondo a fondamento dell'atto amministrativo.

Emerge, quindi, un problema ben più esteso e diffuso, di fiducia nella PA<sup>44</sup>, in termini di formazione dei funzionari e del personale tecnico, nonché di capacità di scelta del consulente esterno.

42. E recentemente Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 757.

43. In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, n. 1257/2020.

44. La giurisprudenza amministrativa, riconoscendo il ruolo dell'amministrazione, ha osservato (recentemente Consiglio di Stato sez. IV, 31 agosto 2023, n.8098) che:

- a) la sostituzione, da parte del giudice amministrativo, della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'amministrazione costituisce ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto;
- b) in base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, solo l'amministrazione è in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure;
- c) conseguentemente, il sindacato sulla motivazione delle valutazioni discrezionali:
  - I) deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretezustosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti;
  - II) non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa.

Il giudice sarebbe più capace di scegliere l'esperto migliore? Non è una domanda cui il diritto può fornire risposta, trattandosi di un problema anzitutto politico, arginabile solo con un monitoraggio degli incarichi e una verifica delle performance.

Orbene, qualora a un certo problema tecnico ed opinabile, l'amministrazione abbia dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto<sup>45</sup>. Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, il giudice amministrativo può censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, in quanto il suo apprezzamento, inevitabilmente opinabile, finirebbe per affiancarsi a quello altrettanto opinabile dell'Amministrazione, sostituendolo ed invadendo l'ambito delle attribuzioni riservate alla medesima.

Oggi, tanto la discrezionalità pura quanto la discrezionalità tecnica possono produrre valutazioni opinabili e sindacabili, dal medesimo giudice, quello amministrativo. Pertanto, ciò che occorre verificare è l'effettivo grado di intensità del controllo giurisdizionale, in realtà fortemente variabile, dipendendo anche dal settore dell'attività amministrativa interessata, nonché dall'atteggiamento del giudice amministrativo stesso che, variabilmente, ha applicato una certa auto-limitazione.

Si è detto che il potere discrezionale consiste nel bilanciare i diversi interessi che stanno di fronte alla pubblica amministrazione, che li deve considerare tutti adeguatamente<sup>46</sup>. La discrezionalità è stata vista come zona libera da vincoli, ove l'area di incertezza è superabile ad opera dell'interprete mediante il ricorso a principi idonei a dare per ogni caso facile o difficile la soluzione esatta<sup>47</sup>. Il procedimento interpretativo amministrativo, però, non deve trascurare nulla. Altrimenti, la ponderazione insufficiente o errata può sollecitare il ricorso all'intervento giudiziale.

Ove venga attribuito un potere di valutazione tecnica o una maggiore discrezionalità valutativa a un soggetto pubblico, difatti, ciò che diventa davvero determinante è il procedimento, fondamentale sede di ponderazione e di confronto

45. Così, Cons. di Stato, sez. VI, n. 6696/2021; sez. II, n. 7772/2021; sez. VI n. 249/2022.

46. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.

47. L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 267, analizzando il filone giuspositivistico anglosassone.

tra conoscenze e metodologie, ancor più in sede di discrezionalità tecnica quando occorre assicurare la migliore concretizzazione della regola tecnica a fronte dell'indeterminatezza della norma.

Tuttavia, occorre ricordare che l'intervento del giudice non dovrebbe essere fisiologico ma patologico, necessario e opportuno in caso di inadempienze o errate valutazioni dell'amministrazione, fatta eccezione per quelle azioni pretestuose<sup>48</sup> che certamente nulla hanno a che vedere con la condotta della PA.

In un assetto utopistico, il sindacato giurisdizionale dovrebbe intervenire in casi limitatissimi, di particolare complessità (valutativa), come ultima istanza, dopo un procedimento amministrativo comunque caratterizzato da una ampia riflessione. Tuttavia, la crescente incidenza della scienza sul procedimento amministrativo<sup>49</sup> comporta, invece, che la valutazione amministrativa si complichino sempre più<sup>50</sup>, con conseguente inevitabile estensione dei margini di sindacabilità del provvedimento, con la prospettiva concreta di un aumento del contenzioso nel futuro.

Il PNRR, ad esempio, poi potrebbe creare qualche problematica e ogni riflessione sul sindacato giurisdizionale è più che mai opportuno. Il Consiglio di Stato<sup>51</sup>, al proposito, avverte che, nell'esercizio delle sue funzioni consultive, potrebbe svolgere un ruolo importante di supporto all'attuazione al PNRR anche con un ricorso più sistematico allo strumento dei quesiti, anche in chiave deflattiva di contenziosi seriali, al fine di determinare indirizzi esegetici di carattere generale che possano servire come elemento di certezza del diritto e di indirizzo applicativo su questioni incerte<sup>52</sup>. Oltre all'esame di conformità giuridico-formale, il Con-

48. Azioni pretestuose che alcune misure deflative, quale la maggiorazione del contributo dovuto in sede di ricorso, ha voluto limitare. È evidente, tuttavia, che, oltre alle azioni pretestuose, il contributo elevato ha impedito l'avvio anche di azioni legittime e fondate che sarebbero state altrimenti promosse da persone fisiche o giuridiche non dotate di ampi fondi per sostenere la causa.

49. Impressionante se si pensa al sindacato degli algoritmi. Sul punto, si rinvia a quanto osservato in F. Laus, *La tecnologia nella pubblica amministrazione: algoritmi e processi decisionali nei procedimenti amministrativi. Il caso della procedura di mobilità, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2, 2020.

50. Sul punto, A. Moliterni, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in Id., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 5, secondo cui "la crescente complessità e conflittualità dei rapporti economici e sociali – uniti alla forte interdipendenza globale dei fenomeni da regolare – ha reso sempre più necessaria l'apertura dell'ordinamento a conoscenze e a saperi extragiuridici, al fine di offrire una risposta credibile all'includibile domanda di certezza, sicurezza e stabilità proveniente dalla società".

51. Così nella relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Consiglio di Stato del 22 febbraio 2022, 16.

52. Richiamando le osservazioni già contenute nel parere n. 515 del 2016, sul c.d. decreto trasparenza.

siglio di Stato pone l'attenzione sulla fattibilità in concreto delle norme contenute nelle riforme connesse al PNRR, sulla loro idoneità o meno a produrre effetti utili per cittadini e imprese.

Come recentemente ricordato<sup>53</sup>, gli atti di alta amministrazione, espressione di ampia discrezionalità, attraverso i quali il Governo attua le fondamentali scelte politiche e amministrative di gestione della crisi, da un lato, non richiedono corredi motivazionali raffrontabili a quelli necessari per gli ordinari provvedimenti amministrativi, e, dall'altro lato, sono sindacabili in sede di legittimità solo per carenze e/o errori gravi e manifesti e per evidente illogicità, irrazionalità, sproporzione o irragionevolezza, restando precluso ogni sindacato che possa riguardare il merito e la condivisibilità delle decisioni adottate, né la loro opportunità e convenienza.

Tuttavia, connessi al PNRR, sono prevedibili numerosi procedimenti amministrativi che andranno realizzati dalle amministrazioni, pur collegati agli atti di alta amministrazione, e che richiederanno valutazioni complesse, certamente anche tecniche. Occorrerà individuare parametri valutativi significativi, coerenti e uniformi, formare a tale scopo gli uffici incaricati, adeguare l'assetto organizzativo, impedendo che la discrezionalità tecnica dell'amministrazione si poggi su valutazioni nelle quali ognuno si sia scelto il proprio parametro di valutazione, quello che gli fa più comodo.

Il precipuo ruolo dell'assetto organizzativo è da tempo punto di convergenza di molte riflessioni dell'analisi amministrativistica. È opportuno richiamare, in particolare, la stretta relazione di funzionalizzazione esistente, nell'amministrazione, fra momento organizzativo e attività diretta alla cura dell'interesse pubblico<sup>54</sup>, sia attribuendo all'organizzazione un ruolo fondamentale anche nella definizione dei contenuti da dare all'attuazione normativa<sup>55</sup>, sia raffigurando il momento organizzativo come inizio, orientamento e direzione dell'attività sostanziale per cui "la scelta organizzativa è una precisa istituzionalizzazione della scelta sostanziale"<sup>56</sup>.

Tale considerazione è rilevante, anche per quanto qui ci interessa, per affermare il ruolo insostituibile dell'amministrazione, alla quale, ove dotata del relativo potere discrezionale, deve spettare la decisione amministrativa, in ragione dell'attitudine della stessa amministrazione, proprio per come essa è istituita e organizzata, ad esprimere in via definitiva determinate scelte che hanno ad oggetto la

53. Precisamente nel report a cura del Consigliere, Giulia Ferrari, in tema di attività del Consiglio di Stato e del CGARS 2021, 57.

54. D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 325.

55. G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, CEDAM, 1968, 371.

56. Così, M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., 132.

ponderazione degli interessi in funzione della cura concreta dell'interesse primario affidato a una certa autorità<sup>57</sup>. Per contro, il giudice amministrativo potrebbe sindacare la scelta discrezionale della PA solo dall'esterno, solo per quanto riguarda cioè la sua conformità alla legge, ai principi che appartengono a una idea sostanziale di legittimità e per quanto riguarda il doveroso collegamento funzionale e teleologico al fine pubblico, ma non potrà mai conoscerne appieno il contenuto proprio, non partecipando, ovviamente, al procedimento e dovendosi basare su quanto emerso documentalmente e in istruttoria. L'effettiva tutela degli interessi pubblici e privati rispetto alla discrezionalità amministrativa passa, quindi, certamente dal sindacato del giudice amministrativo (che garantisce la effettiva tutela giurisdizionale), ma altrettanto, se non in misura maggiore, impone un adeguato, più efficiente, più performante, assetto organizzativo dell'amministrazione.

Chiudendo queste riflessioni, come si anticipava, occorre avere il coraggio di dare spazio alla discrezionalità al fine di dare pieno compimento alle riforme, con l'obiettivo di raggiungere davvero una concreta evoluzione dell'ordinamento, capace di raccogliere le sfide del futuro, ben evidenti nel PNRR e ormai nella quasi totalità degli atti di indirizzo sovranazionali.

Ciò, non consente però di sottovalutare le carenze del sistema che altrimenti porterebbero a un sicuro incremento del contenzioso.

E la discrezionalità va benissimo, ed è quanto mai opportuna, ma se il problema continua a porsi in dottrina e in giurisprudenza, se il contenzioso prosegue, significa che qualche difetto sistemico c'è, sia esso comunicativo, procedurale, formativo, normativo o tecnico.

### **3. Il sindacato delle valutazioni nel procedimento ad evidenza pubblica**

Molteplici sono le aree del diritto amministrativo in cui il sindacato della discrezionalità rappresenta una prospettiva cruciale, una fase patologica che incide anche sullo stesso sviluppo del procedimento, senz'altro segnato dall'esigenza di porsi al riparo da possibili eccezioni. Come spesso accade, infatti, la giurisprudenza amministrativa, nel sindacare le valutazioni discrezionali dell'amministrazione, ha fatto emergere tutte le fragilità e le carenze dell'iter, consentendo, così, alle amministrazioni ed al legislatore di intervenire per rendere più efficiente l'azione amministrativa.

57. Al riguardo, M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., 88, secondo cui la discrezionalità trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 97 Cost. proprio nella funzione dell'organizzazione. Altrimenti – avverte Nigro – il fenomeno della discrezionalità “dovrebbe ritenersi completamente ignorato dalla costituzione”.

Giungendo all'approfondimento qui affidato, il settore dei contratti pubblici rappresenta, indubbiamente, fonte di contenzioso<sup>58</sup> e, conseguentemente, terreno fertile per discussioni giurisprudenziali e analisi sui limiti dell'intervento del giudice sugli atti amministrativi, considerato che, secondo l'intenzione del legislatore (anche europeo), proprio il procedimento ad evidenza pubblica andrebbe caratterizzato da ampia discrezionalità per un miglior raggiungimento dei risultati. Nelle Direttive del 2014, recepite nel previgente codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, è stata evidente l'esigenza di snellire e semplificare regole soprattutto procedurali, di frequente molto dettagliate e fortemente restrittive del contenuto discrezionale della decisione amministrativa. Ad essa si è aggiunta l'ulteriore esigenza di favorire l'innovazione, ossia di dare spazio allo sviluppo di soluzioni nuove per le amministrazioni aggiudicatrici e sfruttare rapidamente i vantaggi proposti dagli operatori economici, che, frequentemente, per primi adottano modelli o schemi operativi inconsueti e, appunto, innovativi<sup>59</sup>.

Le osservazioni qui di seguito proposte tengono, ovviamente, conto dell'intervento giurisprudenziale realizzatosi sul Codice previgente. Tuttavia, è bene considerare che potranno verificarsi aggiustamenti in ragione del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 36/2023, soprattutto considerato l'intento manifesto di limitare le incertezze applicative, con meno regole ma più chiare, con maggior spazio concesso alla discrezionalità ed ovvie ricadute sul sindacato giurisprudenziale. In particolare, l'art. 2 pare codificare l'innovativo principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici, senza che ciò implichi "regalare la fiducia" a funzionari che non la meritano, né tanto meno incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale. Si tratta, secondo quanto osservato dal Consiglio rispetto allo schema del decreto, di dettare una regola chiara, secondo cui ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implicherebbe il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la PA dispone. Di alcune soluzioni di riforma, si darà conto più avanti, pur nella consapevolezza di non poter anticipare valutazioni sull'accoglienza giurisprudenziale di eventuali conseguenti implicazioni sul sindacato.

58. La lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere e, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.).

59. Al riguardo, si rinvia a quanto osservato in F. Laus, *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, Bononia University Press, 2018.

Significativo, anche in termini di sindacato e con riguardo alle osservazioni svolte circa la preminenza del risultato nell'amministrare, è la previsione nel decreto, e precisamente in apertura dello stesso, all'art. 1, del "principio del risultato", quale "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto". Come interpretato dallo stesso Consiglio di Stato nella relazione allo schema del decreto, si tratterebbe "di un principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza".

Considerato che nel presente elaborato si ragiona, tra l'altro, sul significato del sindacato giurisdizionale, non si può non considerare che il testo del Codice, proposto dal Consiglio di Stato, proviene proprio, in gran parte, dalla ponderazione di magistrati, gli stessi chiamati eventualmente a svolgere il sindacato sull'azione amministrativa anche nel settore dei contratti pubblici.

La struttura, quindi, del codice, peculiare rispetto ad altri codici previgenti, pare rispecchiare esigenze chiarificatrici finalizzate a creare maggiore certezza interpretativa e limitare così il contenzioso, attribuendo significativa fiducia all'amministrazione<sup>60</sup>, invocandone, tuttavia, una più adeguata formazione.

La relazione di accompagnamento allo schema di decreto, per stessa ammissione del Consiglio, è proposta "come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle linee guida non vincolanti", così annunciando un codice che "non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente "autoesecutivo", consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare", come fosse "un codice "che racconti la storia" delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto".

E così, proprio per la sua origine, nonostante la certamente ampia e variegata composizione della Commissione, merita considerazione il fatto che il Presidente del Consiglio dei Ministri, in data 30 giugno 2022, abbia voluto affidare la formulazione del progetto di codice dei contratti pubblici proprio al Consiglio di Stato, ai sensi del comma 4 dell'art. 1 della legge n. 78 del 21 giugno 2022.

Si auspica, pertanto, che l'attuazione del codice, anche all'esito delle eventuali modifiche nel frattempo intervenute, possa giungere con un chiaro riconoscimento dei rispettivi ruoli, tra amministrazione e magistratura.

Il nuovo codice ha dedicato una parte importante alla codificazione dei principi, in ragione della considerazione per cui il ruolo dei principi nel previgente co-

60. Al principio di fiducia viene dedicato il citato art. 2.



dice dei contratti aveva subito una compressione da parte delle norme puntuali, che avevano finito per erodere ambiti di discrezionalità alle amministrazioni pubbliche, indotte a considerare tali principi come valori astratti a cui deve rispondere, in via solo tendenziale, la loro azione.

Tuttavia, nella stessa relazione già citata si avverte la consapevolezza del rischio che un “abuso dei principi” possa portare a un eccessivo potere interpretativo del giudice, che condurrebbe a un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti.

Tra l’altro, al contrario, secondo l’intento della Commissione, la codificazione dei principi mirerebbe a realizzare, fra gli altri, l’obiettivo di “accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l’azione dell’amministrazione, il fenomeno della c.d. “burocrazia difensiva”, che può generare ritardi o inefficienze nell’affidamento e nell’esecuzione dei contratti”.

Naturalmente, solo l’applicazione concreta del codice e il contenzioso da quest’ultimo originato, consentirà di testare il reale effetto prodotto dai principi sulla contrattazione pubblica e sul sindacato giurisdizionale sul relativo procedimento.

In attesa di conoscere, dunque, la sorte della nuova disciplina, è bene comunque considerare che l’evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, determinata dalle esigenze d’innalzamento dei livelli progettuali e ingegneristici, ha ampliato lo spazio della discrezionalità della stazione appaltante (come osservato con riguardo alle amministrazioni in genere, in tutti i settori sensibili all’elemento tecnico), a fronte del quale, invece, il controllo<sup>61</sup> e la verifica dell’iter motivazionale hanno assunto margini indefiniti.

Per contro, sempre su impulso europeo<sup>62</sup>, è stato posto l’accento sull’esigenza di implementare la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, presupposto indefettibile per la promozione della concorrenza nel settore della contrattazione pubblica, che avrebbe – forse – imposto una conseguente maggiore intensità del sindacato giurisdizionale. Occorre, invece, individuare e comprendere i limiti del sindacato del giudice amministrativo sul procedimento ad evidenza pubblica.

Invero, un sistema più duttile e semplificato consente di rilevare con più pron-

61. Si ricorda al riguardo la previsione dell’art. 120 d.lgs. 104/2010, Codice del Processo Amministrativo, secondo cui “Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell’Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”.

62. In particolare, ci si riferisce alle Direttive ricorsi, tra cui da ultima la Direttiva 2007/66/CE, oltre alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

tezza un eventuale procedimento inefficiente. Non vi è dubbio, infatti, che l'efficientamento dell'Amministrazione costituisca un importante strumento di legalità. Peraltro, processi decisionali aperti risultano ormai fondamentali anche per recepire la tecnica e la sua inarrestabile evoluzione.

La maggior discrezionalità attribuita alle amministrazioni aggiudicatrici, tuttavia, richiede, come detto, un'importante formazione dei funzionari, per far sì che la lotta alla corruzione parta dalla diligenza degli stessi protagonisti.

Non si dimentichi, infatti, che la prevenzione della corruzione sta nell'equilibrio degli atti e dei comportamenti, e non nella preventiva organizzazione e regolamentazione dell'intera procedura.

Innanzitutto, è necessario fornire una adeguata e costante formazione dei funzionari che assumono le decisioni nei procedimenti, nonché una più decisa regolamentazione della selezione dei commissari, da individuare secondo specifica esperienza in relazione al procedimento interessato. In tale contesto, non indifferente è, quindi, il ruolo che viene affidato al consulente tecnico in un settore sempre più caratterizzato da elevata tecnicità, considerata la prevalenza di valutazioni di ordine tecnico tra quelle compiute dall'amministrazione in questo contesto. Tali considerazioni, in merito alla maggiore professionalità degli organi decisori e consultivi<sup>63</sup>, ovviamente, vale per ogni procedimento amministrativo.

Orbene. Il Codice del 2016 ha concesso maggiore autonomia alle amministrazioni, ma la pubblica amministrazione era pronta? Il Codice del 2023, peraltro, accentua la fiducia nell'amministrazione pubblica, in una fase di riforma organica e strutturale della stessa, dettata dall'attuazione del PNRR.

In sintesi, il problema della discrezionalità si dovrebbe risolvere limitando il sindacato giurisdizionale o fornendo al personale maggiori competenze (ed un

63. C. Sereni Lucarelli, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2021, che ricorda "che l'organo consultivo dotato di competenze tecniche fornisce (o – per quanto si dirà – dovrebbe fornire) un apporto necessario e strumentale all'organo competente a decidere, che di quella competenza tecnica è sfornito". E ancora "Le amministrazioni sono quotidianamente alle prese con un incremento della complessità dei compiti che sono chiamate a svolgere, dovuto in parte (e insieme) all'incalzante innovazione scientifica e tecnologica, alla rapida e globale diffusione delle conoscenze, più di recente all'emergenza sanitaria. A questo si aggiunge il dato, anch'esso incontrovertibile e oramai a tutti noto, che al crescente bisogno di conoscenze tecniche e dunque di rinnovamento e di adeguamento dell'organizzazione dell'amministrazione (che storicamente ha rappresentato il catalizzatore degli uffici tecnici nei più svariati settori per il peso economico e organizzativo che la sperimentazione tecnica comporta), la stessa ha negli ultimi anni risposto inversamente con la progressiva emarginazione dei tecnici nel suo interno. All'esigenza di 'specializzazione' dell'amministrazione si è nei fatti contrapposto un generale "impoverimento" tecnico dell'amministrazione e delle sue competenze specialistiche. Logica vorrebbe che l'organo che non ha al suo interno gli strumenti per fronteggiare la c.d. 'pervasività' della tecnica, ponesse al centro della sua azione provvedimento l'apporto dell'organo consultivo, ad essa fisiologicamente strumentale".

adeguato assetto organizzativo all'amministrazione) al fine di raggiungere una decisione ottimale?

Sicuramente, il fatto di cristallizzare una decisione, proteggendola a prescindere dalla sua "bontà" non ha senso, neppure nel caso di una valutazione tecnica, ormai anch'essa eccepibile. Il Giudice svolge una funzione fondamentale, potendo correggere gli errori ove la ponderazione amministrativa si rilevi inadeguata, senza che l'ordinamento preveda ostacoli alla piena conoscibilità della valutazione da parte del giudice. Il contenzioso non è il problema, ma il tramite per la soluzione di una patologia del procedimento.

Il Giudice amministrativo può esercitare la sua giurisdizione non già nella sfera riservata alla discrezionalità amministrativa (ossia nel merito dell'attività amministrativa<sup>64</sup>, consistente in valutazioni di opportunità e convenienza), bensì nell'ambito di una valutazione di natura schiettamente tecnica, senza superare, quindi, i limiti esterni della propria giurisdizione, potendo giungere alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Il Giudice, peraltro, può intervenire anche sul bando di gara, qualora emergesse una evidente indeterminazione della legge di gara e della prestazione richiesta, con conseguente vulnus della possibilità di formulare un'offerta congrua e ponderata. In merito al bando di gara, la discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella definizione delle condizioni di gara è sindacabile con riguardo al rispetto dei requisiti di legge ed in generale dei principi di ragionevolezza e imparzialità<sup>65</sup>.

Tuttavia, volendo rendere più efficiente il sistema, occorre fornire all'ammini-

64. Benché la cognizione piena del rapporto e sul rapporto potrebbe rappresentare un tema interessante di riforma, in base al quale il giudice sia abilitato a conoscere direttamente il "fatto", senza l'intermediazione del provvedimento. Sul punto, F. Patroni Griffi, nella *Lectio Magistralis* del 24 novembre 2020 dal titolo *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, la cui relazione è accessibile al sito: [spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/lezioni-magistrali](http://spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/lezioni-magistrali) [consultato il 7 ottobre 2023].

65. Al proposito, "l'amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto" (Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484; Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004; TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 1° aprile 2021, n. 3935; TAR Lombardia Milano, sez. I, 27 gennaio 2021, n. 252). Inoltre "nelle gare pubbliche all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito. In ragione di ciò, il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alla verifica del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara" (TAR Campania, Napoli, sez. III, 23 luglio 2020, n. 3264; TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 marzo 2022, n. 3668).

strazione aggiudicatrici e alle stazioni appaltanti quegli strumenti utili per proteggere il risultato, far sì che la decisione assunta non solo sia la migliore ma sia anche adeguatamente motivata e supportata da completa ponderazione, anche in fase di formazione delle commissioni aggiudicatrici.

### 3.1. *Alcune criticità del sindacato nella contrattazione pubblica in genere*

A prescindere dalla modalità di selezione prescelta e dal settore interessato, il momento di formazione della commissione risulti particolarmente delicato e imponga una profonda riflessione (anche in funzione dell'attesa nuova disciplina sopra citata) che consenta di imporre requisiti elevati di formazione ed esperienza, che consentano di ottenere una effettiva qualità del momento valutativo del procedimento ad evidenza pubblica.

Indubbiamente delicata anche per la sua concreta immediata percepibilità, la valutazione delle offerte rappresenta una fase ad alto contenuto discrezionale e tecnico. Tale momento procedurale implica considerazioni tecniche che ove sindacate non sempre possono incontrare la specifica competenza del giudice, potendo, invece, ben essere oggetto di opportuna consulenza tecnica. Da qui, in virtù della ritrosia al ricorso ai mezzi istruttori, segue una certa difficoltà di estendere, in questo settore, il sindacato giurisdizionale, con ampio uso di *self-restraint*.

Giova evidenziare il principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che sia affetta da manifesta illogicità<sup>66</sup>.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale sostanzialmente unanime, la discrezionalità tecnica che la Commissione giudicatrice esercita nel valutare le offerte in gara e nell'attribuire loro i vari punteggi premiali stabiliti dalla *lex specialis* non è sindacabile in sede giurisdizionale, salvo il caso di giudizi palesemente incongrui o irragionevoli, non potendo il Giudice amministrativo sostituire la propria opinabile valutazione a quella altrettanto opinabile dell'Amministrazione<sup>67</sup>.

Ne consegue che il sindacato sulla legittimità dei punteggi che la Commissione in sede di gara attribuisce all'offerta tecnica, e delle sottostanti valutazioni, si arresta a una soglia di manifesta illogicità, irrazionalità ed irragionevolezza<sup>68</sup>.

66. Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1748 e 14 gennaio 2019, n. 291; Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1699.

67. Così, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 3091/2021; Cons. Stato, sez. V, n. 2524/2021.

68. Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2022, n. 395.

Così, anche, il sindacato giudiziale sulla verifica di congruità dell'offerta è necessariamente limitato alle ipotesi di manifesta illogicità e di erroneità fattuale, e giammai sostitutivo<sup>69</sup>. Il giudizio di anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica, e, dunque, non può concentrarsi in modo autonomo e parcellizzato su singole voci che compongono l'offerta medesima<sup>70</sup>.

Nell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 54 d.lgs. 36/2023 (dedicato all'esclusione automatica delle offerte anomale), viene recuperata la norma contenuta nell'art. 97, co. 6, d.lgs. 50/2016, in tema di "verifica facoltativa" della congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che le stazioni appaltanti dispongono di una discrezionalità ampia con riguardo alla scelta di procedere, o no, alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione né può essere sindacato se non nelle ipotesi, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto<sup>71</sup>. Alle offerte anormalmente basse è, invece, dedicato l'art. 110 d.lgs. 36/2023.

### *3.2. Il sindacato sulla valutazione in tema di integrità morale degli operatori economici*

Le sollecitazioni del settore consentirebbero ulteriori sviluppi, ma, volendo limitarsi a un'ultima analisi, significativo appare il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento<sup>72</sup>.

Si tratta, peraltro, di una questione affrontata anche in sede giurisdizionale nel

69. Così, Cons. Stato, sez. III, n. 2593/2019.

70. Cons. Stato, sez. V, n. 4050/2016 e n. 6126/2021.

71. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604.

72. Per un'analisi della tematica specifica, D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in "corto circuito" tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 2021; P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2020; M. Lo Gullo, *L'insindacabile presunzione di colpevolezza forgiata dal consiglio di stato*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2019; G. Balocco, P.M. Minetti, *I requisiti di moralità tra principio di tassatività e discrezionalità amministrativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2022; E. Romano, *Obblighi dichiarativi degli operatori economici, potere di esclusione dell'amministrazione e sindacato del giudice*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2021; L. La Rosa, *Discrezionalità della p.a. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2019; I. Pagani, *principio di proporzionalità ed esclusione dalla partecipazione a procedure d'appalto*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2020.

settore finanziario, dove l'onorabilità rappresenta requisito essenziale per i membri del *board*, degli organi di amministrazione e di controllo delle Società, nonché dei soggetti aventi partecipazioni rilevanti.

Nel settore dei contratti pubblici, il previgente art. 80 d.lgs. 50/2016 individua i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione. Oltre a una lunga lista di ipotesi specifiche il cui accertamento conduce all'esclusione senza margini di discrezionalità, l'art. 80, precisamente al comma 5, prevedeva alcune circostanze più "aperte" che consentono alle stazioni appaltanti di escludere l'operatore economico dalla procedura. In particolare, è inevitabile ipotizzare un certo margine di discrezionalità nella valutazione della stazione appaltante, qualora si volesse ricorrere alla clausola generale del "grave illecito professionale" previsto alla lettera c), che consente l'esclusione ove "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità".

Sebbene al momento non possano osservarsene gli effetti applicativi, occorre anticipare che, come accennato, anche l'art. 80 (e il conseguente giudizio sulla integrità in esame) è stato oggetto di riforma nel nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 36/2023. Al proposito, il nuovo art. 95 – parzialmente riproducendo il previgente art. 80, co. 5, lett. c – prevede, al comma 1, lettera e), tra le cause di esclusione non automatica, che la stazione appaltante escluda "dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: (...) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati"<sup>73</sup>. All'art. 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi"<sup>74</sup>. L'art. 98 tipizza l'illecito professionale e, con più specifico riferimento agli illeciti professionali "riferibili" a condotte integranti reato, la tipizzazione degli elementi valutabili dal soggetto nel cui interesse è bandita la gara, costituisce una rilevante novità della disciplina complessiva e dovrebbe essere utile ad attenuare l'impatto del contenzioso ed a riducendo i

73. Occorre osservare che, rispetto alla previgente denominazione di cause di esclusione facoltativa, presente nel Codice del 2016, la nuova disciplina introdotta all'art. 95, riferendosi a cause di esclusione "non automatica", tenta di superare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione, la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico. Ciò che spetta alla Stazione appaltante consiste, invece, in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: una volta apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. In tal senso è osservato in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale scientifica, 2023, vol I, 574, che richiama quanto osservato a pagina 138 della Relazione del Consiglio di Stato allo schema di decreto.

74. Così, l'art. 98, intitolato *Illecito professionale grave d.lgs. 36/2023*.

margini di incertezza. Tuttavia, resta fermo che l'endemico margine di discrezionalità spettante a ciascun soggetto nel cui interesse è bandita la gara, potrà condurre a valutazioni difformi pur a fronte del medesimo fatto e del medesimo compendio probatorio<sup>75</sup>.

Si osserva, poi, che, nel settore finanziario, le verifiche di idoneità sono tese ad accertare che i membri degli organi di amministrazione di un ente creditizio vigilato, compresi i responsabili delle principali funzioni aziendali ove previsto dal diritto nazionale, soddisfino i requisiti necessari allo svolgimento dell'incarico, di modo che gli organi aziendali risultino idonei ad assolvere i propri compiti e riflettere una composizione che contribuisca alla gestione efficace dell'ente e a un processo decisionale equilibrato.

Sotto tale profilo, la Banca Centrale Europea svolge un ruolo di controllo sull'accesso agli organi aziendali ed è responsabile della verifica dell'idoneità di tutti i membri degli organi di amministrazione di tutti gli enti creditizi sottoposti alla sua vigilanza diretta. In particolare, alla BCE sono affidate le valutazioni della idoneità degli esponenti e dei responsabili delle principali funzioni aziendali, adeguata composizione collettiva degli organi e limiti al cumulo degli incarichi nelle banche qualificate come significative ai sensi del Regolamento (UE) n. 1024 del 15 ottobre 2013.

La verifica dell'idoneità degli organi di amministrazione delle banche accresce la sicurezza e la solidità dei singoli enti creditizi e rafforza l'intero settore bancario, contribuendo ad aumentare la fiducia del pubblico nei confronti del settore finanziario dell'area dell'euro in generale.

Al riguardo, è intervenuto, a livello nazionale, il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23 novembre 2020, n. 169 recante disposizioni regolamentari in materia di requisiti e criteri di idoneità per lo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento e dei sistemi di garanzia dei depositanti<sup>76</sup>, in attuazione, tra l'altro, dell'art. 26 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d.lgs. n. 385/1993.

In particolare, il Decreto MEF del 2020, nell'innalzare gli "standard di idoneità" precedentemente richiesti per ricoprire incarichi di gestione in una banca, ha effettuato una distinzione tra requisiti di onorabilità e criteri di correttezza. I primi assumono carattere tassativo, pur potendo essere ampliati in sede statutaria, mentre i secondi richiedono una valutazione specifica che dovrà essere effettuata

75. In tal senso la Relazione del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati dello Schema del Codice, specificamente a pagina 144.

76. Al riguardo, R. Masera, D. Rossano, *Requisiti degli esponenti aziendali negli intermediari finanziari: spunti di riflessione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2, 2021, 276-289.

dall'organo amministrativo il quale deve aver riguardo, nell'analisi suddetta, alle specificità del caso concreto, nonché alla funzione che il soggetto incaricato dovrà svolgere all'interno dell'istituto creditizio. Il rispetto dei criteri di correttezza indicati dall'art. 4 del Decreto impone, tra l'altro, la verifica da parte del nominato organo della circostanza che l'esponente aziendale non sia destinatario di "indagini" e di "procedimenti penali in corso", mutando il precedente approccio secondo cui soltanto le ipotesi di un eventuale rinvio a giudizio, per reati rilevanti ai fini dell'onorabilità, imponevano all'esponente interessato di farne comunicazione al consiglio di amministrazione che avrebbe poi provveduto ad inoltrare la medesima alla Banca d'Italia<sup>77</sup>.

La Banca Centrale Europea (BCE) ha pubblicato a dicembre 2021 una nuova versione della propria "Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità" ("Guide to fit and proper assessments") – aggiornando la precedente versione del maggio 2018 –, nonché del relativo questionario ("Fit and proper Questionnaire")<sup>78</sup>.

Tale questionario necessita di essere integrato da parte delle autorità nazionali competenti, al fine di renderlo coerente con le eventuali specificità derivanti dalle varie normative nazionali di volta in volta applicabili. A tale proposito, la Banca d'Italia ha pubblicato la Comunicazione del 7 aprile 2022 avente ad oggetto la "Adozione del questionario predisposto dalla Banca Centrale Europea, come integrato con le specificità nazionali, nell'ambito della verifica dell'idoneità degli esponenti delle banche significative" (c.d. *fit and proper assessment*). Nell'adottare il questionario in parola, la Banca d'Italia ha provveduto all'integrazione dello stesso con alcune ulteriori richieste informative volte ad allinearlo alle previsioni contenute nel citato Decreto del MEF, sui requisiti di idoneità degli esponenti aziendali.

È in fase di sviluppo il Regolamento attuativo dell'art. 25, in merito i requisiti di onorabilità ed i criteri di competenza e correttezza dei partecipanti al capitale delle banche, che ricalca, nella bozza finora reperibile, i medesimi requisiti prescritti dal già citato Decreto MEF n. 169/2020.

Per quanto interessa al presente approfondimento, il problema sorge, dunque, specificamente con riguardo al giudizio di correttezza, caratterizzato da rilevanti margini di discrezionalità nelle valutazioni effettuate caso per caso.

In particolare, l'art. 5 del decreto MEF prevede che il verificarsi di una o più delle situazioni indicate nell'art. 4, che individua le condotte potenzialmente con-

77. Sul punto, E. De Lillo, *Commento sub art. 26 tub*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia e creditizia*, CEDAM, 2018, 597.

78. Reperibili al sito: [www.bankingsupervision.europa.eu/banking/tasks/fit\\_and\\_proper\\_assessments/html/index.it.html](http://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/tasks/fit_and_proper_assessments/html/index.it.html) [consultato il 7 ottobre 2023].



trarie al requisito di correttezza degli esponenti, non comporta automaticamente l'inidoneità dell'esponente, ma richiede una valutazione da parte dell'organo competente. La valutazione deve essere condotta avendo riguardo ai principi di sana e prudente gestione nonché alla salvaguardia della reputazione della banca e della fiducia del pubblico. Il criterio di correttezza risulterebbe non soddisfatto ove le situazioni esaminate delineassero un quadro grave, preciso e concordante su condotte in contrasto con gli obiettivi gestionali e reputazionali di cui sopra.

Il giudizio della Banca d'Italia, nei casi ad essa affidati (banche c.d. meno significative), in punto di decadenza dalla carica per mancato rispetto del requisito di correttezza, è sindacabile, considerato il margine di discrezionalità e il non automatismo della inidoneità con riguardo ai criteri di correttezza?

Se si volesse applicare l'orientamento – di seguito illustrato – adottato nell'ambito del previgente art. 80, co. 5, lett. c (cui inevitabilmente occorre riferirsi), potrebbe dirsi che il sindacato del giudice amministrativo, anche con riguardo al giudizio di inidoneità bancaria, intervenendo su una valutazione discrezionale finalizzata a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra pubblico e sistema bancario, potrebbe intervenire solo nei limiti della manifesta irragionevolezza, illogicità e erroneità della valutazione stessa.

Per comprendere, la rilevanza di tale previsione nel procedimento ad evidenza pubblica, il previgente art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 non contemplava un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegnava una fattispecie aperta, contenente un'elencazione avente natura esemplificativa e non tassativa, rimettendo alle Stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi non espressamente contemplate dalla norma primaria o dalle Linee guida ANAC<sup>79</sup>.

In altri termini, secondo orientamento consolidato, la stazione appaltante può desumere il compimento di grave illecito professionale “da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità”<sup>80</sup>.

La norma in parola escludeva ogni automatismo relativo all'esclusione dalla gara di un'impresa concorrente, ponendo in capo alla Stazione appaltante l'onere di valutare la rilevanza dei gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente medesimo<sup>81</sup>.

Quindi, la valutazione sulla sussistenza di “gravi illeciti professionali” desumi-

79. Così, Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299, richiamato anche recentemente in TAR Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 20 gennaio 2022, n. 3.

80. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223.

81. Al riguardo, TAR Marche, 15 febbraio 2021, n. 131; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 11 febbraio 2021, n. 1725, TAR Lazio, Roma, sez. I, 1° luglio 2021, n. 7786.

bili da “mezzi adeguati” compete all’amministrazione, la quale è chiamata all’uopo – in caso di illecito comunicativo – ad apprezzare senz’altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente. Nel far ciò, l’amministrazione non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, progressi episodi dei quali l’operatore si è reso protagonista e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell’operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d’appalto. Il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull’ammissione del concorrente è quello della “integrità o affidabilità” dell’operatore: per questo, non solo i profili della condotta dichiarativa endo-procedurale in sé, ma anche quelli inerenti al fatto non adeguatamente dichiarato rientrano nell’oggetto dell’apprezzamento di competenza dell’amministrazione<sup>82</sup>.

Richiamando la pendenza di un procedimento penale rilevante ai fini della correttezza prescritta dal TUB sopra citato, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto non affetta da manifesta illogicità o da irragionevolezza la valutazione della stazione appaltante di escludere un concorrente da una gara d’appalto, per grave illecito professionale *ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016*, per la pendenza di un procedimento penale per i reati di cui agli artt. 318, 319 e 353 c.p.<sup>83</sup>.

Questo considerato che per giurisprudenza costante “l’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra Amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di condotta illecita storicamente maturata(…)” rimettendo “la qualificazione di una condotta come grave illecito professionale ad una valutazione discrezionale della Stazione appaltante, pertanto sindacabile solo nei consueti limiti della manifesta irragionevolezza, illogicità e erroneità”<sup>84</sup>.

Si tratta di una clausola generale che consente di dare rilevanza a una pluralità non tipizzata di condotte illecite, variamente ricollegate all’esercizio dell’attività professionale, dalle quali l’amministrazione può desumere l’inaffidabilità dell’operatore economico sancendone l’esclusione dalle procedure di evidenza pubblica.

La Stazione appaltante, quando si esprime in merito alla integrità o affidabilità professionale di un determinato operatore economico ai sensi del previgente art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. 50/2016, “formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è suf-

82. Così, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307.

83. TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 settembre 2022, ordinanza n. 5918.

84. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 14 gennaio 2022, n. 299; analogamente, TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 2456.

ficiente evidenziare la mera non divisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non divisibilità della valutazione discrezionale operata dalla Pubblica amministrazione, il Giudice Amministrativo non potrà sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della stessa la propria<sup>85</sup>.

In altri termini, costituisce *ius receptum* che, nell'ipotesi che qui interessa, "il sindacato che il G.A. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non divisibilità" della valutazione stessa"<sup>86</sup>. Difatti, il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore<sup>87</sup>.

In tale contesto<sup>88</sup>, il sindacato del giudice amministrativo è necessariamente un sindacato sulla motivazione, nel senso che il giudice è tenuto a valutare se, alla luce delle ragioni articolate dalla stazione appaltante nella motivazione del prov-

85. In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2017, n. 3645; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452.

86. Cass. Civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367.

87. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223, secondo cui ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta (la non manifesta abnormalità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera "non divisibilità" della valutazione stessa.

88. Peraltro, reso ancor più complesso se considerato l'istituto del c.d. *self-cleaning*, di derivazione eurounitaria, che trova il suo fondamento nell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE e, in ambito nazionale, nell'art. 80, commi 7 e 8 del previgente d.lgs. 50 del 2016, e ora riversato nel nuovo d.lgs. 36/2023 all'art. 96. Tale istituto consente all'operatore economico di dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione. L'obiettivo del legislatore è quello di permettere la partecipazione alle procedure di gara anche a quegli operatori economici che si siano "ravveduti" circa quanto commesso e abbiano posto in essere comportamenti atti a evitare che tali situazioni ricapitino in futuro. Per rilevare, l'adozione e l'allegazione alla stazione appaltante di misure di *self-cleaning* deve, però, essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte (effetto pro futuro). Di fronte all'omessa indicazione della funzione delle misure e alla loro palese tardività, non può pretendersi dalla stazione appaltante un onere specifico di motivazione. Su tale istituto, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2022, n. 164 e TAR Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 13 luglio 2021, n. 224, TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 maggio 2021, n. 446, e a livello sovranazionale Corte di Giustizia UE, sez. IV, 19 giugno 2019 causa C-41/18.

vedimento, la valutazione non sia connotata da illogicità, irrazionalità, abnormità o, comunque, da travisamento dei fatti<sup>89</sup>.

Riassumendo, la stazione appaltante è dotata di un potere ampiamente discrezionale, sindacabile solo nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errori di fatto e il sindacato demandato al giudice adito deve essere esercitato entro i limiti dell'attendibilità e coerenza, anche sotto il profilo del corredo motivazionale e della presupposta istruttoria<sup>90</sup>.

Laddove l'amministrazione operi la valutazione di affidabilità, quindi, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente"<sup>91</sup>. Tali limiti, come sancito dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria<sup>92</sup>, non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.

Anche nel settore dei contratti pubblici, per il quale la casistica giurisprudenziale è immensa e solo per accenni qui illustrata, emergono la necessità di ridurre i rischi di un sindacato giurisprudenziale fondato sulla contestualizzazione e la conseguente esigenza di prevedibilità del sindacato, rispetto al quale – forse – sarebbe il momento di un intervento legislativo per consolidare l'effettività della tutela giurisdizionale e comunque la certezza dei limiti proprio della stessa tutela.

### *3.3. Tecnica e valutazioni nella contrattazione in sanità*

Si pensi al settore sanitario, in cui gli enti che vi operano rappresentano tra i più importanti centri di spesa pubblica. In questo contesto, il rispetto dei principi ordinamentali e della disciplina specifica è ancor più critico se si considera l'entità delle commesse, nonché le evidenti esigenze di contenimento della spesa, ma soprattutto se si considera la delicatezza del comparto, anche in termini di incidenza sulla tutela di diritti fondamentali quali la salute e la riservatezza dei c.d. dati sensibili, e l'elevata tecnicità delle prestazioni richieste agli appaltatori. E la

89. Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2020, n. 1760 e, sez. V, 9 gennaio 2020, n. 178.

90. TAR Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 13 luglio 2021, n. 224.

91. Così, Cass., sez. unite, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che aveva annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza del Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

92. Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16.

rilevanza del comparto consente che, in materia di pubblici appalti in ambito sanitario, l'Amministrazione goda di ampia discrezionalità ben potendo predisporre clausole aventi il fine di garantire l'effettivo avvio del servizio in tempi celeri e certi da parte dell'aggiudicatario<sup>93</sup>.

Tema di particolare rilievo è l'elevato carattere tecnico della strumentazione per il cui acquisto le strutture sanitarie devono ricorrere al mercato, grado tecnico sempre maggiore se si pensa alla fornitura di dispositivi medici *software*<sup>94</sup> di cui al Regolamento UE n. 745/2017<sup>95</sup>. Al proposito, la vigente disciplina pone certamente l'accento sul carattere innovativo e sulla qualità quali rilevanti elementi di valutazione delle offerte e non v'è dubbio che nel settore sanitario l'innovazione tecnologica acquisisca fondamentale ruolo per l'efficientamento e l'efficacia del servizio.

Tale considerazione impone, da un lato, di riconoscere un'ampia discrezionalità a favore della stazione appaltante nella individuazione di specifici criteri di valutazione e, dall'altro lato, di coordinare le esigenze delle procedure con il tecnicismo delle valutazioni delle offerte concorrenti, ancor più ove sia adottata la procedura del partenariato per l'innovazione *ex art. 75 d.lgs. 36/2021*.

Quanto al primo profilo, a titolo esemplificativo, nell'ambito di una procedura aperta per la fornitura di dispositivi medici per pazienti diabetici in cui uno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica è costituito dalla possibilità per lo stru-

93. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 15 luglio 2019, n. 617.

94. Rispetto al quale ci troviamo in un periodo transitorio in cui vi sono dispositivi non ancora certificati come medici, ma da tempo utilizzati nelle strutture sanitarie, che vengono preferiti a dispositivi medici certificati. E la giurisprudenza amministrativa sta chiarendo che, se alla luce del bando di gara il dispositivo non doveva essere certificato quale dispositivo medico, nessuna valutazione peggiore avrebbe potuto ricevere per l'assenza del richiamato requisito. Al proposito, tra le più recenti, TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 23 febbraio 2022, n. 452, che al proposito richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo.

95. Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, secondo cui, all'art. 2, co. 1, è dispositivo medico qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, software, impianto, reagente, materiale o altro articolo, destinato dal fabbricante a essere impiegato sull'uomo, da solo o in combinazione, per una o più delle seguenti destinazioni d'uso mediche specifiche: diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione di malattie; diagnosi, monitoraggio, trattamento, attenuazione o compensazione di una lesione o di una disabilità; studio, sostituzione o modifica dell'anatomia oppure di un processo o stato fisiologico o patologico; fornire informazioni attraverso l'esame in vitro di campioni provenienti dal corpo umano, inclusi sangue e tessuti donati, e che non esercita nel o sul corpo umano l'azione principale cui è destinato mediante mezzi farmacologici, immunologici o metabolici, ma la cui funzione può essere coadiuvata da tali mezzi.

mento di trasmettere i dati del paziente a una pluralità di cartelle cliniche, è legittima la determinazione con la quale la Stazione appaltante, nel rispetto delle caratteristiche dei prodotti e della letteratura scientifica in materia, ha ritenuto di non attribuire a una delle imprese concorrenti un maggior punteggio in ragione del fatto che lo strumento dalla stessa offerto in gara non prevede un collegamento con delle cartelle cliniche, idonee a rappresentare l'intera storia clinica del paziente, ma bensì con delle applicazioni per la gestione dei dati sanitari inerenti al diabete e, dunque, limitate a tale patologia<sup>96</sup>.

Peraltro, il momento valutativo del dispositivo medico è tanto delicato da ritenere illegittima la sentenza che, nel considerare incongruo il giudizio espresso da una Stazione appaltante nella valutazione dei dispositivi medici per anestesia e rianimazione offerti in gara, investisse un ambito di apprezzamento tecnico-discriminatorio della Commissione che non risulta viziato da erroneità o dal travisamento dei presupposti posti a suo fondamento o dalla palese irrazionalità dell'iter logico ad esso sotteso<sup>97</sup>.

Quanto al secondo profilo (connesso, come visto, alla tecnicità delle forniture sanitarie), rilevantisimo è il tema dell'esigibile grado di competenza dei commissari di gara, specialmente quando si tratta di appalti aventi ad oggetto l'acquisto di sistemi complessi di dispositivi medici o comunque di attrezzature sanitarie di alta tecnologia, di complessa valutazione tecnica.

Spesso, in questi casi, le commissioni di gara sono composte da un ingegnere clinico, un medico specialista della disciplina nella quale l'apparecchiatura o il sistema deve essere applicato, e un esperto amministrativo, con funzioni anche di supporto giuridico.

La problematica sorge al momento della nomina di commissari di gara che, all'atto della valutazione tecnica dei requisiti previsti dal capitolato, potrebbero non risultare in grado di apprezzare autonomamente le soluzioni tecniche proposte in gara, uniformandosi così ai giudizi espressi dai commissari dotati di competenze specifiche.

Tuttavia, al proposito, è intervenuto il Consiglio di Stato<sup>98</sup> riaffermando che le competenze dei singoli commissari non devono necessariamente riferirsi all'e-

96. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 28 dicembre 2017, n. 2537, in *giustizia-amministrativa.it*.

97. Cons. Stato, sez. III, 1° marzo 2018, n. 1283. E infatti, a fronte di valutazioni impostate su un'ampia congerie di contenuti tecnici e caratterizzate da un fisiologico margine di opinabilità, il sindacato giurisdizionale può esplicitarsi solo su elementi sintomatici di una manifesta inattendibilità del giudizio, che risulti viziato, cioè, dall'erroneità o dal travisamento dei presupposti posti a suo fondamento o dalla palese irrazionalità dell'iter logico ad esso sotteso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2017, n. 3645; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2016, n. 1331; Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3339).

98. Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2019, n. 4458; Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2019, n. 2638.

sperienza nel settore primario, cui si riferisce l'oggetto del contratto, ma ben sono ammissibili ed anzi opportune nomine di commissari con esperienza nei settori "secondari", che con quell'oggetto interferiscono o si intersecano. È dunque normale la presenza, all'interno della commissione di gara, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa, sia di natura tecnica, perché ciò risponde, in un rapporto di complementarità, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto.

Si ricorda, al proposito, che l'art. 77 d.lgs. 50/2016 aveva previsto, in tema di commissione giudicatrice, che la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico dovesse essere affidata a una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. I commissari esperti dovevano essere scelti (*rectius*, sorteggiati da una lista scelta) dalla Stazione appaltante con le modalità previste in tale norma, tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC, procedura sospesa in attesa che giungesse la disciplina specifica che regoli l'iscrizione a tale albo. La commissione giudicatrice ha continuato ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

L'istituto della commissione giudicatrice è stato, poi, rivisto, con il superamento del sistema incentrato sull'Albo dei commissari tenuto dall'ANAC, ad opera dell'art. 93 d.lgs.36/2023. La nuova impostazione della procedura di formazione della commissione è incentrata sull'autonomia concessa a tal riguardo all'amministrazione appaltante, che è tenuta ad osservare, precipuamente, il principio di trasparenza e criteri di competenza e rotazione nella nomina.

# LA METAMORFOSI DELLA GIUSTIZIA TRADIZIONALE E LE GEOMETRIE DELLA LEGITTIMAZIONE DELL'ADJUDICATION

ROLANDO PINI\*

Gli organi giudicanti appaiono sempre più sganciati dalla dimensione delle discussioni politiche e quindi autonomi dal mondo del “discorso politico”<sup>1</sup>; in altre parole, la produzione del diritto (*Rechtsetzung*) da parte della politica e la decisione delle controversie da parte degli organi giudicanti risultano fenomeni differenti tra loro e da tenere separati, ma nello stesso tempo stanno tra loro in un rapporto di stretta interazione<sup>2</sup>.

Concettualmente, la simultaneità della separazione e del collegamento si va consolidando in istituzioni giuridiche. Tuttavia, nella società democratica, il diritto positivo nasce dal procedimento legislativo che fonda e modifica l'ordinamento giuridico; e ciò anche per effetto della separazione dei poteri, principio che fonda la legittimazione di ogni potere nel controllo reciproco dell'uno sull'altro.

Ma la scienza politica ha mostrato che molti gruppi di interesse sfruttano in modo strategico soprattutto i sistemi multilivello per consolidare e ampliare la loro posizione di potere nei confronti del legislatore.

Si possono così formare *enclave* di produzione del diritto da parte di organi giudicanti che rendono *outsider* il legislatore dal punto di vista procedimentale; anzi, il legislatore difficilmente riesce ad avere cognizione di informazioni rilevanti e ad inserirsi nel processo di formazione di “nuovo diritto”.

Così gli organi giudicanti finiscono per essere dotati di una certa libertà di

\* Università di Bologna. In questo contributo uso il termine organo giudicante in un senso ampio che comprende le istituzioni che operano in forma giudiziale, ancorché costituiscano un insieme eterogeneo.

1. J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, 1992.

2. E.W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, Müller, 2003.



azione<sup>3</sup>. Ne consegue, ovviamente, un problema di legittimazione democratica, che si amplifica se lo si analizza in una prospettiva dinamica<sup>4</sup>.

Si tratta, allora, di capire se gli organi giudicanti esercitino una funzione analoga a quella istituzionalizzata, ovvero diano luogo a particolari procedimenti “speciali” che possono tuttavia comportare modificazioni al diritto ordinario, per rispondere ad esigenze che emergono e che richiedono di affrontare e risolvere problemi nuovi e complessi in modo legittimo e appropriato (dando luogo a un momento costitutivo della “giuridificazione”, termine che pone davvero molti problemi<sup>5</sup>).

La prima perplessità è che questi organi giudicanti comportino una frammentazione nel processo di produzione del diritto, o introducano differenziazioni funzionali secondo i diversi settori in cui operano. È vero che per una formula riferibile a Montesquieu “ogni applicazione del diritto è produzione del diritto” e che il giudicante non è sempre soltanto la bocca della legge; è vero dunque che il giudicante non si limita generalmente ad applicare il diritto e che la sua decisione non è mai un semplice atto di conoscenza del diritto, ma costituisce un momento volontaristico di produzione del diritto stesso.

Tuttavia, e a ben vedere, nella sua attività tecnica e tecnico-giuridica il giudicante esercita un potere pubblico, cioè “politico” e in quanto tale necessita di una giustificazione-legittimazione secondo i criteri elaborati dalla democrazia.

Allo sviluppo progressivo del diritto può accompagnarsi una sempre maggiore autonomia dello stesso dai procedimenti di formazione del diritto affidati al potere legislativo. È il risultato di una ineliminabile interazione tra potere legislativo e potere giudicante che, pur separati, non possono essere così distinti uno dall’altro da escludere un “discorso” o, per meglio dire, uno spazio di discussione; specie considerando che le decisioni degli organi giudicanti possono avere un’efficacia *ultra partes*.

Nasce da qui per certi aspetti l’esigenza di legittimare la partecipazione al procedimento giudiziale non solo di un terzo che, pur non avendo un interesse diretto nella controversia e alcun legame con le parti processuali, ritiene che la decisione, dando origine a un determinato orientamento, possa pregiudicarlo in cause future; ma anche di un *amicus curiae* che, pur non avendo alcun interesse proprio da difendere, si limiti a difendere interessi diffusi<sup>6</sup>. A giustificazione del ruolo politico della giurisprudenza che può richiedere anche il riconoscimento di sensibilità diffusa.

3. A. von Bogdandy, I. Venzke, *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, Trouben, 2010.

4. J. Klabbers, *On rationalism in politics: interpretation of Treaties and the World Trade Organization*, in *Nordic Journal of International Law*, 2005, vol. 73, n. 3-4, 405-428

5. K. Goldstein, *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance?*, Dietz Bonn, 2004.

6. E. Daly, *Oltre la crescita*, Edizioni di Comunità, 1996.

Ciò vale soprattutto per gli aspetti processuali degli organi giudicanti che possono subire progressive trasformazioni per risultare adatti alle nuove esigenze<sup>7</sup>; ed è proprio il diritto processuale che spesso facilita la composizione della controversia. La maggior pubblicità e la miglior partecipazione esprimono, infatti, una mutata concezione della decisione giudiziale, anche nel tentativo di rafforzare la legittimazione del procedimento.

Si aprono così i problemi tipici della metamorfosi della giustizia tradizionale, conseguenti alle geometrie della legittimazione dell'*adjudication*.

Il primo problema può essere definito la indefinitezza come pratica di giustizia, specie nelle valutazioni tecniche, economiche, finanziarie complesse, che sono variabili; il secondo problema è relativo alle “felici” iniziative dell'*adjudication*, tra autorità e complicità; il terzo problema è quello della “severità delle decisioni”, e della loro decifrabilità; il quarto problema è se le autorità che aggiudicano esprimono poteri “disinvolti”, tra politica ed economia e se forgianno nuove fondamenta di giustizia, tra nascondimenti e rivelazioni, travasi e confluenze di elementi tipici della funzione giudiziaria.

Problemi tutti che possono essere ricondotti a quello centrale delle definizioni autonome e della interpretazione evolutiva-effettiva per equivalenza nel sistema dell'*adjudication* e del tollerabile valore nomopoietico della decisione (per adeguare le norme alla mutevole realtà giuridica e sociale).

Si tratta di distinguere *principi e metodi* interpretativi, riconducendo ai primi le tecniche che fanno uso di argomenti sostanziali per giustificare un certo risultato, ed ai secondi gli obiettivi che indirizzano l'interprete nell'operare una scelta tra i diversi risultati che possono emergere dall'applicazione di un metodo interpretativo<sup>8</sup>.

Per evitare interpretazioni eccessivamente autonome, indipendenti da quelle invalse, o addirittura in frode alle norme e agli orientamenti giurisprudenziali maggioritari e consolidati.

Certo è che su certe materie “nuove” l'autorità decidente può esprimere un'interpretazione evolutiva ed effettiva, per evitare tendenze teoriche od illusorie, ma pratiche ed effettive. È così che possono verificarsi decisioni *mitiores* senza che ciò dia luogo ad ambivalenze nello *status definitionis*, sia nella ricostruzione dei fatti che nella ricostruzione del significato delle espressioni normative.

Il limite sarà allora quello di evitare indefinizioni soprattutto sulla “necessità”, sulla “crisi economica”, sulla “sistematicità della crisi”, invadendo competenze proprie di altri organi (di solito, del potere legislativo), o lasciando troppo spazio alla

7. R. Kolb, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007; A. Zimmermann, *International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2002.

8. C. Brown, *A common law of international adjudication*, Oxford University Press, 2007.

giustizia del caso singolo, per meglio dire all'*equity* che si pone come integrazione soggettiva, una sorta di appendice alle norme (tutt'altro che l'*aequitas* di origine romana), al limite della loro vivificazione ultronea.

L'*adjudication* può essere abitata da "felici" insicurezze circa le definizioni legislative a causa di più o meno evidenti scissioni tra definizioni giuridiche e definizioni non giuridiche (scientifiche, tecniche, ecc.) di un medesimo fenomeno.

Si pone allora il dubbio quanto sia opportuno che l'organo giudicante diverga nell'interpretazione da quella scientifica o tecnica o cerchi di risolvere problemi di coesistenza di diverse definizioni e interpretazioni di uno stesso fenomeno.

L'equilibrio da garantire sarà allora tra fissità delle definizioni e detrimento della adattabilità per garantire la forza ordinatrice del giudicante a fronte della complessità e della natura composita dei casi.

In sostanza, il gioco delle definizioni deve risultare un'occasione di incontro e di composizione sociale, culturale e politica e di passaggio coerente dal diritto ai diritti (si pensi all'universo delle disabilità e alla necessità di una definizione unitaria di un diritto disuguale).

Ciò che conta, in definitiva, è un equilibrio tra una possibile funzione nomopietica e una tendenziale funzione nomofilattica che, fatto salvo il principio di certezza, consenta una ragionevole prevedibilità della decisione di *adjudication*.

Così si evitano le finzioni giuridiche giudiziali o l'eccessivo ricorso alla giustificazione della necessità di assicurare un risultato (con aggiustamenti tecnologici), o l'interpretazione come selezione di significato spezzandone l'univocità.

Il problema è se per certe controversie, particolarmente complesse e prevalentemente tecniche, gli organi giudicanti possano avvalersi dei tradizionali strumenti interpretativi o utilizzare anche metodi e principi che vanno oltre il metodo testuale e i principi dell'interpretazione storica. Vale a dire se possono far uso del metodo finalistico, ritenendo di poter condurre l'interpretazione avendo riguardo all'oggetto e allo scopo della vicenda contenziosa, determinando al contempo oggetto e scopo da perseguire nel caso sottoposto.

Se possano dunque avvalersi di nozioni autonome, indipendentemente da quelle invalse nel diritto positivo. Attuando pertanto una forma di tutela convenzionale che prescinde dallo *status* delle parti, dalla natura della legislazione applicabile alle controversie, con il *focus* sul contenuto sostanziale e sugli effetti (per tenere in considerazione eventuali cambiamenti, la mutata sensibilità sociale rispetto alla intervenuta evoluzione giuridica con quello che si definisce dinamismo interpretativo, ad esempio sui diritti umani o sull'impiego di materiali di origine nucleare nella fabbricazione di un prodotto che ne condiziona l'autorizzazione al commercio).

Viene spontaneo chiedersi se anche queste pronunce evolutive possano essere ricondotte alla formula "in nome del popolo" che figura in epigrafe ad ogni sen-

tenza (mi riferisco ai diritti della transessualità o a quelli ambientali, ai problemi dell'inquinamento, delle emissioni tossiche).

E se gli adattamenti rispondono all'integrazione del diritto nazionale entro un ordinamento comune (almeno) europeo, nel qual caso la ridefinizione di alcuni concetti chiave corrisponderebbe a una "deformazione" che non pregiudica necessariamente la conservazione di alcune caratteristiche invariante.

Si pensi al concetto di "crisi" o di "ragioni di straordinaria necessità" che giustificano la prevalenza di una soluzione "economica" più che di ordine strettamente giuridico.

Entrano in discussione, a ben vedere, il concetto di giustizia del caso singolo e di equità, specie nel giudizio amministrativo dato che è quest'ultimo che avverte la necessità di conformare apertamente l'esercizio del potere decisorio alle regole proprie del principio di equità. Si apre così lo spazio per una soluzione che può definirsi giusta ma non è giusta secondo la legge bensì un correttivo del giusto legale (secondo l'*epièikeia* aristotelica), o suppletiva o sostitutiva<sup>9</sup>.

D'altronde, proprio quando occorre che l'organo giudicante "componga" e "tuteli" interessi in contrasto tra loro, sembra riconducibile l'equità a un concetto metagiuridico (che coinvolge idee morali, sociali, economiche) attribuibile alla discrezionalità amministrativa, rasentando il giudizio di merito; si delinea così nell'*adjudication* un'occasione per il giudicante di "creare" un diritto equo facendo appello a principi generali di giustizia per rinvenire la norma idonea a risolvere il caso sottoposto<sup>10</sup>.

Ciò vale in specie nel caso di rimozione di un atto amministrativo che "tocchi" il bene della vita o incida su valori primari dell'ordinamento, nella consapevolezza dell'organo giudicante che l'annullamento dell'atto non risulterebbe da solo utile per il ricorrente. Possono aprirsi così problemi circa la pertinenza o meno degli argomenti posti dal giudicante a fondamento della sua pronuncia e la più o meno esplicita mutazione *ex officio* della domanda rivoltagli (ovviamente, nel caso di non totale ripristinabilità della legalità violata a seguito della sola pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo).

Si può aprire così una pagina recante ad oggetto l'importanza per il giudicante di non definire il giudizio secondo (semplicemente) la domanda del ricorrente, ma dando spazi alla propria sensibilità e alla propria predisposizione (come giudice "naturale") al compimento di valutazioni equitative, nel senso di valutazioni in grado di rendere flessibili le norme, per meglio rispondere al caso sottoposto al suo vaglio. Al fine appunto di rendere la norma idonea a risolvere il caso concreto. E ciò in rispondenza alla affermazione che il diritto non esiste solo perché

9. T.E. Frosini, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, il Mulino, 2022.

10. F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, 2006.

è scritto nelle leggi, ma vi è uno spirito o senso vivificatore che ne fa una realtà (Grossi)<sup>11</sup>. Sicché tra esigenza di definire e di non definire, tra certezza e giustizia, tra legalità ed equità, tra legge e diritto, tra spirito e lettera, emerge che il potere del giudicante può risultare protagonista, laddove la norma non assicura la giustizia adeguatamente.

A ciò si aggiunga il dirompente impatto delle tecnologie sulla definizione giuridica (ad esempio, sulla esatta definizione di *rating*, di *trust*, di *privacy*, sul pareggio di bilancio, sul debito pubblico e sui rischi che ciò comporta).

È evidente che l'organo giudicante può essere chiamato all'aggiudicazione superando gli scogli costituiti dalle definizioni economiche, con un rinvio mobile, ad esempio, all'ordinamento europeo per cogliere il pieno significato di elementi di macro-economia (il ciclo economico), di contabilità (indebitamento netto), normalmente estranei alla sua tradizione interpretativa.

Può aprirsi così il campo di vere e proprie trasformazioni di variabili economiche, programmatiche e non, in regole giuridiche. Così gli indicatori economici, che sono sostanzialmente descrittivi, possono trasformarsi in regole più o meno ibride, la cui portata resta comunque discutibile. Si pensi alla giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale sulle leggi di spesa (e sulle leggi tributarie, o di allocazione delle risorse, o sui diritti di prestazioni, previdenziali e non), e all'interesse dimostrato per le conseguenze delle proprie pronunce (Onida)<sup>12</sup>: se siano di adeguata ragionevolezza e basate su argomentazioni solide e documentate. Specie nei settori della biologia e della finanza nei quali il problema della relativa oggettività della scienza e della tecnica e del rapporto con il diritto resta fonte di incertezza.

Ciò che più lascia perplessi, è la dubbia prevedibilità delle decisioni, conseguente al possibile abbandono da parte dell'organo giudicante di indirizzi precedentemente accolti e alla enunciazione di principi in grado di vincolare altre pronunce. Si pensi al *prospective overruling* che da istituto teso alla funzione nomofilattica può tramutarsi in istituto in funzione nomopoietica e alla discrasia sulla lettura dei precedenti che non è certo nell'ordine delle cose.

Le procedure di *adjudication* trovano, a ben vedere, il loro fondamento nel riconoscimento spontaneo della qualità giuridico-razionale delle pronunce e nella posizione carismatica dell'organo giudicante che si esprime con autorità; si tratta allora di capire se questa autorità contenga anche un'eccedenza di senso, cioè una ulteriorità rispetto alla sua legittimazione; vale a dire se le pronunce di questi organi si impongano perché espressione di un potere loro conferito

11. S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione*, Einaudi, 1949.

12. G. Bergonzini, *Capacità contributiva e giudizio di ragionevolezza: oltre l'uguaglianza e la coerenza, verso la giustizia?*, in *Fed. fiscale*, 1-2/2015.

“dal popolo” o si impongano per la loro capacità di convincimento ed empatia, per un *soft power* funzionale agli interessi confliggenti che sono loro sottoposti il più delle volte facenti capo a *lobbies* economiche, o a gruppi professionali – culturali che esercitano poteri caratterizzati da rilevanti sfumature politiche, portatori di interessi ed espressione di condizionamenti a cui è difficile sottrarsi (poteri medici o della scienza in genere, o della tecnica). La domanda, allora, è se il procedimento di *adjudication* sia un *due process beyond the State*, nel quale sono garantiti il diritto al contraddittorio e quello di difesa, od un equo processo. Il tema è stato affrontato esaurientemente<sup>13</sup>; qui piuttosto interessa domandarsi se la logica procedimentale è di per sé intrinsecamente legittimante, specie quando le scelte discrezionali dell’organo decidente sono riconducibili a una volontà politica rispetto alla quale le parti risulterebbero inevitabilmente attori secondari (per la tendenza accomodante cui risponderebbero certi procedimenti di *adjudication*). Nel qual caso il ruolo degli organi giudicanti non sarebbe più duplice, di “arbitro” e di “*rule-maker*”, ma soltanto espressione del secondo. Ciò che riapre il complesso problema, tutt’altro che nuovo, della decisione pubblica tra scienza e crisi<sup>14</sup>, o, per meglio dire, tra decisione e competenza scientifica e tecnologia del decisore.

È questa la geometria di cui faccio cenno nel titolo del presente contributo: il triangolo decisione pubblica-scienza/competenza-crisi. Un tema ovviamente immenso che non può certo essere sviscerato in questa sede.

La procedura di *adjudication* dovrebbe tuttavia dare piena contezza dell’uso e dell’inserimento all’interno del processo decisionale sia delle competenze che della scienza. Va ricordato in proposito che l’organo decidente esplicita una funzione e non un vero e proprio potere e solo nel disordine le funzioni diventano poteri. L’*adjudication* potrà dunque essere la conclusione di *rule extraction* e *case comparison*, nel bilanciamento tra interessi pubblici e privati che valga a svilire dinamiche conflittuali, anche comparando la risoluzione delle antinomie tra principi e le antinomie tra regole giuridiche; si può ammettere, tuttavia, che la realizzazione dell’interesse pubblico possa essere “moderato” (Alexy) dagli interessi privati particolarmente meritevoli, ancorché di un grado di intensità secondario.

È così che l’*adjudication* è espressione contestualmente di trasparenza, efficienza, di un potere visibile e tutt’altro che di opacità, anzi può assumere il ruolo di promotore di giustizia anche nella misurazione di *performance* che il legislatore non ha disciplinato capillarmente; senza con ciò assumere il deprimente ruolo di elasticità e flessibilità di negoziazione tra contrapposti interessi.

13. G. Della Cananea, *Due process of law beyond the State*, Oxford University Press, 2016.

14. J.B. Auby, *La decisione pubblica tra scienza e crisi*, in *Riv. Studi giuridici e politici*, 4/2021.

Ovviamente, nell'*adjudication* dovrà essere coniugata la tecnicità dell'organo decidente con la sua imparzialità, sicché collimino il tratto strutturale del procedimento decisorio e quello funzionale. Proprio perché il sindacato di interessi tecnici è pur sempre un sindacato valutativo.

Soltanto così l'*adjudication* non risulta estranea alla legittimazione, ancorché rivolta ad effettuare apprezzamenti di prevalente ordine tecnico-economico (anche affidata ad organi terzi). Sono proprio le materie più scottanti quelle che abitano l'*adjudication* (proprietà e gestione pubblica delle imprese, sussidi, incentivi, concessioni, regolazioni discriminatorie); quindi quelle che devono essere monitorate con analisi accurate e sintomatiche di imparzialità.

Si pensi a possibili soluzioni che comportano prestazioni, o costi aggiuntivi, o modulino i loro effetti nel tempo o implicano una sorte di retroattività. Oppure differiscano i loro effetti, o li limitino nel tempo, o siano sostanzialmente “manipolative pro futuro”, adottando tecniche decisorie che meriterebbero elaborate riflessioni.

Per un corretto sviluppo dell'*adjudication* occorrerà dunque che gli organi giudicanti si muovano in una sequenza ordinata con l'opinione pubblica e il potere legislativo, con una forte vocazione di servizio, nutrita di robusti ideali. Così essa può assumere il ruolo di motore di un processo di modernizzazione illuminata, imponendo un *ethos* all'intero corpo sociale con l'assunzione della responsabilità di scandire anche regole non scritte, ma socialmente stringenti e condivise<sup>15</sup>. È così che l'*adjudication* può dimostrare l'attitudine a cementare, anche sul piano culturale e politico, il suo potere, dimostrando elevata capacità intellettuale e tecnica, animata da prestigio, in grado di difendere la propria autonomia nella sintesi di plurimi interessi. Il ruolo propulsivo che può svolgere dipende infatti non solo dalla mera *potestas*, ma da una riconosciuta *auctoritas* che può definirsi “spirito delle istituzioni condiviso”, orientata alla qualità e alla velocità delle decisioni.

Non possono mancare, perciò, qualità come onore, carattere, istinto, devozione al bene pubblico e altre, appunto, come tempismo, forza e virtù come senso di sé, non tutte però trasmissibili per formazione pubblica. Perciò la capacità di decidere è poca cosa se non corrisponde a un modo di essere che viene prima e sta più in alto. Uno dei problemi maggiori, infatti, è il bisogno di *deep literacy*, di una complessione di pensiero umanistico che compensi il carattere meramente pragmatico.

15. D. Castellani, *Early-stage financing diversity and firms' export intensity: a cross-country analysis*, in *Finance Research Letters*, 2022.

## Bibliografia essenziale

- S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.
- E.L. Camilli, M. Clarich, *I poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, Astrid online, 2009.
- G. Colavitti, *Il “giusto procedimento” come principio di rango costituzionale*, in *AIC*, 2005.
- F. Cortese, M. Tomasi (a cura di), *Le definizioni del diritto*, Editoriale scientifica, 2016.
- G. Della Cananea, M. Conticelli (a cura di), *I procedimenti amministrativi di adjudication dell’Unione Europea: principi generali e discipline settoriali*, Giappichelli, 2017.
- M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, il Mulino, 2022.
- N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, 1995.
- A. Palma, *Legge e regola. Il valore nomopoietico della giurisdizione*, Roma, 2019.
- G. Valenti, *Natural justice e giusto procedimento*, in *ilmerito.org*, 2018.
- I. Venzke, *International Bureaucracies in Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law*, 2008.



# PROFILI EVOLUTIVI E CRITICITÀ NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO SUL FATTO. LE SANZIONI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E DELLA BANCA D'ITALIA

CECILIA SERENI LUCARELLI\*

SOMMARIO: 1. Il giudizio sul fatto nell'ottica di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva – 2. L'istruzione da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto – 3. Verso un sindacato di "maggiore attendibilità" nell'accesso al fatto in materia di sanzioni irrogate dall'Autorità Antitrust – 4. Le sanzioni della Banca d'Italia: il riparto di giurisdizione rappresenta un rimedio all'effettività della tutela? – 5. Alcune considerazioni finali.

## **1. Il giudizio sul fatto nell'ottica di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva**

È un dato oramai pacifico, per essere costantemente affermato dal Consiglio di Stato nelle sue sentenze almeno a partire dal 2019, che il giudice amministrativo abbia piena conoscenza del fatto, anche tecnico.

Occorre tuttavia chiedersi, in particolare, ai fini che interessano la presente analisi, se, per come è strutturato e per come concretamente si svolge il processo, il giudice conosca adeguatamente il fatto in un'ottica di tutela piena ed effettiva<sup>1</sup>.

Infatti, quando ci si sposta dal piano dell'astratta codificazione dei principi alla loro applicazione in concreto e ci si interroga sullo stato attuale del giudizio amministrativo, non si giunge a conclusioni soddisfacenti in termini di effettività e pienezza della tutela e non può che dubitarsi dell'adeguatezza del controllo sul fatto.

Il tema interseca temi sostanziali e processuali più ampi che muovono dall'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa e delle tutele accordate al citta-

\* Università di Bologna.

1. Si interroga sull'effettività della tutela in rapporto alla conoscenza completa diretta e completa del fatto F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, 1097 ss., specialmente 1109.

dino nei confronti dell'amministrazione<sup>2</sup>, fino al dibattito più tradizionale relativo al sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche<sup>3</sup>, che per ragioni di sintesi in questa sede possono solo essere accennati.

Il mutato rapporto tra cittadino, amministrazione e potere e la progressiva conformazione, prima nel procedimento, e poi eventualmente nel processo, del potere pubblico alle plurime istanze dei singoli, da un lato, e, dall'altro lato, il mutato ruolo del giudice, che nato come giudice "nell'amministrazione" da garante della legittimità fine a se stessa sembra oramai abbandonare anche i confini del "giudizio sul rapporto" che intercorre tra cittadino e amministrazione, per varcare le soglie di un giudizio sempre più penetrante in cui nel processo pare rifarsi il procedimento (e dunque l'istruttoria procedimentale)<sup>4</sup>, hanno infatti inciso sull'evoluzione del sindacato del giudice sul fatto. Il giudice controlla nel processo quello che è stato fatto prima e il processo si rivela una sorta di ulteriore ed eventuale fase del procedimento e, sotto tale profilo, "momento di cooperazione all'esercizio del potere"<sup>5</sup>. Il procedimento cioè non necessariamente rappresenta il fatto storico collocato in quel tempo e in quello spazio per come indicato dall'amministrazione, ma va analizzato nella sua dimensione dinamica di soddisfazione dell'interesse o meglio degli interessi pubblici a cui l'amministrazione è preposta e finalizzata<sup>6</sup>. Il fatto nel nuovo giudizio sul rapporto è così rappresentato da quanto è stato compiuto nel procedimento, non nel senso che l'istruttoria processuale è mediata da quella procedimentale<sup>7</sup>, ma perché il giudice la rifà in processo.

Con riguardo poi al sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche, come noto a partire dal 1999, è pacifico che le valutazioni tecniche di carattere complesso o opinabile non costituiscano un campo precluso al giudice e che il suo sindacato possa essere più stringente di quello esercitato sul potere discrezionale

2. Imprescindibile sull'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa il richiamo al discorso di S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunziato da Silvio Spaventa nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880*, in R. Porrini (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa. Leggi e regolamenti concernenti le questioni amministrative da trattarsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle giunte provinciali amministrative con commenti e massime giurisprudenziali*, Barbera, 1900, specialmente 28 ss.

3. Su cui tra i molti si veda *infra* F. Laus, *Sindacare l'amministrazione è anch'esso amministrare? Il ruolo del sindacato del giudice amministrativo sulla decisione amministrativa, osservazioni su discrezionalità amministrativa e tecnica e breve focus sul relativo sindacato nel settore dei contratti pubblici*.

4. M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Editoriale scientifica, 2019, 637 ss., ora anche in *Munus*, 2020, 1, xiii ss.

5. Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, 1976, 273.

6. Sul tema R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2017, 112.

7. Sul tema si veda anche G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Giappichelli, 2020, 265 ss.

perché non si tratta di valutare il prevalere di un interesse su un altro ma più semplicemente la ragionevolezza della scelta tecnica applicata al diritto. È altresì indubbio che quando vengono in gioco valutazioni tecniche le categorie tradizionali rischiano di vedere sfumati i propri confini e la sensibilità “per le esigenze legate alla materia” tende a prevalere su quella per la “coerenza di sistema”<sup>8</sup>. A volte il giudice fa salvo il limite dell’abnormità della scelta tecnica, altre volte confonde il piano della complessità tecnica con quello dell’inadeguatezza della motivazione, altre volte dichiara il ricorso inammissibile solo perché comporta la necessità di approfondimenti tecnici, altre volte tende a far proprie conoscenze specialistiche che non è scontato che sappia dominare, con l’effetto che la natura tecnica del fatto non pare fungere da criterio uniformante.

Fatta questa sintetica ma necessaria premessa, si procederà secondo questo schema.

Nella prima parte, sull’assunto della relazione tra istruzione e cognizione del fatto<sup>9</sup>, si darà atto, ancorché sinteticamente, di alcune criticità dell’istruttoria nel processo amministrativo: per quanto il codice del processo amministrativo del 2010 abbia rappresentato il punto d’approdo di un percorso già da tempo in atto e abbia definitivamente consacrato il superamento del modello impugnatorio e dei tradizionali limiti dei poteri istruttori e decisori al sindacato del giudice, permane infatti l’eco di quel “peccato originale”, come è stato efficacemente definito dalla più autorevole dottrina<sup>10</sup> e la giustizia amministrativa si trova ancora a fare i conti con l’esigenza di superamento dei limiti storici delle garanzie giurisdizionali nei confronti dell’amministrazione e dell’ingiustificata disomogeneità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive accordata dal giudice amministrativo.

Il giudice amministrativo mostra una tendenziale deferenza nell’utilizzo dei mezzi istruttori e, anche quando il fatto è tecnico e la verifica del fatto dovrebbe essere operata in giudizio almeno alla luce del medesimo sapere specialistico dell’autorità, l’istruttoria continua infatti ad essere meramente documentale e la

8. G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2015, 705 ss.

9. La bibliografia sul tema è amplissima. Per tutti F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, CEDAM, 1953; C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, 1994; M. Nigro, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, vol. II, Giuffrè, 1968, 769 ss.; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1995, 195 ss.; A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 11, 1997, 1262 ss.; Id., *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1987, 558 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione avanti il giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, vol. II, CEDAM, Padova, 2001, 3 ss.

10. Così A. Police, *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 3, 2015, 136 ss.

consulenza tecnica d'ufficio, che dovrebbe essere imprescindibile per un più completo accertamento del fatto, viene raramente disposta e si finisce con il dare prevalenza al consulente di parte più convincente.

A riprova di quanto detto, seguirà un'analisi giurisprudenziale<sup>11</sup> con riguardo alle sanzioni irrogate dall'Autorità Antitrust e dalla Banca d'Italia, in quanto il dato che si vuole evidenziare è che al di là delle affermazioni di principio si assiste a un sindacato sul fatto differenziato tra settore e settore, ma anche tra giudice e giudice, che oltre che rendere sempre meno prevedibili le decisioni non pare rispondere a quell'idea di tutela giurisdizionale piena ed effettiva e a quel modello di unico processo giusto imposto dagli artt. 24 e 111 Cost. e dalle norme europee.

In particolare, nei giudizi che hanno ad oggetto le sanzioni Antitrust si assiste a timide aperture sotto il profilo dell'utilizzo dei mezzi istruttori, ma anche in quei casi, come si dirà nel proseguo, l'istruttoria non pare finalizzata a un più profondo accertamento del fatto, ma si risolve in una valutazione dell'attendibilità e ragionevolezza della voce tariffaria e viene strumentalizzata per confortare il giudizio sulla non manifesta irragionevolezza del provvedimento emesso dall'autorità amministrativa.

L'analisi della giurisprudenza sulle sanzioni della Banca d'Italia, che più volte hanno visto oscillare il "pendolo del legislatore"<sup>12</sup> tra le due opposte soluzioni fino alla pronuncia della Corte costituzionale del 15 aprile 2014, n. 94<sup>13</sup> che ha attribuito la giurisdizione al giudice ordinario, è infine d'interesse nel ragionamento svolto in quanto le criticità nell'accesso al fatto e la resistenza nel sindacare i provvedimenti dell'autorità di vigilanza del credito anche da parte del giudice ordinario mostrano come il problema dell'accesso al fatto non possa additarsi esclusivamente a un atteggiamento del giudice amministrativo, ma sia più in generale spiegabile, non necessariamente giustificabile, in ragione della peculiarità e degli interessi sottesi a determinate materie. Malgrado la complessità tecnica dei fatti da

11. Sul ruolo creativo e integrativo della giurisprudenza nell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa si vedano tra i molti M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 229 ss.; S. Cassese, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 1998, 777 ss.; M. D'Alberti, A. Pajno, *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, 1996, 299 ss.

12. F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 671 ss.

13. Corte cost. 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. cost.*, 2, 2014, 1681 ss., con osservazioni di G. Serges, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra i principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*; si veda anche M.A. Impinna, *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 1, 2015, 11 ss.

accertare, sono, infatti, rari, come si dirà, i casi in cui il giudice ordinario dispone la consulenza tecnica d'ufficio, in virtù di una sorta di presunzione di conformità al vero dei fatti come accertati nel provvedimento e sulla base dell'idea che l'accertamento debba rimanere affidato alla valutazione di prove precostituite prima del processo e formate unilateralmente dall'autorità amministrativa.

## 2. L'istruzione da mezzo a “presunto” ostacolo nell'accesso al fatto

Come anticipato nelle premesse si è da sempre riconosciuta la relazione tra l'istruttoria e l'accesso al fatto, tanto che la migliore dottrina ha parlato di “contenuto minimo dell'istruzione probatoria”, per evidenziare che l'istruttoria soddisfa “l'esigenza del giudice di conoscere il materiale di fatto necessario per il suo giudizio”<sup>14</sup>.

L'iniziale limitatezza quantitativa<sup>15</sup> dei mezzi di prova ammessi nel giudizio di legittimità<sup>16</sup> è stata così storicamente “giustificata”<sup>17</sup> in relazione alla limitata esigenza del giudice di conoscere il fatto nella verifica della sussistenza di un vizio di legittimità<sup>18</sup>, tanto che nei casi di giurisdizione estesa al merito e di giurisdizione esclusiva<sup>19</sup>, caratterizzati da un accertamento più completo dei fatti, il legislatore aveva previsto più ampi poteri istruttori.

D'altro canto, l'astratta previsione di più ampi mezzi istruttori non è stata di per sé sufficiente a garantire un consequenziale ampliamento dell'accesso del giudice al fatto<sup>20</sup> per l'atteggiamento più o meno giustificato, ma generalmente timido assunto fino a qualche anno fa dalla giurisprudenza amministrativa nella conoscenza diretta del fatto<sup>21</sup>.

Quest'ultima considerazione è utile sotto il profilo ricostruttivo, ma l'attuale prospettiva sull'istruzione probatoria non può che essere differente: definitivamente superati la logica del processo all'atto e la resistenza del giudice a

14. Così F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 74.

15. Sul tema della limitatezza dei mezzi di prova si veda E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, UTET, 1957, 1077 ss.; R. Laschena, *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1803 ss.

16. Cfr. artt. 26, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 e 44, comma 1, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

17. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 257.

18. Così C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 14.

19. Con riguardo alla giurisdizione di merito si vedano l'art. 16, legge n. 5992/1889; l'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642; l'art. 44, comma 2, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054. Con riguardo alla giurisdizione esclusiva si veda l'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 80/1998.

20. Sul tema si veda A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, vol. II, Giuffrè, 1990, 77 ss.

21. C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 12.

“tribunalizzarsi”<sup>22</sup>, l’accesso al fatto è oramai pacifico ed è necessario interrogarsi sull’adeguatezza dell’istruttoria in sé, sui mezzi di prova e sui poteri del giudice e delle parti nell’acquisizione del fatto, in risposta all’altrettanto imprescindibile esigenza di effettività della tutela<sup>23</sup>.

Se l’obiettivo anche del processo amministrativo è quello della “ricerca della verità”<sup>24</sup>, come già auspicato agli inizi degli anni Novanta quando ancora si ragionava sulle prospettive e sulle trasformazioni di un processo all’atto<sup>25</sup>, pare che dall’istruttoria (*rectius* dall’istruzione probatoria) non si possa più acriticamente prescindere<sup>26</sup>.

In altri termini, per quanto sotto tale profilo pare che tutto sia già nel codice del 2010, che ha sostanzialmente parificato i mezzi istruttori a quelli tipici del processo civile<sup>27</sup> e ha uniformato l’istruttoria nel processo di legittimità a quella in origine prevista per la sola giurisdizione esclusiva dal d.lgs. n. 80/1998<sup>28</sup>, in un processo con pieno accesso al fatto la crescente esigenza di effettività della tutela giurisdizionale non pare più potersi accontentare di trovare una sintesi in una relazione tra fatto e istruttoria che, ancorché indubbia, continua il più delle volte a rimanere sulla carta.

Il giudice amministrativo sembra essersi finalmente dotato degli “occhi” e delle “mani” che gli mancavano<sup>29</sup>, ma, come rilevato da uno dei massimi studiosi dell’istruttoria nel processo amministrativo, occorrerebbe una vera e propria “revisione dell’istruttoria”<sup>30</sup>.

22. L’espressione è di V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, CEDAM, 1988, 264.

23. Sul rapporto tra mezzi istruttori e “diritto d’azione” A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1987, 558 ss.;

24. L’espressione è di F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., 81.

25. Così M. Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in L. Mazzaroli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo. Atti del convegno di studio. Padova 10-11 aprile 1987*, CEDAM, 1990, 17 ss.

26. Tra i molti C.E. Gallo, *L’istruttoria processuale*, in *Diritto amministrativo speciale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. V, Giuffrè, 2003, 3334.

27. L’art. 63 c.p.a., infatti, senza distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tra giurisdizione esclusiva, di legittimità o di merito, dopo aver espressamente richiamato l’ordine di esibizione di documenti, l’ispezione, la prova testimoniale, la consulenza tecnica, al comma 5 prevede che “il giudice può disporre anche l’assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l’interrogatorio formale e il giuramento”.

28. Sulle novità introdotte dall’art. 35, d.lgs. n. 80/1998 si veda A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, cit., 29 ss.

29. L’immagine del giudice amministrativo quale “essere con grandi orecchi, ma senza occhi e senza mani” è di M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.

30. Così C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2, 2020, 347 ss.

A tal proposito, vari sono gli aspetti da considerare: da un lato, il codice del processo amministrativo, a differenza del codice di procedura civile, non prevede una fase propriamente istruttoria; dall'altro lato, il capo II stabilisce non del tutto chiare modalità di assunzione delle prove, che possono essere disposte sia dal Presidente o da un magistrato da lui delegato, sia dal Collegio<sup>31</sup>.

Il primo aspetto non sembra cogliere nel segno le problematiche dell'istruzione nel processo sul fatto, in quanto l'assenza di una vera e propria fase istruttoria e presunte istanze di celerità del processo non sembrano rappresentare le ragioni per cui il giudice amministrativo normalmente si astiene dall'effettuare attività istruttoria<sup>32</sup>. Anzi, pur con le cautele che un tale parallelismo richiede<sup>33</sup>, anche nel processo di cognizione davanti al giudice ordinario, pare che si vada nella direzione di rendere fisiologica l'assenza di un'autonoma fase di istruzione, quando la causa risulta di per sé matura per la decisione o con riguardo a determinate controversie per le quali la stessa non risulta necessaria. Nel rendere il nuovo rito semplificato di cognizione alternativo a quello ordinario, la riforma Cartabia pare, infatti, invocare un'istruttoria che per quanto piena si svolga secondo modalità atipiche e deformalizzate (art. 281-*decies* ss. c.p.c.). La presenza di una fase istruttoria di per sé non rappresenta, dunque, la garanzia che il fatto venga effettivamente conosciuto e pare illusorio pensare che si faccia "prima" non facendo istruttoria<sup>34</sup>.

Il secondo dato che si vuole evidenziare è che raramente l'istruzione è anticipata e le misure istruttorie vengono disposte fuori dall'udienza dal Presidente o da un magistrato delegato, come previsto dal primo comma dell'art. 65 c.p.a. Le prove vengono, infatti, tutt'al più disposte dal Collegio all'esito dell'udienza di discussione del ricorso con un inevitabile allungamento dei tempi per giungere alla decisione del ricorso, oltre che a un inutile sovrapporsi di memorie e repliche. Così facendo tanto i giudici, quanto le stesse parti continuano a mostrare una qualche diffidenza, o meglio una certa non confidenza, rispetto alle istanze istrut-

31. Sul tema G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Giuffrè, 1991, 213 ss.

32. In passato si era sviluppata la prassi della c.d. udienza istruttoria nella quale venivano prese in considerazione le istanze presentate dalle parti.

33. Per tutti M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civiltà"*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, ESI, 2006, 573 ss.

34. Così V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 26 secondo cui "da un lato vi è l'esigenza di far presto dall'altro quella di far bene, ma è evidente come l'esigenza di far presto sia addirittura contraddetta dal non fare istruttoria. Se infatti in molti casi è vero che un'istruttoria sommaria può giovare alla rapidità, è altrettanto vero che un'istruttoria carente in casi ancora più numerosi aggrava i tempi del processo".

torie, che vengono generalmente avvertite più come un appesantimento del giudizio, che quale utile strumento di conoscenza del fatto.

Quello che più rileva è che nel processo sul fatto non è più giustificabile, né tanto meno accettabile, che il giudice acceda al fatto senza effettivamente conoscerlo e sarebbe necessario un vero e proprio “mutamento di mentalità”<sup>35</sup> non solo del giudice, bensì anche delle parti. Si è infatti soliti individuare nel giudice, in particolare quello di primo grado, il principale responsabile dei difetti dell’istruzione probatoria, ma si ritiene che il più volte stigmatizzato “atteggiamento culturale”<sup>36</sup> del giudice amministrativo sia spesso alimentato da quello delle parti (in particolare dell’amministrazione) e dei loro difensori, che ormai abituate a un processo senza istruttoria, tendono a non attribuire la dovuta attenzione alla prova dei fatti e al rispetto del riparto degli oneri probatori e delle conseguenti regole di giudizio, mostrando un generale disinteresse nei confronti dell’istruzione e confidando nel fatto che il giudice si allinei sulla loro posizione.

In molti casi l’amministrazione rappresenta esattamente il fatto, in altri casi sono sufficienti i documenti depositati in giudizio, perché il fatto è semplice e non necessita di particolari conoscenze. In questi casi *nulla quaestio*. Ve ne sono tuttavia altri in cui la tutela è effettiva solo se il fatto è conosciuto dal giudice nel contraddittorio tra le parti ed eventualmente con l’ausilio di consulenti e la qualificazione della realtà di fatto compiuta dall’amministrazione nel provvedimento dovrebbe poter esser opportunamente superata, senza bisogno di ricorrere a una logica di indispensabilità o stretta necessità.

Tutto questo riesce meglio a spiegarsi nel caso di fatti complessi, di natura tecnica, rispetto ai quali risulta dirimente l’uso degli strumenti istruttori. L’istanza di adeguata presa in carico dei profili tecnici della decisione, potrebbe trovare risposta, se non in una formalizzazione della fase istruttoria analoga a quella che caratterizza il processo ordinario di cognizione, che per quanto si è detto non risulta risolutiva, almeno in un uso effettivo dei mezzi istruttori a disposizione del giudice<sup>37</sup>.

35. Così C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2, 2020, 347 ss.

36. Parla di “disinclinazione giudiziale all’accertamento dei fatti (...) emblematica di un atteggiamento culturale ed, in senso lato, ideologico” F. Figorilli, *L’istruttoria nel giudizio amministrativo* (art. 44, R.D. 26.6.1924, n. 1054), in S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, G. Vesperini (a cura di), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, UTET, 2007, 594.

37. Sull’importanza dei mezzi istruttori per l’effettività del controllo giudiziario si veda A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; F. Cintioli, *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Giuffrè, 2001, 913 ss.; C. Videtta, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000*,



Se in passato, fatto tecnico, riserva di amministrazione e inammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio andavano di pari passo, e, accertata la natura tecnica della questione, la stessa era ritenuta di dominio dell'amministrazione e conseguentemente si escludeva che il giudice, e il suo consulente, potessero prendere posizione sulla stessa. In altri termini, l'istruttoria era ritenuta appannaggio dell'amministrazione e l'esclusione della consulenza tecnica era legata più alla natura riservata delle valutazioni tecniche, il cui ambito era stato "oltremodo esteso"<sup>38</sup>, che alla natura propriamente tecnica del fatto.

Oggi la natura tecnica del fatto non comporta in automatico che il potere sia riservato all'amministrazione e il giudice amministrativo si confronta quotidianamente, solo per fare alcuni esempi, con la posizione di un'impresa in una certa situazione di mercato; con la dipendenza di un'infermità da uno specifico fattore di rischio; con la compatibilità di un manufatto rispetto ai valori paesaggistici di una determinata zona; con il valore estetico di un bene su cui è stato apposto un vincolo culturale; con la qualità di una fornitura di macchinari in rapporto ai requisiti previsti in un bando di gara.

Il giudice, a differenza che in passato, non pare più ignorare le questioni tecnico-scientifiche oggetto di controversia. Eppure, in giudizio, anche quando viene prospettata la necessità di una consulenza tecnica, perché l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, si finisce con ritenerla superflua<sup>39</sup> e continua a prevalere il ricorso alla scienza privata del giudice<sup>40</sup>, che, per quanto meritevole, non pare la soluzione migliore ai fini di un'adeguata conoscenza del fatto tecnico nell'ottica di una tutela piena ed effettiva<sup>41</sup>.

*n. 205, in Foro amm. TAR, 6, 2002, 2251 ss.; F.G. Scoca, Spigolature sulla riforma del processo amministrativo, in A. Zito, D. De Carolis (a cura di), Giudice amministrativo e tutela in forma specifica, Giuffrè, 2003, 281 ss.*

38. Il riferimento è a A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit.

39. Tra le più recenti Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 439; Id., 14 gennaio 2021, n. 434; Id., sez. II, 13 gennaio 2021, n. 420; Id., 7 gennaio 2021, n. 230; Id., 4 gennaio 2021, n. 77; Id., sez. III, 29 dicembre 2020, n. 8492; Id., sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

40. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349: "Occorre premettere che l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verificazione o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti. Non di meno ritiene il Collegio che la controversia può essere definita sulla scorta delle schede tecniche e dal manuale dei prodotti offerti la cui disamina rende possibile acquisire gli elementi di giudizio utili alla decisione".

41. Si vedano le recenti sentenze in materia di sindacato sugli atti dell'Autorità di regolazione dei trasporti Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, nn. 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 276.

### 3. Verso un sindacato di “maggiore attendibilità” nell’accesso al fatto in materia di sanzioni irrogate dall’Autorità Antitrust

Tanto premesso a livello generale, nel ragionamento condotto sul giudizio sul fatto, è utile un esame della giurisprudenza che, secondo l’opinione condivisa dalla migliore dottrina, da sempre ha avuto, e continua ad avere, un ruolo creativo e integrativo nell’evoluzione del sistema di giustizia amministrativa<sup>42</sup>.

Per ragioni di sintesi, come anticipato, l’analisi sarà circoscritta ai provvedimenti sanzionatori dell’Autorità Antitrust e della Banca d’Italia.

Con riguardo ai primi<sup>43</sup>, la scelta si spiega sia perché, sul piano teorico, la specifica materia, oltre ad essere oggetto di una giurisdizione “con cognizione estesa al merito” ai sensi dell’art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., è stata l’occasione per la prospettazione di un nuovo modello di controllo, quello della “maggiore attendibilità”, sia perché, sul piano pratico, rappresenta il terreno d’elezione per le considerazioni svolte sull’istruttoria e sull’accesso al fatto, a fronte di un più frequente ricorso a verificazioni e a consulenze tecniche<sup>44</sup>.

In un oramai noto caso nel quale l’AGCM aveva sanzionato un cartello tra due grandi imprese farmaceutiche volto a limitare la circolazione di un medicinale meno costoso per gravi patologie oftalmiche e a sostenere la diffusione di un prodotto dal prezzo assai più alto<sup>45</sup>, il Consiglio di Stato, dopo alcune considerazioni generali sul sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell’AGCM<sup>46</sup>, si è soffermato sulle implicazioni derivanti dalla concezione sostanzialmente penale dei provvedimenti sanzionatori accolta dalla giurisprudenza CEDU<sup>47</sup>. Ha chiara-

42. Così M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 229 ss.

43. Per un’analisi più generale della giurisprudenza in materia di recente S. de Nitto, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2020, 181 ss.

44. Per un’analisi puntuale sotto il profilo della rideterminazione delle sanzioni da parte del giudice amministrativo si veda *infra* il contributo di A. Castaldo, M. Grantaliano, *La rideterminazione giudiziale delle sanzioni antitrust. Elementi di riflessione tratti dalla prassi giurisprudenziale più recente*.

45. Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Il caso è ricostruito da A. Mastroianni, *Farmaci di lusso e medicinali a buon mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2014, 489 ss.

46. Esula dalla presente analisi il dibattito sulla natura del potere esercitato da AGCM su cui per tutti si vedano M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, 1993, 115 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, 2007, 245 ss.; M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998, 346 ss.

47. Sul tema per tutti F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 1 ss.; F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, 507 ss.

mente affermato la piena e diretta verifica del fatto da parte del giudice amministrativo, rilevando come quest'ultimo non debba limitarsi a verificare se l'opzione prescelta dall'Autorità "rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere a una compiuta e diretta disamina della fattispecie"<sup>48</sup>.

Nel caso di specie, ma più in generale in materia, la ricostruzione giuridica e l'accesso ai fatti nella loro realtà storica risultano centrali: l'immissione in commercio dei farmaci in momenti diversi, la concreta sostituibilità degli stessi, l'utilizzo dell'uno per curare malattia diverse dai tumori metastatici, le modalità di stipulazione degli accordi di licenza tra imprese, le limitazioni all'uso *off label*, l'analisi del mercato rilevante sono presi in considerazione dal giudice per decidere.

Il Consiglio di Stato è giunto così ad affermare che al sindacato di mera "attendibilità tecnica" andrebbe sostituito "un sindacato pieno di maggiore attendibilità" con un controllo pieno e diretto "della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)"<sup>49</sup>. In questi casi non sarebbe, dunque, corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non ponendosi un problema di possibilità o meno di sindacato sostitutivo, in quanto il giudice "è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza delle pretese sostanziale invocata" e non operano i limiti insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere<sup>50</sup>. In altri termini, se il criterio è quello della maggiore o minore attendibilità, la valutazione dell'autorità espressa nel provvedimento sanzionatorio impugnato è astrattamente posta sullo stesso piano di quella operata dalle parti e il giudice accede al fatto, non necessariamente

48. Non convince la proposta di un sindacato di maggiore attendibilità M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2020, 740 ss. Si vedano anche S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 97 ss.; L. Arnaudo, R. Pardolesi, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, III, 2019, 533 ss.; M. Cappai, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21; A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 335 ss.

49. Cons. Stato, n. 4990/2019.

50. Tanto sarebbe confermato dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che ha espressamente previsto al secondo periodo: "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima".

te per sostituirsi<sup>51</sup>, ma per decidere sulla plausibilità della spiegazione fornita dalle parti rispetto a quella fatta propria dall'autorità e che trova sintesi nel provvedimento sanzionatorio.

Se così è, il provvedimento diverrebbe l'“occasione” per l'accesso del giudice al fatto, non l'oggetto limitato della sua cognizione e la valutazione dell'autorità si porrebbe sullo stesso piano di quella delle parti<sup>52</sup>.

Il criterio della “maggiore attendibilità” adottato dal Consiglio di Stato pare richiamare quella giurisprudenza europea che, in materia di riesame delle decisioni della Banca centrale europea<sup>53</sup>, ha superato il paradigma tradizionale del “margin of discretion” e dell'errore manifesto, per affermare un sindacato più penetrante che valuta la plausibilità o meno della soluzione prescelta dall'autorità.

Si consideri peraltro che nel giudizio sul risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza il sindacato sul fatto è sancito per espressa previsione legislativa. Ai sensi dell'art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, infatti, il sindacato del giudice comporta “la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”.

In ogni caso, la “propensione del giudice a spingersi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento” per come affermata nel 2019 dal Consiglio di Stato non è pacifica.

Il criterio della “maggiore [o minore] attendibilità” è, da un lato, stato disatteso dalla giurisprudenza successiva e, dall'altro lato, la specifica vicenda dell'intesa Hoffmann - La Roche è stata portata anche avanti alla Cassazione, quale giudice dei conflitti<sup>54</sup>.

A ben vedere, con riguardo a quest'ultimo punto, il ricorso in Cassazione pare motivato più dal tentativo di perseguire un terzo grado di merito, che da

51. F. Cintioli, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2018, 1231, propone di utilizzare il concetto di giusto processo, piuttosto che quelli di sindacato sostitutivo o non sostitutivo, debole o forte, esterno o interno, passando così “dalla definizione di cosa sia il sindacato sugli accertamenti antitrust al ‘come’ il sindacato deve essere esercitato nel processo”.

52. Esprime dubbi M. Clarich, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 1, 2021, 100 ss.

53. In generale sul riesame amministrativo delle decisioni della Bce si veda M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*, in S. Civitarese Matteucci, L. Turchia (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *Studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, 2016, 263 ss.

54. A. Travi, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, seminario di studio del 14 febbraio 2019.

convincenti ragioni di superamento dei limiti esterni della giurisdizione. Si è, infatti, utilizzato l'espedito del diniego di giurisdizione e dell'eccesso di potere giurisdizionale, sull'assunto che il Consiglio di Stato in parte non avesse operato alcun sindacato né alcuna valutazione sui fatti fondanti la decisione di AGCM, in parte ne avesse invaso i poteri amministrativi confermando la sanzione da questa irrogata sulla base di fatti diversi. Le sezioni unite, tuttavia, hanno rigettato tutti i ricorsi, rilevando, sotto il primo profilo e ai fini che interessano, che il Consiglio di Stato non ha ommesso di espletare il vaglio dei fatti rilevanti, ma, al contrario, "ha compiuto *in toto* l'accertamento fattuale", affrontando in modo espresso la questione della sostituibilità terapeutica dei due farmaci e della natura ingannevole delle informazioni sugli effetti collaterali pregiudizievoli degli stessi<sup>55</sup>.

D'altro canto, a riprova dei perduranti incerti confini del sindacato sugli atti dell'AGCM<sup>56</sup>, rileva la circostanza che la stessa sesta sezione del Consiglio di Stato, pur espressamente citando la sentenza n. 4490 e il canone della "maggiore attendibilità", pare non confermare la prospettata soluzione nella giurisprudenza immediatamente successiva, continuando a richiamare il tradizionale parametro della ragionevolezza tecnica nel sindacato giurisdizionale sulle intese anticoncorrenziali "senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali"<sup>57</sup>.

#### **4. Le sanzioni della Banca d'Italia: il riparto di giurisdizione rappresenta un rimedio all'effettività della tutela?**

Un altro settore che merita qualche breve considerazione è quello delle sanzioni della Banca d'Italia.

L'interesse in questo caso si spiega oltre che per il fatto che la materia, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 94/2014, è stata devoluta alla cognizione del giudice ordinario<sup>58</sup>, che pare continuare a difendere un modello proce-

55. Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2021, n. 26920.

56. Parla di "schizofrenia" giurisprudenziale" S. de Nitto, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, cit., 220.

57. Così Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558-5564; Id., 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032; Id., 23 settembre 2019, n. 6314.

58. Non è questa la sede per ripercorrere l'intero excursus normativo che ha caratterizzato il riparto di giurisdizione sulle sanzioni della Banca d'Italia. Per una sintesi si rinvia a W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 33 ss.

dimentale sostanzialmente amministrativo<sup>59</sup>, più in generale per la rilevanza delle suddette sanzioni in termini economici<sup>60</sup>, capaci di incidere in maniera talvolta più pervasiva di una sanzione penale sulla vita professionale e relazionale del soggetto sanzionato<sup>61</sup>.

Se non nella misura in cui allo stesso è connesso quello dei limiti del sindacato del giudice e dell'accesso al fatto, non interessa ai fini della presente analisi l'ampio dibattito che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza sulla natura discrezionale o meno dell'attività sanzionatoria esercitata<sup>62</sup>, che peraltro con riguardo al potere sanzionatorio della Banca d'Italia<sup>63</sup> è sembrato

59. Sia consentito sul tema, anche per più ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, il rinvio a C. Sereni Lucarelli, *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra mito e realtà*, in *Banca, impr. soc.*, 2, 2020, 317 ss.

60. Sul punto si vedano le relazioni annuali sulla gestione e sull'attività della Banca d'Italia, consultabili su [www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-gestione](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-gestione) [consultato il 7 ottobre 2023]. La relazione del 31 maggio 2022 relativa all'anno 2021 evidenzia come dei quarantasette procedimenti avviati quarantuno si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni per un totale di circa nove milioni di euro; nel 2020 dei cinquantuno procedimenti avviati, quarantanove si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni per un importo di circa dieci milioni di euro; nel 2019 dei quaranta procedimenti sanzionatori, trentotto si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, per un importo complessivo di quasi nove milioni di euro.

61. G.L. Gatta, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitive" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

62. Secondo alcuni si è di fronte a valutazioni complesse di tipo tecnico e quindi all'esplicitarsi di un'attività discrezionale tecnica F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013, 79 ss.; A. Baldassare, *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, CEDAM, 2011, 578; B.G. Mattarella, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1996, 679 ss. Secondo altri all'amministrazione, soprattutto nella quantificazione della sanzione, spettano "valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati" (c.d. discrezionalità giudiziale); E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffrè, 1979, 138. Più di recente la dottrina amministrativa tende a ricondurre la discrezionalità giudiziale a una comune ipotesi di discrezionalità amministrativa; in tal senso S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, 277 ss.; W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 33 ss.; F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie*, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1, 2013, 79 ss.; A. Police, A. Daidone, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della CONSOB*, in *Giur. it.*, 3, 2013, 684 ss.

63. Cass., sez. II, 31 luglio 2012, n. 13727; Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577; Id., 27 aprile 2006, nn. 9600 e 9602; Id., 15 febbraio 2005, n. 2980; Id., 24 gennaio 2005, n. 1362; Id., 22

ad alcuni più un argomento “per razionalizzare *ex post* scelte legislative di riparto di giurisdizione”<sup>64</sup>, che un’affermazione coerente con le ripartizioni più tradizionali.

Nel nostro ordinamento l’art. 23 della l. 689/1981 prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice ordinario possa annullare in tutto in parte l’ordinanza o modificarla anche limitatamente all’importo della sanzione. All’indomani dell’entrata in vigore di questa previsione, la dottrina ha in maniera pressoché unanime ritenuto che il legislatore avesse introdotto la possibilità di un sindacato pieno per verificare la fondatezza della pretesa<sup>65</sup>. Tanto la giurisprudenza quanto la dottrina, hanno infatti affermato che il sindacato sulla sanzione attiene non all’atto ma al rapporto, cioè alla fondatezza della pretesa sanzionatoria, così prospettando una sostanziale piena fungibilità dei poteri decisorii del giudice rispetto a quelli dell’amministrazione<sup>66</sup>, una sorta di “giurisdizione piena”<sup>67</sup> capace di dare attuazione al dettato costituzionale e di superare i vincoli derivanti dai limiti imposti dall’art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) alla cognizione del giudice ordinario.

La Cassazione ha però mostrato una certa resistenza ad attuare una reale giurisdizione sul rapporto nell’applicazione in concreto dell’art. 23, utilizzando l’argomento della complessità tecnica delle decisioni amministrative per limitarne la sindacabilità, ovvero affermando che “le garanzie della fase procedimentale si pongono in rapporto di netta esclusione rispetto alla pienezza del riesame in sede giurisdizionale”<sup>68</sup>.

L’attribuzione nel 2010 della giurisdizione sulle sanzioni al giudice amministrativo con cognizione estesa al merito era stata anche per questo motivo accolta con favore, attribuendo al giudice “poteri di sindacato nel merito, che consento-

luglio 2004, n. 13709; Id., 22 luglio 2004, n. 13703; Id., 21 maggio 2004, n. 9730; Id., 15 aprile 2003, n. 5994; Id., 11 febbraio 2003, n. 1992; Id., 11 luglio 2001, n. 9383.

64. F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1, 2013, 79 ss.

65. C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988, 403.

66. Cass., sez. un., 16 aprile 2009, nn. 8990, 8989, 8886, 8885, 8884, 8883; Id., sez. I, 22 maggio 1990, n. 4612; in dottrina M.A. Sandulli, *Sanzione (sanzioni amministrative)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Treccani, 1992, 2 ss., specialmente 18; R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 266 ss.

67. F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 2002, 259 ss.; F.P. Luiso, *Commento dell’art. 23 l. n. 689/1981*, in *Legisl. pen.*, I, 1982, 209 ss.; V. Scalese, *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1994, 166 ss.

68. Cfr. Cass., sez. II, 29 aprile 2010, n. 10363.

no lo scrutinio di congruità ed adeguatezza della sanzione all'illecito contestato" e permettendogli di rideterminare la sanzione stessa<sup>69</sup>.

Anche con riguardo alle sanzioni della Banca d'Italia la giurisdizione così intesa avrebbe infatti potuto rispondere a quelle esigenze di "full jurisdiction", necessarie per compensare *ex post* i deficit partecipativi della fase procedimentale davanti all'autorità indipendente e avrebbe potuto assicurare di far valere ogni vizio procedurale nella fase del controllo giudiziale avanti alla Corte d'Appello "consentendo la massima espansione del diritto di difesa dell'incolpato e la possibilità di audizione dello stesso"<sup>70</sup>.

Malgrado tali affermazioni di principio, i termini della vicenda sono oramai noti e un'analisi più approfondita della giurisprudenza ordinaria corrobora l'impressione con riguardo ai giudizi di opposizione alle sanzioni della Banca d'Italia<sup>71</sup> di un tendenziale appiattimento del sindacato giurisdizionale sulle conclu-

69. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5785; Id., 7 settembre 2012, n. 4753.

70. Cfr. Cass., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820.

71. Sul sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti diversi da quelli sanzionatori di Banca d'Italia si veda *infra* il contributo di D. Messineo, *L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in materia bancaria*. Anche in quella materia il giudice amministrativo pare confermare le sue più recenti statuizioni in tema di sindacato. A tal proposito si richiama quanto affermato dalla recente sentenza Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254 che ha comunque confermato la legittimità della misura adottata dall'Autorità bancaria, già rilevata nella CTU disposta in primo grado: "il Giudice amministrativo, fermo restando il potere di conoscere i fatti in modo pieno, può verificare anche la logicità, la congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può spingersi fino ad esprimere proprie autonome valutazioni in sostituzione dell'Autorità (...). Il limite che il sindacato giurisdizionale incontra rispetto ad elementi valutativi, quali quelli che vengono in discorso nel caso in esame, in base alla giurisprudenza più recente è declinabile in termini di 'attendibilità', o meglio della 'maggiore attendibilità', sempre con esclusione della possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione. Come anticipato, tale esito non costituisce un limite ai poteri del giudice, suscettibile di risolversi in una minorata tutela della situazione giuridica sottostante, bensì la conseguenza del modo in cui è congegnata la situazione giuridica sottostante, che non può non riflettersi sulla valutazione della conformità dei fatti alla relativa fattispecie astratta. In tali ipotesi, il giudice è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata, senza che entri in gioco e sia di ostacolo il divieto del sindacato sostitutivo del giudice amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19/01/2021, n. 584). (...) non si è infatti al cospetto di un provvedimento sanzionatorio, che implica il solo accertamento di un illecito, bensì di una misura regolatoria i cui margini di apprezzamento discrezionale dell'Autorità di vigilanza sono evidentemente più ampi, e rispetto ai quali non è comunque possibile ipotizzare una sovrapposizione della valutazione giurisdizionale rispetto a quella della Banca d'Italia. In questo senso, ciò che deve essere indagato è l'attendibilità e la correttezza della valutazione operata dall'Autorità, con la precisazione che tale indagine deve essere effettuata in base alla situazione di fatto ed allo scenario di riferimento al tempo del provvedimento, secondo un canone di giudizio *ex ante*, in base alle evidenze allora disponibili, tenuto



sioni raggiunte dall'autorità del credito in uno scenario in cui non sono infrequenti le pronunce nelle quali si confessa talvolta candidamente “di non possedere gli strumenti per capirci qualcosa”<sup>72</sup>.

La scelta per la giurisdizione del giudice ordinario con giudizio camerale in unico grado davanti alla Corte di Appello di Roma evidenziava già nel 1994 l'atipicità del modello del procedimento di opposizione rispetto agli altri<sup>73</sup>, modello che a lungo è stato giustificato per la posizione di superiorità dell'autorità, per le funzioni tecniche di alto livello svolte e per la ritenuta difficoltà di esperire una diversa ricostruzione dei fatti<sup>74</sup>, ma che, ancora oggi, nonostante le modifiche introdotte, rischia di deformalizzare fortemente il giudizio impugnatorio<sup>75</sup> e di rendere di fatto “impossibile” la difesa del sanzionato<sup>76</sup>.

Il processo di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia è stato riformato da ultimo dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 e, nella versione attualmente vigente, gli artt. 145 TUB<sup>77</sup> e 195 TUF<sup>78</sup> prevedono che all'udienza la Corte di appello possa disporre, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Nonostante la previsione legislativa, il rito è di fatto pensato per non dare ingresso allo svolgimento di alcuna attività istruttoria, e, malgrado la complessità tecnica dei fatti da

altresì conto della finalità dell'intervento della Banca d'Italia, in ultima analisi volto a salvaguardare, secondo una logica di adeguata cautela, non solo l'integrità del singolo istituto di credito, ma il sistema entro il quale lo stesso si colloca in termini di affidabilità e fiducia”.

72. Cfr. F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 671 ss.

73. *Ex multis*, C. Cavallini, *Il procedimento di opposizione alle sanzioni della CONSOB e della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2003, 266 ss.

74. Corte cost. 4 marzo 1999, n. 49, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 145, comma 6, TUB sull'assunto “(del)la particolarità della materia (...)” nonché “(del)la specialità dei controlli e delle procedure previsti in tale settore”; Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5743 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 145, nella parte in cui prevede la forma del rito camerale in virtù dei contenuti tecnici e delle fonti di conoscenza prevalentemente documentali che caratterizzano le controversie in materia bancaria.

75. In dottrina si esprime in senso critico sulla scelta di individuare come giudice di primo grado la Corte d'appello E.R. Desana, *Sanzioni CONSOB, Banca d'Italia e garanzie dell'incolpato: never ending story?*, in *Banca impresa società*, 2, 2019, 367 ss.

76. Si esprime in tal senso R. Costi, *La difesa del sanzionato: “una missione impossibile”*, in *Banca impresa società*, 1, 2019, 3 ss.

77. Per un commento della norma si veda E. Guarnieri, *Art. 145*, in R. Costi, F. Vella (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019.

78. Sul riparto di competenze sanzionatorie nel settore del mercato mobiliare tra Banca d'Italia e CONSOB si veda M. Clarich, E.L. Camilli, *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari: le competenze della Banca d'Italia e della CONSOB*, in *Banca impresa società*, 1, 2009, 27 ss.

accertare, sono rari i casi in cui il giudice ordinario dispone la consulenza tecnica d'ufficio, in virtù di una sorta di presunzione di conformità al vero dei fatti come accertati nel provvedimento e sulla base dell'idea che l'accertamento deve rimanere affidato alla valutazione di prove precostituite prima del processo e formate unilateralmente dall'autorità amministrativa<sup>79</sup>.

È certo, invece, che secondo l'insegnamento della Corte di Strasburgo *full jurisdiction* significa riesame pieno delle scelte amministrative nel contesto di un processo in cui il giudice verifica se, in rapporto alle circostanze del caso concreto, l'autorità amministrativa ha fatto "un uso appropriato dei suoi poteri, esaminando il fondamento e la proporzionalità delle scelte"<sup>80</sup>.

Con la sentenza la Corte d'Appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento, o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo discrezionalmente l'ammontare o la durata della sanzione, "senza esser tenuta nemmeno a specificare in sentenza i criteri adottati nel procedere a detta determinazione"<sup>81</sup>. È tuttavia quasi impossibile trovare un decreto di accoglimento con cui il giudice sostituisce la sua valutazione a quella dell'autorità<sup>82</sup>, che compie "scelte di merito che, rientrando nella discrezionalità che va riconosciuto a detto organo, non possono essere mai configurate quali irregolarità"<sup>83</sup> e altrettanto raro che il giudice riduca la sanzione<sup>84</sup>.

79. In tal senso E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, 2018, 151 secondo cui "il giudizio presenta ancora molte caratteristiche del rito sommario. In particolare l'istruzione probatoria è ancora regolata come un potere del giudice e non invece come un diritto delle parti".

80. Cfr. CEDU, 27 settembre 2011, C-43509/08, *Menarini c. Italia*.

81. Cfr. Cass., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9546; Id., 7 aprile 2017, n. 9126; Cass., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2406.

82. App. Roma, sez. I, 30 luglio 2018, n. 5267; Id., 12 aprile 2018, n. 2375; Id., 10 marzo 2018, n. 1585; Id., 6 marzo 2018, n. 313; Id., 2 dicembre 2017, n. 7620; Id., 5 settembre 2017, n. 5595; Id., 26 luglio 2017, n. 5135; Id., 14 ottobre 2016, n. 8514; Id., 27 settembre 2016; Id., 14 settembre 2016, n. 7353; Id., 13 settembre 2016, n. 7339; Id., 7 settembre 2016, n. 7211; Id., 6 settembre 2016, n. 7184; Id., 5 settembre 2016, n. 5208; Id., 13 luglio 2016, n. 6574; Id., 8 luglio 2016, n. 6440; Id., 30 giugno 2016, n. 6182; Id., 24 giugno 2016; Id., 23 giugno 2016, n. 5934; Id., 23 giugno 2016, n. 7342; Id., 9 giugno 2016, n. 5509; Id., 27 maggio 2016, n. 5073; Id., 13 maggio 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4219; Id., 14 marzo 2016, n. 3772; Id., 23 febbraio 2016, n. 1884; Id., 22 febbraio 2016, n. 1867; Id., 29 gennaio 2016, n. 606; Id., 16 ottobre 2015, n. 7990; Id., 7 maggio 2015, n. 3952; Id., 29 gennaio 2015; Id., 2 gennaio 2015, n. 3; Id., 13 dicembre 2013, n. 8146; Id., 19 luglio 2013; Id., 9 aprile 2013; Id., 18 marzo 2013; Id., 15 marzo 2013; Id., 23 novembre 2012; Id., 22 ottobre 2012; Id., 20 aprile 2012; Id., 21 marzo 2012; Id., 19 marzo 2012; Id., 30 novembre 2011; Id., 25 novembre 2011; Id., 20 novembre 2009, n. 704; Id., 5 gennaio 2009. Ancorché rare, si segnalano per aver accolto l'opposizione e annullato la sanzione App. Roma, sez. I, 17 gennaio 2020, n. 349; Id., 23 giugno 2016, n. 5935; Id., 19 ottobre 2017, n. 9011.

83. Cfr. App. Roma, sez. I, 2 dicembre 2017, n. 7620.

84. App. Roma, sez. I, 27 gennaio 2020, n. 581; Id., 9 luglio 2019, n. 4653; Id., 5 novembre

Anche quando il sanzionato decide di impugnare la sentenza della Corte d'Appello in Cassazione, gli esiti non cambiano<sup>85</sup>. Il giudice di ultimo grado cui compete il solo controllo, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, delle valutazioni compiute dal giudice di merito, mantiene un atteggiamento di totale deferenza, disattendendo pressoché sempre i motivi di impugnazione e peraltro condannando nella maggior parte dei casi il ricorrente alle spese di lite<sup>86</sup>. O perché conferma la decisione impugnata “sorretta, sul punto, da un apparato argomentativo sufficiente e immune da vizi logici”, o perché si sente sollecitato ad esercitare “poteri di cognizione che non gli competono, rientrando l'accertamento dei fatti e la valutazione delle risultanze probatorie nei compiti istituzionali del giudice di merito”<sup>87</sup>.

## 5. Alcune considerazioni finali

L'analisi condotta pare confortare il dato dal quale si è partiti: se in linea generale può dirsi che l'accesso del giudice al fatto non pare essere più in dubbio, nelle concrete modalità di accesso e nella valutazione del fatto permangono rilevanti criticità.

Da un lato, non è definitivamente compiuto il percorso di pieno accesso al

2018, n. 6979; Id., sez. I, 11 ottobre 2017, n. 6433; Id., 28 luglio 2017, n. 5176; Id., 1° aprile 2015, n. 3952; Id., 15 giugno 2012; Id., 21 marzo 2012.

85. L'analisi delle sentenze della Cassazione degli ultimi anni evidenzia come in rari casi il giudice di legittimità abbia accolto il ricorso, peraltro sempre parzialmente, e rinviato la decisione alla Corte d'Appello, si vedano di recente Cass., sez. II, 14 settembre 2022, n. 26983; Id., 9 agosto 2022, n. 24491; Id., 4 agosto 2022, n. 24170; Id., 13 maggio 2022, n. 15366; Id., 19 aprile 2022, n. 12436; Id., 19 aprile 2022, n. 12435; Id., 15 febbraio 2022, n. 4923; Id., 3 dicembre 2021, n. 38270; Id., 1° dicembre 2021, n. 37715; Id., 14 ottobre 2021, n. 28066; Id., 12 ottobre 2021, n. 27709. Le sentenze che non rigettano il ricorso sono sentenze che hanno dichiarato estinto il giudizio per rinuncia agli atti da parte del ricorrente sanzionato (o dell'erede del ricorrente sanzionato), si vedano Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 7193; Id., 22 marzo 2018, n. 7192; Id., 11 luglio 2016, n. 14138; Id., 19 agosto 2015, n. 16912; Id., 2 aprile 2015, n. 6778 o per motivi di rito dichiarando il ricorso inammissibile Cass., sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 4974; Id., sez. II, 2 febbraio 2022, n. 3247 e 3245; Id., 16 dicembre 2019, n. 33151.

86. Tra le molte Cass., sez. II, 3 giugno 2020, n. 10462; Id., 27 maggio 2020, n. 9961; Id., 21 maggio 2020, n. 9385; Id., 21 maggio 2020, n. 9371; Id., 9 marzo 2020, n. 6625; Id., 28 febbraio 2020, n. 5526; Id., 21 febbraio 2020, n. 4599; Id., 17 febbraio 2020, n. 3845; Id., 30 gennaio 2020, n. 2201; Id., 30 gennaio 2020, n. 2195; Id., 21 ottobre 2019, n. 26972; Id., 4 ottobre 2019, n. 24851; Id., 4 ottobre 2019, n. 24850; Id., 19 agosto 2019, n. 21176; Id., 12 aprile 2019, n. 10348; Id., 5 aprile 2019, n. 9705; Id., 28 marzo 2019, n. 8682; Id. 27 marzo 2019, n. 8572; Id., 22 marzo 2019, n. 8237; Id., 14 marzo 2019, n. 7327; Id., 5 marzo 2019, n. 6361; Id., 4 marzo 2019, n. 6239; Id., 28 febbraio 2019, n. 6006; Id., 19 febbraio 2019, n. 4820.

87. Cfr. Cass., n. 3656/2016, cit.; Id., n. 1529/2018, cit.; Id., n. 9705/2019, cit.

fatto, da intendersi come adeguato e doveroso approfondimento del fatto per un sindacato di cognizione effettivamente piena<sup>88</sup> e, per quanto con il codice del processo amministrativo si sia superata l'idea di un giudizio fondato sul paradigma della corrispondenza tra norma ed atto e siano state ampliate le azioni esperibili ed i mezzi istruttori, la particolare natura delle situazioni soggettive, l'innata vocazione oggettiva del giudice amministrativo, il timore di invadere il limite delle proprie attribuzioni, continuano a imporre sostanziali e importanti limitazioni nel sistema di giustizia amministrativa<sup>89</sup>.

Dall'altro lato, non è identificabile un unico modello di sindacato, con ricadute negative, anche sotto tale profilo, sul principio di effettività della tutela. L'accesso al fatto dovrebbe infatti essere uguale in tutti i sindacati e, una volta ammesso che il fatto è conoscibile, ipotizzare sindacati differenziati, oltre che rendere sempre meno prevedibili le decisioni del giudice, non pare rispondere a quell'idea di tutela giurisdizionale piena ed effettiva, né pare corrispondere a quel modello di un unico processo "giusto", secondo i canoni imposti dall'art. 111 Cost. e dalle norme europee. Quell'unico modello di processo e quei principi dovrebbero, infatti, valere indistintamente, per tutte le forme di giurisdizione e a prescindere dal settore preso in considerazione, dalla discrezionalità tecnica o amministrativa, dalla natura o meno indipendente dell'autorità amministrativa.

Quando il giudice è chiamato a risolvere controversie di carattere scientifico e in cui i fatti tendenzialmente esulano dal piano delle conoscenze notorie o delle scienze comuni, la natura tecnica del fatto dovrebbe essere irrilevante in astratto sotto il profilo dell'accesso al fatto e della sua valutazione, dal momento che la decisione, per rispondere alla domanda di tutela del cittadino, dovrebbe tener conto della situazione fattuale complessiva e sottesa alle questioni di diritto controverse. In altri termini, non dovrebbe implicare che il fatto sia mediato esclusivamente dal giudizio dell'amministrazione e conseguentemente l'esclusione o la limitazione del sindacato del giudice amministrativo, ma al contrario, per evitare posizioni di indebito privilegio o di potenziale arbitrio, dovrebbero essere garantiti meccanismi di più adeguato controllo. La verifica del fatto tecnico, infatti, dovrebbe essere operata in giudizio almeno alla luce del medesimo sapere specialistico dell'autorità, con le competenze necessarie per rinnovare o quantomeno

88. Tra i molti L. Gianì, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, 535 ss.

89. Sul tema di recente F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, 1100 secondo cui la disciplina del processo amministrativo, quale si ricava dal c.p.a. "non risponde, peraltro, se non in parte, al c.d. diritto vivente, ossia al modello di processo che si celebra nelle aule giudiziarie, talché è impossibile affermare oggi, nonostante la vigenza del c.p.a., che il processo amministrativo consenta di soddisfare pienamente la pretesa del ricorrente, come voluto dalla legge".

ripercorrere le valutazioni e gli apprezzamenti dei fatti compiuti dall'amministrazione in fase procedimentale con l'ausilio e l'apporto di un organo consultivo<sup>90</sup>. Se così non è, il sindacato si riduce a un sindacato meramente "sintomatico"<sup>91</sup>, perché non assicura la corrispondenza con la realtà dei fatti e non può che essere di modesta utilità sotto il profilo della tutela, non solo del singolo cittadino ma, in definitiva, anche delle amministrazioni che sono evocate in giudizio.

L'esame della giurisprudenza sulle sanzioni della Banca d'Italia conferma poi che il "balletto delle giurisdizioni"<sup>92</sup> non sia la soluzione alla disomogeneità e all'effettività della tutela in quanto anche il giudice ordinario pare ancora oggi legato a un modello di sindacato teoricamente intrinseco, ma in realtà sostanzialmente estrinseco e formale e, salve limitate eccezioni, continua ad essere ispirato, al pari del giudice amministrativo, da una forte deferenza nei confronti delle valutazioni tecniche operate dall'autorità.

In conclusione, se non si vuole trasformare l'evoluzione del giudizio sul rapporto in giudizio sul fatto in un ulteriore privilegio della storia del sistema di giustizia amministrativa, a questa evoluzione dovrà darsi una giustificazione, o quantomeno il giudice dovrà far effettivo uso degli strumenti istruttori a sua disposizione per l'adeguata conoscenza del fatto. Altrimenti dovrà dirsi definitivamente irrisolto il problema della certezza processuale e fattuale che il giudizio sul rapporto avrebbe dovuto risolvere e il processo amministrativo verrà lasciato alla perdurante ricerca di una "utopia imperfetta"<sup>93</sup>.

90. Sul tema già A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, 439 ss.

91. In tal senso F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, 1998, 123.

92. L'espressione è di M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della CONSOB nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *Giur. comm.*, 6, 2012, 1166 ss. riguardo alle sanzioni della CONSOB, ma si tratta di un'espressione utilizzabile anche per le sanzioni della Banca d'Italia.

93. Il richiamo è a A. Romano Tassone, *Su diritto ed utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. I, Editoriale scientifica, 2012, 887 ss.

# LA RIDETERMINAZIONE GIUDIZIALE DELLE SANZIONI *ANTITRUST*. ELEMENTI DI RIFLESSIONE TRATTI DALLA PRASSI

ANGELO CASTALDO, MARCO GRANTALIANO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Sanzione ottima e di *second best*: la teoria – 3. Sanzione ottima e di *second best*: la pratica – 4. Il ruolo delle *guidelines* tra Autorità e giudice amministrativo: discrezionalità tecnica e metodologica – 5. *Data section* – 6. Approccio metodologico – 7. Numero delle osservazioni – 8. Rideterminazione ad opera del TAR – 9. Rideterminazione ad opera dell'AGCM su ordine del TAR, senza che l'AGCM rieserciti la propria discrezionalità amministrativa – 10. Rideterminazione ad opera dell'AGCM su ordine del TAR, con riesercizio di discrezionalità – 11. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Nel corso degli ultimi vent'anni, è opinione diffusa che il tema delle sanzioni *antitrust* sia stato piuttosto trascurato rispetto al grande interesse suscitato dal *private enforcement*. Tuttavia, appare evidente che l'attività europea di *enforcement* rimane per la massima parte ancora confinata agli strumenti della *public deterrence*.

Sul tema dell'effettiva capacità deterrente delle sanzioni antitrust, in un precedente lavoro (Castaldo *et al.*, 2018)<sup>1</sup>, si erano prese in analisi tutte le sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) tra il 2000 e il 2015, seguendone gli eventuali esiti giurisprudenziali dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ("TAR Lazio" o "TAR"). Un dato apparve particolarmente significativo: in primo grado, le sanzioni presentavano una probabilità di riduzione elevata, e la percentuale di riduzione dell'importo era parimenti alta.

In Castaldo *et al.* (2018), nell'analisi della parte motivazionale delle sentenze

\* Sapienza Università di Roma.

1. A. Castaldo, M. Grantaliano, N.M. Faraone, *The Judicial Review of Antitrust Fines: A Swing Between Technical and Methodological Discretionality*, in *Mercato Concorrenza Regole*, vol. 3, 2018.

concernente esclusivamente la ri-contabilizzazione della sanzione, l'applicazione delle linee guida eurounitarie e nazionali per il calcolo della sanzione rappresentava il *limes* tra l'attività di rideterminazione giudiziale fondata sulla base della medesima "discrezionalità *tecnica*" dell'Autorità da cui proviene la sanzione, ovvero sulla base di una diversa "discrezionalità *metodologica*" rinvenuta di volta in volta dall'organo giudicante. L'attività di determinazione della sanzione da parte dell'Autorità indipendente, infatti, è strettamente ancorata a un complesso sistema di *guidelines* (dal 1998, gli "Orientamenti" della Commissione Europea, dal 2014 in poi, le "Linee guida" AGCM) che forniscono la cornice metodologica in cui collocare l'ampia discrezionalità tecnica di cui gode l'Autorità.

In una prospettiva diacronica, lo studio condotto aveva evidenziato un'evoluzione del metodo applicato dal giudice amministrativo per la rideterminazione sempre più orientato verso la discrezionalità tecnica adottata dall'Autorità.

Il presente studio, riprendendo la sola parte di analisi delle sentenze del lavoro precedente, si propone di verificare se le tendenze riscontrate si siano consolidate negli anni successivi e, se sì, in che misura. In tale prospettiva, vale anche ora quanto osservato allora: un eventuale allontanamento non motivato da tale *common framework* porta con sé il rischio di una discrezionalità metodologica che attribuisce all'organo giudicante una discrezionalità difforme da quella applicata dall'Autorità indipendente che ha irrogato originariamente la sanzione. Tale approccio, in chiave *law and economics*, può determinare effetti non neutri sulla capacità deterrente della sanzione, sull'economia processuale e, in ultima istanza, sulla stessa certezza del diritto.

Le evidenze emerse dall'analisi delle sentenze di rideterminazione nel periodo 2016-2021, mettono in luce che la prassi giurisdizionale ha completato il percorso di graduale avvicinamento ai principi ispiratori e alle tecniche di quantificazione della sanzione previsti nelle Linee Guida: tale processo può ritenersi oramai compiuto e pienamente assestato.

È ben sin da ora precisare che l'analisi condotta prescinde dal sindacare le ragioni poste alla base del processo di rideterminazione in sede di contenzioso amministrativo, mentre si concentra meramente sulla metodologia con cui il giudice amministrativo calcola la nuova sanzione, o meglio, motiva nel dispositivo l'effettiva rideterminazione eseguita parametrandola ai vizi riscontrati.

Il lavoro è strutturato come segue. Nel secondo paragrafo viene sinteticamente esposta la letteratura sulla *optimal fine* e sulla *public deterrence*. Successivamente, nel terzo paragrafo, nella consapevolezza dell'impossibilità applicativa delle sanzioni ottime, vengono esposte le linee guida eurounitarie (gli "Orientamenti")<sup>2</sup> e

2. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a), del Regolamento CE 1/2003, 2006/C 210/02.

nazionali (le “*Linee Guida*”)<sup>3</sup> in tema di determinazione delle sanzioni. Nel quarto paragrafo, si descrive il database dei casi analizzati. Nel quinto paragrafo, viene esposto l’approccio metodologico utilizzato nell’analisi dei casi. Nel sesto paragrafo, si analizzano i casi raggruppandoli in tre categorie: rideterminazione diretta da parte del TAR, con *remand* all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) con riesercizio della discrezionalità e senza. Nell’ultimo paragrafo, infine, si tracciano le principali riflessioni conclusive.

## 2. Sanzione ottima e di *second best*: la teoria

Al fine di assicurare la capacità deterrente, la teoria dell’*optimal fine* converge nello statuire che la sanzione, moltiplicata per la probabilità del disvelamento delle condotte illecite, debba essere superiore ai profitti illeciti conseguiti dall’agente economico (Becker, 1968; Landes, 1983; Wils, 2002; Spagnolo, 2003)<sup>4</sup>. A causa della contenuta probabilità di disvelamento, tuttavia, tale formula conduce alla previsione di sanzioni di importo particolarmente elevato. Block e Sidak (1980)<sup>5</sup> evidenziano che la maggior parte delle autorità *antitrust* ha previsto un *sanction cap* per scongiurare il rischio che le sanzioni determinino il fallimento delle imprese, con un ulteriore danno sociale rispetto a quello originato dalla condotta illecita.

L’apparente semplicità dell’appena esposto approccio microeconomico non deve trarre in inganno: il suo *enforcement* è ben più complesso (Castaldo *et al.*, 2018, cfr. par. 2). Le Autorità, infatti, scontano le conseguenze di una strutturale asimmetria informativa rispetto agli agenti economici. *Ex multis*, Wils (2007)<sup>6</sup> sottolinea che i profitti illeciti non sono noti né facilmente ricostruibili, mentre è pressoché impossibile determinare la probabilità di disvelamento<sup>7</sup>. La *optimal*

3. *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’art. 15, comma 1, della l. n. 287/1990*, in *Boll.*, n. 42/2014.

4. G.S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 76, 1968, 169 ss.; W.M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, *The University of Chicago Law Review*, 50, 1983, 652 ss.; W. Wils, *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings but Also Individual Penalties, in Particular Imprisonment?*, in C.D. Ehlermann (ed.), *European Competition Law Annuals*, Hart Publishing, 2002; G. Spagnolo, *Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime*, in *Econometric Society*, 2003, 485 ss.

5. M. Block, G. Sidak, *The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?*, in *GEO. L.J.*, 68, 1980, 1131.

6. W. Wils, *The European Commission’s 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, vol. 30, n. 2, 2007, 197 ss.

7. Gli agenti economici, peraltro, avrebbero difficoltà ad accettare che l’ammontare di una san-



*fine*, dunque, rimane confinata al regno dell'ideale. La letteratura si è lungamente interrogata su modalità alternative per avvicinarsi a un livello di deterrenza ottimale in sede attuativa: un approccio, si dirà, di "second best" (*i.e.* appartenente al migliore dei mondi possibili nella pratica).

### 3. Sanzione ottima e di *second best*: la pratica

In questo quadro di complessità, la Commissione Europea ha emanato nel 1998 i primi Orientamenti per il calcolo delle ammende, poi aggiornati nel 2006 per correggere alcune criticità emerse in sede di attuazione. Gli Orientamenti rappresentano un importante momento di sintesi tra il portato della letteratura economica in materia di *optimal fine* e la ultratrentennale prassi attuativa di Commissione Europea e Corte di Giustizia. Nella prospettiva di "*second best*" che caratterizza l'attività attuativa, le *Guidelines* del 2006, da un lato, prevedono criteri generali volti a garantire una trasparente attività sanzionatoria; dall'altro lato, recepiscono criteri più specifici e applicabili in concreto, che valorizzano i portati della letteratura in prospettiva attuativa.

Nel 2014, anche l'AGCM si è dotata delle Linee Guida, che recepiscono gli Orientamenti eurounitari con alcune differenze di modesta entità.

### 4. Il ruolo delle *guidelines* tra Autorità e giudice amministrativo: discrezionalità tecnica e metodologica

Il complesso di *guidelines* appena tratteggiato fornisce la cornice metodologica indispensabile per ancorare l'ampia discrezionalità tecnica di cui gode l'Autorità a una serie di parametri oggettivi, anche nell'ottica di consentirne un robusto vaglio giurisdizionale. Per tali ragioni, l'aderenza a tali principi nell'attività di (ri)determinazione giudiziale della sanzione verrà considerata, nell'analisi dei casi condotta nel presente lavoro, come il confine tra discrezionalità *tecnica* e discrezionalità *metodologica*.

La discrezionalità *tecnica*, secondo la tradizionale nozione di diritto amministrativo<sup>8</sup>, consiste nel ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche, non appar-

zione inflitta per un comportamento dipenda dalla incerta probabilità di scoprire il comportamento stesso, come affermato da D. Schkade, C.R. Sunstein, D. Kahneman, *Do People Want Optimal Deterrence?*, in *John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper*, n. 77, 1999.

8. *Ex multis*: F. Carnigella, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, vol. II, Giuffrè, 2011, 1460.

tenenti alle cc.dd. “scienze esatte” e aventi carattere specialistico, per l’esame di un fatto rilevante per l’esercizio del potere pubblico. Nel caso dell’*antitrust*, la discrezionalità tecnica si estrinseca prevalentemente in due fasi: la prima è quella della qualificazione del fatto nei termini binari di gravità/non gravità. Se il fatto è qualificato “grave”, l’irrogazione della sanzione è doverosa, e si procederà con la seconda fase, consistente nell’attività di quantificazione della stessa. Pur avendo ampi margini di valutazione, la determinazione della sanzione è vincolata da norme appartenenti a molteplici livelli gerarchici: Trattati dell’Unione Europea, Regolamenti eurounitari (Regolamento (CE) n. 1/2003) e norme correlate, leggi dello Stato (L. n. 689/1981 e L. n. 287/1990), fino a giungere alle Linee Guida emanate dall’Autorità stessa, espressione quest’ultime di un atto di auto-regolazione vincolante.

Il complesso normativo di Orientamenti e Linee Guida fissa un *common framework* affinché il giudizio “tecnico” riservato alle Autorità sia procedimentalizzato e segua una metodologia uniforme, rispondendo, così, a fondamentali esigenze di trasparenza dell’azione amministrativa e di rispetto del principio della parità di trattamento. Ciò non esclude, tuttavia, che le stesse Linee Guida consentano all’Autorità di discostarsi dalla metodologia *standard* in casi particolari<sup>9</sup>. Qualora ciò accada, si renderà, perciò, necessaria un’analisi del caso concreto e una motivazione specifica sul punto, che giustifichi il ricorso a criteri alternativi.

Passando, poi, al sindacato del giudice amministrativo che, come noto, è esteso al merito della sanzione, il discorso si fa, se possibile, più complesso. Come noto, il Giudice ha un sindacato di merito sulla sanzione più esteso di quello relativo al fatto, che si limita alla verifica che il provvedimento non esorbiti dal margine di opinabilità presente nei profili tecnici valutati<sup>10</sup>.

Il sindacato sul fatto è quindi “intrinseco”, *i.e.* utilizza le stesse tecniche dell’Autorità, ma “non sostitutivo”, ossia il Giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle dell’Autorità qualora il provvedimento non sia esorbitante rispetto ai margini di opinabilità presenti nei profili tecnici. Non può sfuggire, tuttavia,

9. Al punto 37 degli *Orientamenti* e in vari punti delle *Linee Guida*, sono presenti clausole di carattere generale che permettono alle autorità antitrust di derogare alla metodologia predeterminata in caso di necessità. In tali casi, tuttavia, sussiste un onere di motivazione aggiuntiva, che dia conto delle ragioni di tale distanziamento.

10. Superata la questione relativa alle vetuste categorie di sindacato forte/debole, la giurisprudenza ha individuato nuovi equilibri. Un recente esempio si trova, *ex multis*, in Cass. civ., Sez. Un., n. 1013/2014, e Cons. St., sez. VI, n. 740/2017, in cui si afferma che al sindacato pieno sul merito della sanzione si accompagna un sindacato sul fatto, che si estende ai profili tecnici il cui esame sia necessario per valutare la legittimità del provvedimento: il sindacato deve limitarsi alla verifica che il provvedimento non abbia esorbitato dal margine di opinabilità eventualmente presente nei profili tecnici. Qualora il margine non sia stato travalicato, il Giudice non potrà sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità.

che la valutazione tecnica del fatto sia indissolubilmente legata all'ammontare della sanzione, sulla quale il sindacato attiene al merito, *i.e.* consente una piena sostituzione all'AGCM.

Passando ora in rassegna il potere di rideterminazione della sanzione in sede giurisdizionale, nell'esercizio del proprio scrutinio di merito il Giudice può pacificamente sostituirsi all'Autorità per rideterminare la sanzione. Tuttavia, ciò non implica che non incontri alcun limite. In effetti, il potere di rideterminazione è "sostitutivo"<sup>11</sup>, costituendo essenzialmente il riesercizio correttivo di un potere amministrativo dell'AGCM: ne discende che la rideterminazione giudiziale delle sanzioni dovrebbe soggiacere agli stessi parametri con cui le sanzioni vengono originariamente determinate dall'AGCM.

Poiché l'Autorità si è auto-vincolata all'applicazione delle Linee Guida, allo stesso modo il Giudice dovrebbe tenerne conto, al fine di inserirsi armoniosamente all'interno del sistema sanzionatorio. Un sistema sanzionatorio pubblicistico è coerente se rispetta regole chiare e predeterminate, a beneficio della certezza del diritto, e, in ottica di sistema, appare corretto che a determinare i parametri appositi, *i.e.*, le "regole del gioco", sia l'Autorità creata a tale scopo.

Si deve valorizzare, poi, il fatto che anche il Giudice beneficia di tutte le clausole che espandono la discrezionalità tecnica in deroga ai parametri predeterminati. In tali casi, tuttavia, è richiesta una motivazione rafforzata e specifica sulle ragioni dell'eventuale disallineamento, che dia pienamente atto delle circostanze eccezionali che rendono necessaria tale espansione dello scrutinio in favore dell'organo giurisdizionale.

Una conferma di quanto esposto si ha proprio nel frequente riferimento alle Linee Guida operato da parte della giurisprudenza più recente. Tali richiami, infatti, risulterebbero superflui laddove non si volesse attribuire alle stesse un ruolo di robusta bussola metodologica.

Così descritto il problema del sindacato sulle sanzioni, con discrezionalità *metodologica* s'intende tratteggiare una categoria residuale, che racchiude tutti i casi in cui, nell'esercizio del potere di rideterminazione, il Giudice abbia applicato una metodologia non prevista dalle Linee Guida e senza specificare le ragioni giustificative di tale scelta in motivazione. Con ciò si sottolinea che, nell'attività ordinaria e nel rispetto del suo pieno sindacato di merito, l'ampiezza del potere decisionale del Giudice non dovrebbe spingersi fino a mettere in discussione il quadro metodologico di determinazione della sanzione applicato dall'Autorità.

11. Cfr. R. Giovagnoli, testo scritto della Relazione tenuta al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013. L'autore sostiene che il sindacato di merito del giudice amministrativo sulle sanzioni incontrerebbe i medesimi limiti imposti all'AGCM.

Nella presente analisi, come si vedrà di seguito, è importante sottolineare che di tale discrezionalità metodologica non è rimasta alcuna traccia nella giurisprudenza più recente, a sottolineare che il percorso di maturazione iniziato con l'introduzione delle Linee Guida nazionali è ormai compiuto.

## 5. Data section

I dati utilizzati dal presente lavoro sono stati tratti dagli archivi dell'AGCM e del TAR Lazio (il "TAR"). Come anticipato, il lavoro rappresenta il completamento di un'indagine precedente, già pubblicata, ed è teso a verificare se, a partire dal 2015, anno in cui terminava l'analisi menzionata, si sia modificata l'attitudine del TAR nei confronti della rideterminazione.

L'indagine precedente (*Tab. 1*) aveva ad oggetto n. 119 sanzioni rideterminate all'esito dello scrutinio in primo grado, ossia quelle rideterminate direttamente dal TAR e quelle rideterminate dall'Autorità sulla base di quanto stabilito in quest'ultime pronunce, relative al periodo 2000-2016. Nel *dataset* sono riportate le vicende relative al ricorso dinanzi al giudice amministrativo in primo grado (*i.e.* l'ammontare della sanzione rideterminata, la motivazione principale del provvedimento giurisdizionale e l'esito del ricorso).

*Tab. 1 – Sanzioni AGCM in materia di tutela della concorrenza nel periodo 2000-2015 esiti dei giudizi di rideterminazione in primo grado*

	<i>n. di sanzioni</i>
Rideterminate dal TAR	39
Da rideterminare da parte dall'AGCM – con <i>remand</i> senza discrezionalità	76
Rideterminate dall'AGCM con <i>remand</i> e con discrezionalità	4

La prassi successiva si discosta notevolmente da quanto esposto. Prendendo in esame le pronunce successive (*Tab. 2*), nel periodo 2016-2021 si osservano le seguenti risultanze.

*Tab. 2 – Sentenze di primo grado nel periodo 2016-2021*

	<i>n. di sentenze</i>
Rideterminate dal TAR	5
Da rideterminare da parte dell'AGCM – con <i>remand</i> senza discrezionalità	32
Da rideterminare da parte dell'AGCM – con <i>remand</i> e con discrezionalità	0

Il cambiamento appare radicale: il TAR ha mutato indirizzo, applicando un approccio significativamente più ancorato alle Linee Guida, e adottando un approccio di completa discrezionalità tecnica. Non si riscontra più, in altre parole, alcuna sentenza in cui il TAR abbia applicato una discrezionalità metodologica. Il *revirement* in parola, pertanto, va nel senso di quanto auspicato (Castaldo *et al.*, 2018).

## 6. Approccio metodologico

L'obiettivo del presente studio è verificare i metodi e i percorsi argomentativi seguiti dal TAR nella rideterminazione delle sanzioni, valutando i profili di coerenza con la discrezionalità dell'AGCM. Come portato avanti in Castaldo *et al.* (2018), si è inteso analizzare i procedimenti di rideterminazione della sanzione a livello qualitativo, valutandoli in termini sia formali (a seconda dell'organo che ha concretamente proceduto alla rideterminazione) sia sostanziali (verificando il nesso tra causa di rideterminazione e tecnica utilizzata).

Tale analisi si propone di verificare eventuali discrasie tra i due organi, in termini di metodologia di valutazione, circa i criteri cui attenersi per (ri)determinare la sanzione. L'eventuale accertamento dell'applicazione di strumenti giuridici e percorsi argomentativi difformi nella quantificazione della sanzione disvelerebbe, infatti, il rischio di un *vulnus* nella funzione di *public deterrence* esercitata dall'ammenda. In altre parole, il giudice amministrativo che, in sede di valutazione dei ricorsi giurisdizionali, mancasse di applicare i principi e i criteri di calcolo dettati dal complesso normativo di Orientamenti e Linee Guida, senza adeguatamente motivarne le ragioni, potrebbe incidere sull'efficacia deterrente della sanzione. Laddove, poi, alla difformità metodologica si aggiungesse anche un approccio erratico, un'incertezza sulle tecniche seguite dal TAR nella rideterminazione distorcerebbe anche la propensione a ricorrere avverso le decisioni AGCM<sup>12</sup>.

Le valutazioni operate dal Giudice possono avere un profondo impatto sul percorso logico sottostante ciascun provvedimento sanzionatorio. Se, ad esempio, l'organo giudicante dovesse ravvisare la mancanza di un elemento (centrale, in termini di rilevanza, nella determinazione dell'importo irrogato), il cui peso percentuale sull'ammontare complessivo della sanzione non è specificato, l'operazione di rideterminazione non sarebbe automatica e immediata, ma complessa e tecnica. Per procedere a una nuova quantificazione, quindi, bisognerebbe riper-

12. A tal proposito, si noti che l'80% circa delle decisioni antitrust nazionali ha subito un ricorso giurisdizionale nel periodo 2000-2016.

correre le linee argomentative sulla cui base si è addivenuti alla determinazione originaria e valutare lo specifico valore da attribuire al passaggio della catena argomentativa posto in discussione.

Così descritti i rischi derivanti in sede di rideterminazione delle sanzioni dinanzi al giudice amministrativo, si analizzerà la prassi decisionale del TAR avendo riguardo alla tecnica e al percorso argomentativo utilizzati nel processo di riduzione delle sanzioni dell'AGCM.

Nella prassi giurisdizionale, la rideterminazione della sanzione, a valle di pronuncia, viene attuata secondo tre modalità: dal TAR direttamente, dall'AGCM con riesercizio della discrezionalità amministrativa (*i.e.*, consentendosi, così, una rivalutazione complessiva degli elementi costitutivi della sanzione) e a opera dell'AGCM in difetto di qualsivoglia riesercizio della discrezionalità amministrativa (*i.e.*, aderendo a direttive di dettaglio che vietano qualsiasi attività interpretativa/innovativa del giudicato da parte dell'Autorità).

L'approccio seguito muove dal singolo ricorso proposto da ciascuna impresa avverso un provvedimento sanzionatorio *antitrust* emanato dall'AGCM.

Dall'analisi dei ricorsi si enuclea la causa di rideterminazione sostenuta nell'*iter* logico del giudice amministrativo ponendola in relazione con la metodologia di calcolo scelta. Senza entrare nel merito delle decisioni del Giudice in relazione al fatto, ci si è interrogati – caso per caso – se la *ratio* adottata in sede di calcolo sia allineata ai criteri delle *guidelines*. I casi in cui gli argomenti proposti dal giudice amministrativo non poggiano sulle linee guida in assenza di esplicita motivazione sul punto, pertanto, vengono classificati nell'alveo della discrezionalità metodologica. Gli altri casi di ridetermina, invece, vengono classificati nell'ambito dell'attività di discrezionalità tecnica svolta nel *common framework* attuativo delle linee guida.

## 7. Numero delle osservazioni

Il numero totale di osservazioni, rappresentato dalle sentenze nelle quali il TAR ridetermina, direttamente o indirettamente, è di n. 156 (periodo 2000-2021).

## 8. Rideterminazione ad opera del TAR

Nell'analisi *dataset* 2000-2015, su cui si fondava lo studio precedente, si era rilevato che la rideterminazione ad opera del TAR era quella statisticamente più frequente, adottata in n. 39 casi, pari al 33% circa del totale.

L'analisi diacronica rivelava variazioni particolarmente significative tra il pe-

riodo 2000-2009, in cui prevale la discrezionalità metodologica, e il periodo 2010-2015, in cui la discrezionalità era prevalentemente tecnica<sup>13</sup>.

A completamento di quanto allora osservato, e in piena aderenza con l'evoluzione della prassi, il nuovo *dataset* 2016-2021 rivela che la rideterminazione delle sanzioni ad opera del TAR è ormai esclusivamente tecnica. Inoltre, i casi in cui il TAR procede direttamente a rideterminazione sono ormai scarsissimi: a fronte di un campione di n. 37 sentenze di rideterminazione individuate nel periodo 2016-2021, appena n. 5 (13,5%), tutte afferenti allo stesso provvedimento sanzionatorio, sono state rideterminate dal TAR senza rinvio all'AGCM.

## **9. Rideterminazione ad opera dell'AGCM su ordine del TAR, senza che l'AGCM rieserciti la propria discrezionalità amministrativa**

Nello studio precedente, si era osservato che la rideterminazione vincolata era la categoria più numerosa, essendo pari a oltre un terzo del totale. Anche in questo caso, occorre sottolineare una decisa accelerazione delle tendenze già note, che oggi è quasi integralmente costituita da questa categoria, che, nel periodo 2017-2021, vale ben n. 32 sentenze su n. 37 totali, l'86,5% del totale.

In questi casi, sebbene formalmente la rideterminazione provenga dall'AGCM, il disposto dei provvedimenti di ridetermina è interamente modellato sul contenuto precettivo della sentenza: l'Autorità, pertanto, non dispone di ulteriori margini di discrezionalità per valutare la fattispecie, e si limita a tradurre il *decisum* del giudice amministrativo in un nuovo provvedimento.

Tale modo di procedere, è invalso nella prassi a partire dal 2012: dall'esterno il sistema si presenta all'apparenza dualistico, poiché il Giudice si affida all'AGCM incaricandola di rideterminare la sanzione che ha essa stessa emanato, in realtà nei casi di specie il TAR vincola completamente l'attività decisoria dell'Autorità, limitandone il ruolo alla mera esecuzione di un'operazione matematica.

## **10. Rideterminazione ad opera dell'AGCM su ordine del TAR, con riesercizio di discrezionalità**

Nello studio precedente, l'ipotesi di specie era descritta come residuale, essendo presenti nel dataset 2000-2016 soli quattro casi<sup>14</sup> di riesercizio della discrezio-

13. A titolo di eccezione, si veda *contra* TAR Lazio, sez. I, n. 8674/2013.

14. Si tratta, oltre a quello esaminato, di ulteriori due ricorsi avverso il provvedimento n. 22521: TAR Lazio, sez. I, n. 3035/2012, *Italsempione s.p.a. c. AGCM* (con ottemperanza TAR

nalità amministrativa a seguito di sentenza, mentre ci s'interrogava in merito alle ragioni della riluttanza del Giudice verso questo *modus procedendi*.

Anche con l'aggiornamento del presente studio, relativo al periodo 2017-2021, l'interrogativo rimane irrisolto. In effetti, sul campione di n. 37 sentenze di rideterminazione, nessuna sentenza presenta un rinvio all'AGCM per la rideterminazione da parte dell'Autorità con riesercizio di discrezionalità.

Nonostante la sua attuale inutilizzazione, questo strumento presenta caratteristiche di grande versatilità, che lo rendono il più indicato a risolvere questioni particolarmente complesse, oppure a sanare eventuali vizi dell'atto originario sui quali il Giudice non può pronunciarsi senza rischiare di compromettere l'equilibrio complessivo del provvedimento.

Come rilevato a proposito della categoria precedente, l'adozione di un nuovo provvedimento innalza sia i costi processuali che il rischio di nuovi ricorsi strumentali: tali costi e tale rischio si ritengono giustificati solo in presenza di una effettiva necessità di riesame da parte dell'Autorità.

A causa della ristrettezza del campione (si segnala, peraltro, che tre casi su quattro sono stati originati dallo stesso provvedimento), non è possibile delineare linee di tendenza esaustive, se non, appunto, continuare a interrogarsi in merito alle cause dalla sua esiguità.

## 11. Conclusioni

Il lavoro, attraverso una ricostruzione della ricca letteratura presente a livello nazionale e internazionale, prende le mosse dai lineamenti di base della teoria della sanzione *antitrust* ottima e di quella in concreto raggiungibile. In tale ottica, il sistema delle *guidelines* europee e nazionali costituisce una cornice metodologica in grado di fornire un solido ancoraggio all'attività di determinazione della sanzione, sia a livello di Autorità sia in sede di vaglio giurisdizionale amministrativo.

Il presente contributo rappresenta una estensione dell'analisi condotta in Castaldo *et al.* (2018), con l'obiettivo di verificare se la tendenza emersa da parte del Giudice amministrativo di applicare in sede di rideterminazione della sanzione un approccio orientato alla discrezionalità tecnica (*i.e.*, *guidelines* europee e nazionali), a partire dal 2009 in poi, si sia poi ulteriormente consolidata nel periodo 2016-2021. La popolazione statistica di riferimento, infatti, in aggiunta alle n. 119 sentenze di rideterminazione giudiziale dinanzi al TAR nel periodo di riferi-

Lazio, sez. I, n. 3724/2013), e quello riguardante TAR Lazio, sez. I, n. 3033/2012, *Villanova s.p.a. c. A.G.C.M.* Rientra in questa categoria anche TAR Lazio, sez. I, n. 8778/2015, *Consiglio Nazionale Forense c. AGCM*.



mento 2000-2015 (già analizzate), prende in esame ora le ulteriori n. 37 sentenze nel periodo 2016-2021.

Nell'analisi dell'operato del Giudice, si è indagato il collegamento tra i vizi riscontrati nell'atto e tecnica di rideterminazione della sanzione utilizzata. Prescindendo dal sindacare le ragioni giuridiche poste alla base del processo di rideterminazione in sede di contenzioso amministrativo, in particolare, si è individuata la metodologia con cui il giudice amministrativo contabilizza la nuova sanzione, o meglio, motiva e lega nel dispositivo l'accolto con l'effettiva rideterminazione eseguita.

L'analisi complessiva delle sentenze, aggiornata nel presente lavoro al 2021, ha evidenziato la maturazione delle linee di tendenza già individuate in Castaldo *et al.* (2018).

La tendenza a un sempre più ampio utilizzo delle Linee Guida da parte del giudice amministrativo denota una maggiore focalizzazione sulla tecnica di contabilizzazione della sanzione. In prospettiva diacronica, i casi in cui il TAR si è mostrato meno sensibile alla metodologia delle Linee Guida, rideterminando secondo una metodologia originale (discrezionalità metodologica) sono esclusivamente i più risalenti nel tempo, mentre dal 2009 in poi, e in via esclusiva dal 2016 in poi, l'approccio tende a una verifica *step by step* che impiega gli stessi parametri valutativi utilizzati dall'Autorità, seppur talvolta la relativa motivazione non sia particolarmente estesa.

In altre parole, la prassi giurisdizionale ha attraversato una fase di graduale avvicinamento ai principi ispiratori e alle tecniche di quantificazione della sanzione previsti nelle Linee Guida: tale processo può ritenersi oramai compiuto e pienamente assestato.

## Bibliografia

- C. Aubert, P. Rey, W. Kovacic W., *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, iss. 6, 2006, 1241-1266.
- E. Barbier De La Serre, E. Lagathu, *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher*, in *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 4, iss. 4, 2013, 325-344.
- G.S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, vol. 76, n. 2, 1968, 169-217.
- M. Block, G. Sidak, *The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?*, in *The Georgetown Law Journal*, vol. 68, n. 5, 1980, 1131-1139.
- M. Block, F. Nold, G. Sidak G., *The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement*, in *Journal of Political Economy*, vol. 89, 1981, 429-445.

- P. Buccirossi, G. Spagnolo, *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still Go to Prison?*, in V. Goshal, J. Stennek (eds.), *The Political Economy of Antitrust*, Elsevier, 2007.
- A. Castaldo, M. Grantaliano, N.M. Faraone, *The Judicial Review of Antitrust Fines: A Swing Between Technical and Methodological Discretionality*, in *Mercato Concorrenza Regole*, vol. 3, Il Mulino, 2018.
- F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, II vol., Giuffrè, vol. II, 2011, 1460.
- R. Chieppa, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, vol. 40, n. 2, 2013, 340-357.
- E. Combe, C. Monnier, *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement*, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 56, iss. 2, 2011, 235-275.
- J.M. Connor, R.H., Lande R.H., *The size of cartel overcharges: implications for US and EU fining policies*, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 51, n. 4, 2006, 983-1022.
- J.M. Connor, *Optimal Deterrence and Private International Cartels*, 2006, 1-42, testo disponibile al sito: [ssrn.com/abstract=1103598](https://ssrn.com/abstract=1103598) o [dx.doi.org/10.2139/ssrn.110359](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.110359) [consultato il 7 ottobre 2023].
- N. Fabra, M. Motta, *Antitrust Fines in Times of Crisis*, in *CEPR Discussion Paper*, n. DP9290, January 2013, 1-23, testo disponibile al sito: [ssrn.com/abstract=2210260](https://ssrn.com/abstract=2210260) [consultato il 7 ottobre 2023].
- D. Gerardin, *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, in *TILEC Discussion Paper*, n. 2011-052, 2011, 1-59, testo disponibile al sito: [ssrn.com/abstract=1937582](https://ssrn.com/abstract=1937582) [consultato il 7 ottobre 2023].
- A. Giannaccari, *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale) castigo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, vol. 3, 2013, 473-501.
- A. Giannaccari, C. Landi, *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa: si va nella città dolente*, in *Mercato Concorrenza Regole*, vol. 2, 2014, 201-240.
- D.H. Ginsburg, J.D. Wright, *Antitrust Sanctions*, in *Competition Policy International*, vol. 6, n. 2, 2010, 3-39.
- R. Giovagnoli, relazione tenuta al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, presso Cons. St., 28 febbraio 2013.
- Y. Katsoulacos, D. Ulph, *Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges*, in *The Economic Journal*, vol. 123, n. 572, 2013, F558-F581.
- W.M. Landes W.M., *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, 652-678.
- M. Motta, M. Polo, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, 2003, 347-379.
- R. Pardolesi, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. Bruzzone (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Il Mulino, 2008, 201 ss.
- P. Rey, *Towards a Theory of Competition Policy*, in *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications-Eight World Congress*, Cambridge University Press, 2003, 82-132.

- D. Schkade, C.R. Sunstein, D. Kahneman, *Do People Want Optimal Deterrence?*, in *Law & Economics Working Paper*, n. 77, 1999, 1-28.
- S. Souam, *Optimal Antitrust Policy Under Different Regimes of Fines*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001, 1-26.
- G. Spagnolo, *Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime*, mimeo, University of Mannheim, 2003.
- F. Spagnuolo, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 3-4, 2008, 1007 ss.
- G.J. Werden, M.J. Simon M.J., *Why price fixers should go to prison*, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 32, 1987, 917-937.
- W. Wils, *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings but Also Individual Penalties, in Particular Imprisonment?*, in C.D. Ehlermann (ed.), *European Competition Law Annuals*, Hart Publishing, 2002.
- , *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, vol. 30, n. 2, 2007, 197-229.
- P. Van Cayseele, P.D.N. Camesasca, K. Hugmark, *The EC Commission's 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking Over-Deterrence*, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 53, n. 4, 2008, 1083 ss.
- C. Velkanovski, *Cartels Fines in Europe: Law Practice and Deterrence*, in *World Competition*, 2007, 65-86.
- A. Von Hirsch, A.E. Bottoms, E. Burney, P.O. Wikstrom, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, Hart Publishing, 1999.

# L'ESTENSIONE DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE VALUTAZIONI TECNICHE COMPLESSE IN MATERIA BANCARIA

DONATO MESSINEO\*

SOMMARIO: 1. Storicità del tema – 2. Obiettivi della disciplina della prevenzione e gestione delle crisi e valutazioni tecnico-discrezionali alla luce della BRRD – 3. Evoluzioni del sindacato giurisdizionale amministrativo: il controllo di “maggiore attendibilità” – 4. Principio di proporzionalità e scelta degli strumenti di prevenzione e gestione delle crisi.

## 1. Storicità del tema

Il tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti discrezionali presenta – in generale – carattere storico<sup>1</sup>. Il suo sviluppo è influenzato, tra l'altro, dalle trasformazioni della Costituzione economica e dalla progressiva affermazione della tutela giurisdizionale piena ed effettiva delle pretese sostanziali della persona. L'espansione dei compiti dello Stato e, correlativamente, del potere amministrativo al campo della regolazione dei mercati e alla vigilanza sulle imprese operanti in settori sensibili dovrebbe rendere, di pari passo, tale potere permeabile allo scrutinio giurisdizionale<sup>2</sup>, anche quando il suo esercizio comporta l'applicazione di saperi specialistici<sup>3</sup>. L'indisponibilità del bisogno di tutela giurisdizionale a recedere di fronte alle valutazioni tecnico-discrezionali ha finito per segnare punti di equilibrio via via più avanzati nella dialettica tra poteri amministrativi (anche “indipendenti” dalla sfera dell'esecutivo) e giurisdizione amministrativa<sup>4</sup>.

\* L'Autore è avvocato presso la Consulenza Legale della Banca d'Italia. Le opinioni espresse sono proprie dell'Autore e non sono riferibili all'Istituto di appartenenza.

1. A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, 1964, 65-66.

2. E. Scoditti, G. Montedoro, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *www.questionegiustizia.it/* [consultato il 7 ottobre 2023], 2020.

3. A. Cariola, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, n. 2/2021, 24 ss.

4. L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo, della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 12 ss.

Nella materia bancaria e finanziaria il tema acquisisce una spiccata complessità, che si ricollega all'affermazione, in momenti diversi, di due grandi linee di tendenza: da un lato, specie a partire dagli anni '80 del '900, la sempre più marcata riconduzione (oggi scolpita nell'art. 10 del TUB) dell'attività bancaria nell'ambito della *libertà d'impresa*<sup>5</sup>, in quanto tale oggetto di riconoscimento costituzionale e meritevole di tutela giurisdizionale effettiva; dall'altra parte, la recente irruzione, dopo la crisi finanziaria globale del 2007, divenuta crisi del debito sovrano nel 2011, del valore della *stabilità finanziaria*, quale interesse pubblico meritevole di speciale considerazione – per quanto di ragione – da parte di legislatori, autorità di settore e corti<sup>6</sup>, la cui centralità è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 99 del 2018<sup>7</sup>.

La crisi finanziaria ha evidenziato una vistosa mancanza di strumenti adeguati a livello di UE per gestire efficacemente il dissesto di banche e imprese di investimento al fine di evitare che le difficoltà di uno o più enti si propagassero agli altri, sino a danneggiare il sistema economico nel suo complesso. Il legislatore europeo ha colmato la lacuna con l'introduzione della Direttiva 2014/59/UE (“BRRD”), che esprime rinnovati punti di equilibrio nella dialettica tra i variegati interessi privati (di azionisti, creditori, clienti e depositanti – categorie ciascuna delle quali dotata di un suo peculiare “statuto”) e pubblici (primo fra tutti, appunto quello alla stabilità finanziaria) investiti dal dissesto delle imprese vigilate<sup>8</sup>.

Di seguito si mostra come alcune scelte di fondo di tale impianto normativo<sup>9</sup>, richiamate nel paragrafo seguente, influenzino il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in materia, rafforzando dinamiche già in atto all'epoca di entrata in vigore della normativa di recepimento

5. E. Galanti, *La storia dell'ordinamento bancario e finanziario italiano fra crisi e riforme*, in Id. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, CEDAM, 2008, 88 ss.

6. Per tutti, G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*, Kluwer Law International, 2017, *passim*; e G. Sciascia, *La regolazione giuridica del rischio sistemico. Stabilità finanziaria e politiche macroprudenziali*, Giuffrè, 2021, *passim*.

7. “Misure comportanti sacrifici per i diritti degli azionisti e dei creditori subordinati di società bancarie non determinano una ingerenza sproporzionata e intollerabile nel diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 17 CDFUE, quando esse perseguono l'obiettivo della stabilità finanziaria e non possono arrecare ai soggetti sacrificati un pregiudizio maggiore di quello che essi subirebbero in caso di procedura di fallimento conseguente alla mancata adozione delle misure stesse (...)”.

8. Cfr. considerando (24) e (49) BRRD. Per ulteriori riferimenti, M. Marcucci, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pacini Giuridica, 2016, 309 ss.

9. Tuttora in evoluzione: cfr. M. Lamandini, F. Pellegrini, *Il completamento dell'Unione Bancaria e le prospettive di ulteriori riforme*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pacini Giuridica, 2022, 297 ss.

(recata dal d.lgs. n. 180/2015), e alimentando il ricorso a standard di giudizio suscettibili di estendersi anche al di là del campo di applicazione della citata Direttiva.

## **2. Obiettivi della disciplina della prevenzione e gestione delle crisi e valutazioni tecnico-discrezionali alla luce della BRRD**

Alla BRRD (e al d.lgs. n. 180/2015) è sotteso innanzitutto lo sforzo di operare anticipatamente al fine di prevenire il dissesto degli enti, nonché comunque di predisporre strumenti in grado di gestirlo efficacemente, distinguendo le fasi fisiologiche della vita degli intermediari da quelle prodromiche alla crisi e, infine, di dissesto o rischio di dissesto irreversibili.

In tale ottica, la disciplina introduce, per un verso, a carico degli enti l'obbligo di predisporre piani di risanamento prefiguranti misure suscettibili di rimediare all'eventuale deterioramento della situazione aziendale, soggetti a verifica da parte delle autorità di vigilanza; e, per altro verso, impone alle autorità di risoluzione di apprestare piani di risoluzione recanti strategie idonee ad affrontare il possibile dissesto degli enti. Ambedue tali obblighi sono commisurati alle dimensioni e alla situazione dei singoli enti<sup>10</sup>. In questo contesto, spetta altresì alle autorità di risoluzione individuare gli elementi che potrebbero ostare all'efficace esercizio dei poteri e applicazione degli strumenti previsti dalla normativa, e ordinarne agli enti la rimozione, anche attraverso modifiche alla loro struttura e operatività.

Ancora, al fine di evitare degenerazioni irreversibili della situazione degli enti, la BRRD introduce un articolato set di misure di intervento precoce, disposte in una scala di crescente incidenza sulla libertà imprenditoriale, che vanno dalla richiesta di attuare una delle misure previste nel pertinente piano di risanamento a quella di apportare modifiche strategiche o strutturali, passando per richieste relative alle attività e alla stessa composizione degli organi, che possono spingersi sino alla rimozione collettiva di questi ultimi e alla nomina di amministratori temporanei; quest'ultima misura coincide, in Italia, con l'amministrazione straordinaria (che, pur preesistente alla BRRD, ha ricevuto, a seguito del suo recepimento, una nuova collocazione sistematica)<sup>11</sup> e con i commissari in temporaneo affiancamento (figura introdotta in attuazione della BRRD).

10. Sul punto, I. Donati, L. Stanghellini, *Il principio di proporzionalità nell'ambito del SRM: la prospettiva italiana*, in *Il diritto bancario europeo*, cit., 112 ss.

11. E. Cecchinato, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, 306, anche per ulteriori riferimenti.

In caso di dissesto o rischio di dissesto di un ente, poi, spetta all'autorità competente valutare in primo luogo la praticabilità di soluzioni di vigilanza o di mercato in grado di rimediare alla situazione; in assenza di soluzioni siffatte, compete all'autorità di risoluzione stabilire se l'ordinaria procedura liquidatoria disponibile a norma del diritto nazionale sia sufficiente a realizzare gli obiettivi della risoluzione definiti dalla normativa, o se sia invece necessario a tale scopo attivare la procedura di risoluzione, implicante il ricorso a strumenti particolarmente incisivi sulla situazione di azionisti e creditori. In proposito, va sottolineato peraltro che gli obiettivi della risoluzione sono svariati, e alcuni possono in concreto risultare in conflitto tra loro<sup>12</sup>: il caso più evidente è quello della stabilità finanziaria, da un lato, e della minimizzazione del ricorso ai fondi pubblici, dall'altro lato<sup>13</sup>.

L'azione di risoluzione o l'esercizio dei poteri di svalutazione/conversione dev'essere preceduta da una valutazione equa, prudente e realistica delle attività e passività dell'ente operata da un esperto indipendente, salvo che ragioni di urgenza impongano una valutazione provvisoria da parte dell'autorità di risoluzione, cui deve far seguito la valutazione definitiva da parte dell'esperto indipendente, al quale è altresì demandata un'ulteriore valutazione volta a verificare il rispetto dei diritti di azionisti e creditori: questi ultimi, nel contesto di un'azione di risoluzione, non possono in ogni caso ricevere un trattamento peggiore di quello che avrebbero ricevuto nell'ordinaria procedura liquidatoria.

L'impianto normativo descritto impone alle autorità di effettuare una serie di ipotesi, previsioni e valutazioni, e, su tali basi, di adottare interventi assai incisivi<sup>14</sup>: esse devono identificare gli elementi di debolezza nella struttura e nell'operatività degli enti, che potrebbero in futuro far sorgere criticità, richiedendone la modifica o la rimozione; devono progettare in anticipo le strategie di intervento più appropriate per affrontare le eventuali crisi degli enti; in presenza di concreti segnali di difficoltà, devono valutare l'idoneità delle soluzioni di vigilanza o di mercato astrattamente disponibili; in caso di urgenza di provvedere, devono valutare provvisoriamente il patrimonio degli enti in maniera rapida sulla base di ipotesi giuste, prudenti e realistiche; infine, per fronteggiare le crisi sono chiamate a

12. L'occasionale attribuzione alle autorità indipendenti di finalità parzialmente indeterminate e interessi pubblici talvolta in conflitto ha in generale lo scopo di "porre in essere una disciplina massimamente flessibile": R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2017, 104.

13. Per un approfondimento, P. Faraguna, D. Messineo, *Light and shadows in the Bundesverfassungsgericht's decision upholding the European Banking Union*, in *CML Rev.*, 57, 2020, 1639 e nota 42.

14. Cfr. S. Grünwald, *Legal challenges of bail-in*, in *Shaping a new legal order for Europe: a tale of crises and opportunities* (ECB Legal Conference 2017), in [ecb.europa.eu/](http://ecb.europa.eu/), 291 [consultato il 7 ottobre 2023].

realizzare il coinvolgimento di azionisti, creditori e – almeno teoricamente – taluni depositanti nell’assorbimento delle perdite, attraverso l’esercizio dei poteri di svalutazione e/o conversione delle passività ammissibili.

La ricognizione effettuata consente di individuare tre caratteristiche distintive, tra loro connesse, della disciplina richiamata, che connotano la discrezionalità esercitata dalle autorità di settore in materia:

- la normativa investe le autorità di vigilanza e di risoluzione, per quanto di ragione, di una serie di *poteri assai incisivi* sulle situazioni soggettive delle aziende e degli individui coinvolti, anche in assenza di crisi conclamate, il cui verificarsi si intende appunto scongiurare;
- l’esercizio di detti poteri presuppone il compimento di *previsioni* e la formulazione di *ipotesi* – talvolta fondate su analisi “di scenario” – e la scelta tra ampi ventagli di misure;
- nell’individuazione delle particolari misure da adottare nel caso concreto si richiede alle autorità di massimizzare la realizzazione di una pluralità di *interessi pubblici in rapporto di competizione reciproca*.

### **3. Evoluzioni del sindacato giurisdizionale amministrativo: il controllo di “maggiore attendibilità”**

Tenuto conto delle ricordate caratteristiche della normativa surriferita, non stupisce che nel sindacare gli atti adottati dalla Banca d’Italia in applicazione della stessa i Giudici amministrativi si siano dichiarati talvolta inclini a valorizzare i margini di opinabilità per definizione connaturati al tipo di valutazioni tecniche sopra descritte, richiamando tradizionali affermazioni di principio sui limiti del proprio sindacato (del resto, da ultimo anche il Tribunale di primo grado della UE nella sentenza del 1° giugno 2022 nel caso T-523/17 relativa a Banco Popular, con riferimento alle valutazioni provvisorie effettuate nel contesto della risoluzione, ha considerato fisiologiche “talune incertezze e approssimazioni”, stanti i “limiti di tempo e le informazioni disponibili”)<sup>15</sup>. L’orientamento giurisprudenziale

15. § 357. Recentemente, il TAR Lazio aveva persino rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell’art. 72, comma 9, del TUB, nella parte in cui subordina la proposizione delle azioni civili nei confronti dei commissari straordinari delle banche alla previa autorizzazione della Banca d’Italia, sul presupposto che “il giudice amministrativo (...) potrebbe esercitare solo un controllo di tipo ‘estrinseco’, senza poter sostituire decisioni dell’autorità di vigilanza la cui motivazione superi il vaglio della plausibilità” (in argomento, F. Dimichina, *È ancora necessaria l’autorizzazione dell’Autorità di vigilanza per l’esercizio delle azioni civili nei confronti degli organi della banca in amministrazione straordinaria?*, in *Banca borsa titoli di credito*, n. 3/2021, 433 ss.), ma la



descritto appare in linea con l'esigenza che l'autorità di risoluzione e il suo personale siano protetti da iniziative giurisdizionali volte a contestare l'esercizio in buona fede dei poteri di risoluzione, riconosciuta dai Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (par. 5.5). Tuttavia, a dispetto delle affermazioni di principio, non sembra che i Giudici amministrativi esercitino nei fatti un significativo *self-restraint* nella materia *de qua*, e lo standard di giudizio dagli stessi utilizzato appare nel complesso coerente con quello applicato dai Giudici dell'Unione (si veda ancora, la citata sentenza del Tribunale del 1° giugno 2022 circa l'esigenza di “verificare non soltanto l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche controllare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se essi siano idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte”)<sup>16</sup>.

Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 5991, nel respingere l'appello del CODACONS contro la sentenza di primo grado che aveva tenuto indenni gli atti della risoluzione delle quattro banche disposta nel novembre 2015<sup>17</sup>, ha affermato che “le valutazioni propedeutiche alla adozione di provvedimenti particolarmente dirompenti, quale quello oggetto di causa, non può com-

sentenza del Giudice delle leggi del 22 dicembre 2021, n. 248, ha dichiarato la questione inammissibile per insufficiente motivazione in punto di rilevanza.

16. Sull'esigenza di considerare le operazioni effettivamente compiute da giudici, al di là delle formule tratte richiamate nelle sentenze, si veda per tutti R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento*, cit., 165.

17. Per una sintesi di tali provvedimenti, si rinvia a D. Messineo, *Il provvedimento “salva-banche”: il trattamento di azionisti e creditori nella nuova disciplina delle crisi bancarie*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, 102 ss. La sentenza di primo grado tenuta indenne dal Consiglio di Stato (TAR Lazio, 7 gennaio 2017, n. 165), aveva riconosciuto che il sindacato del G.A. “necessariamente incontra il limite della specifica competenza tecnica, della posizione di indipendenza e dei poteri propri spettanti alle istituzioni in questione, il cui giudizio ha come parametri di riferimento non regole scientifiche esatte e non opinabili, ma valutazioni, anche di ordine prognostico, a carattere economico e sociale, o comunque non ripercorribili in base a dati univoci (...)” con la conseguenza che gli atti adottati dalla Banca d'Italia “sono sindacabili innanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità, oltre che per vizi di incompetenza e di violazione di legge, solo per illogicità manifesta, quale figura sintomatica di eccesso di potere, non potendo il giudice amministrativo sostituire proprie valutazioni a quelle dell'organo di controllo”. Le nove sentenze del TAR Lazio (30 dicembre 2016, nn. 12882, 12884, 12885, 12886, 12887, 12888, 12889, 12890; e 7 gennaio 2017, n. 166) che hanno definito gli altri ricorsi di azionisti, tra cui alcune Fondazioni, e obbligazionisti subordinati delle quattro banche contengono affermazioni simili. Nessuna di queste sentenze è stata annullata in appello. Su tale contenzioso, L. Lippolis, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità di vigilanza finanziaria*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Jovene, 2021, 321 ss., e *amplius* L. Pajevic, *La risoluzione della crisi delle Quattro Banche e le Argonautiche giurisdizionali*, in *Il diritto bancario europeo*, cit., 129 ss.

misurarsi a un parametro oggettivo precostituito, assumibile in tutte le situazioni, dovendosi rapportare tale valutazione al contesto concreto nel quale viene effettuata, nel quale assumono un carattere decisivo anche l'apprrezzamento del grado di affidabilità e fiducia del sistema bancario nazionale complessivamente considerato e tenuto conto del suo inserimento nel circuito europeo"; in tal modo, il Consiglio di Stato ha aggiornato al mutato contesto normativo – e riferito ai presupposti della risoluzione – un orientamento in passato già seguito nel vagliare la ricorrenza dei presupposti della liquidazione coatta amministrativa ("l.c.a.") delle banche<sup>18</sup>.

Nell'occasione, il CODACONS contestava in particolare – ritenendoli eccessivamente penalizzanti – i tassi di svalutazione dei crediti deteriorati delle quattro banche rispettivamente applicati dalla Banca d'Italia nelle valutazioni provvisorie, e dagli esperti indipendenti (dalla stessa successivamente nominati) nelle valutazioni definitive: al riguardo, occorre notare come il Consiglio di Stato nella citata pronuncia non si sia trincerato dietro la pur rilevata assenza di parametri oggettivi alla cui stregua sindacare le valutazioni tecniche censurate dall'appellante, ma abbia positivamente accertato sia il rispetto dei criteri indicati dalla Commissione europea nella pertinente comunicazione 2009/C72/01, sia la coerenza delle valutazioni indubbiamente con "le sentenze dei Tribunali civili che (...) hanno dichiarato l'insolvenza" della banche sottoposte a risoluzione. Pertanto, il riferimento del Consiglio di Stato all'esigenza di "rapportare" la valutazione tecnica scrutinata "al contesto concreto nel quale [la stessa] viene effettuata" non è stato un espediente volto a giustificare un sindacato deferente sugli atti della risoluzione: alla riportata dichiarazione del Giudice amministrativo ha fatto effettivamente seguito la considerazione degli elementi di contesto nella specie disponibili, che ha confermato la correttezza delle valutazioni dell'amministrazione.

La capacità del Giudice amministrativo di coniugare il riconoscimento di fisiologici margini di opinabilità alle valutazioni tecniche affidate alla Banca d'Italia dalla normativa di settore con la disponibilità a svolgere comunque un sindacato di "piena giurisdizione" è confermata, poi, da Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, relativa al provvedimento di rimozione collettiva di amministratori, sindaci e direttore generale del Credito di Romagna. Nell'occasione, il Consiglio di Stato si è diffuso ampiamente in merito ai limiti del sindacato giurisdizionale connessi alla natura degli atti "di intervento precoce che implicano, da parte

18. Cfr. ad esempio TAR Lazio, sez. I, 7 maggio 1997, n. 685, e, già nella vigenza della BRRD, Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2018, n. 6902. V, poi, Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 551, per l'affermazione secondo cui "la Banca d'Italia è titolare di poteri discrezionali, che per la loro natura, secondo un principio giurisprudenziale del tutto pacifico, sono sindacabili nella presente sede nei soli casi in cui abbiano condotto ad esiti abnormi ovvero manifestamente illogici", circa la risoluzione della Carichieti.

della Banca d'Italia, un complesso giudizio prognostico, caratterizzato da marcati profili di discrezionalità, circa l'idoneità delle misure adottate a garantire la salvaguardia della sana gestione dell'istituto di credito rispetto alla situazione fattuale sottostante", affermando l'esigenza di indagare "l'attendibilità e la correttezza della valutazione operata dall'Autorità (...) in base alla situazione di fatto ed allo scenario di riferimento al tempo del provvedimento, secondo un canone di giudizio ex ante, in base alle evidenze allora disponibili, tenuto altresì conto della finalità dell'intervento della Banca d'Italia, in ultima analisi volto a salvaguardare, secondo una logica di adeguata cautela, non solo l'integrità del singolo istituto di credito, ma il sistema entro il quale lo stesso si colloca in termini di affidabilità e fiducia".

Ancora una volta, l'esame delle formule – apparentemente “rinunciatarie” – utilizzate dal Giudice amministrativo dev'essere accompagnato dall'analisi delle operazioni dallo stesso in concreto compiute. Orbene, nella vicenda di specie, il Collegio con ordinanza del 22 ottobre 2018, n. 6013, aveva disposto una CTU volta a verificare la correttezza delle valutazioni poste dalla Banca d'Italia alla base dei provvedimenti di vigilanza gravati, ricostruendo in particolare la genesi e le dimensioni dello scadimento strutturale della capacità di produrre reddito dell'intermediario interessato, nonché l'impatto di tale scadimento sull'ammontare dei fondi propri della banca stessa. La CTU si era resa necessaria in quanto i motivi di appello adducevano l'esistenza di “errori o travisamento di fatti nelle determinazioni censurate”, investendo dunque “fatti complessi e concetti giuridici indeterminati che implicano conoscenze specialistiche di settore”, che il Consiglio di Stato si è ritenuto senz'altro competente a vagliare, al fine di verificare il rispetto da parte della Banca d'Italia del “principio di ragionevolezza tecnica ed economica” (così, la citata ordinanza istruttoria).

Nel definire la vicenda in senso favorevole alla Banca d'Italia, peraltro, il Consiglio di Stato non si è limitato a osservare che “la relazione peritale ha confermato la correttezza e l'oggettività dei dati ed elementi di fatto posti dalla Banca d'Italia alla base del provvedimento di removal e delle altre connesse misure di vigilanza prudenziale”, ma ha valorizzato pure “altri elementi istruttori”, quali “le verifiche dell'Internal Auditing nelle relazioni di Deloitte sub 'Report consuntivo 2016' e sub 'Piano Audit 2017-2018' – che ‘esprime un giudizio medio alto (su una scala crescente di misurazione della criticità) nell'area di concessione del credito’; – gli atti del Collegio sindacale, come emergenti dai verbali degli anni 2012, 2013, 2014 e 2015; – la verifica straordinaria di internal auditing condotta da Deloitte a luglio-agosto 2016” (così, la citata sentenza n. 6254/2022).

In definitiva, dunque, l'esame di tale pronuncia conferma che il giudizio di plausibilità/attendibilità delle valutazioni tecniche della Banca d'Italia operato dai Giudici amministrativi non è il frutto di una considerazione estrinseca degli

atti impugnati, compiuta sulla sola base degli elementi forniti dall'amministrazione, ma presuppone l'esame del complessivo materiale istruttorio, del quale il Giudice amministrativo dispone se del caso l'integrazione, alla luce delle censure spiegate dalla parte privata<sup>19</sup>.

#### 4. Principio di proporzionalità e scelta degli strumenti di prevenzione e gestione delle crisi

Si è detto che la vigente normativa in materia di prevenzione e gestione delle crisi affida alla Banca d'Italia una serie di scelte basate su valutazioni tecniche complesse e finalizzate a massimizzare la realizzazione di una pluralità di interessi pubblici, taluni dei quali in conflitto tra loro. Ciò comporta che negli atti della Banca d'Italia convivano profili di discrezionalità tecnica insieme ad altri di discrezionalità pura. Tale peculiare commistione, peraltro, non sembra determinare l'affermazione di ambiti di scelta insindacabilmente riservati all'amministrazione: difatti, i principi generali (di proporzionalità, ragionevolezza, logicità, completezza della motivazione) che governano le modalità di effettuazione delle scelte sono utilizzati dai Giudici amministrativi come parametro di legittimità nel sindacare tali misure<sup>20</sup>.

19. Per un'analogia vicenda in cui i Giudici amministrativi, pur affermando di considerare l'assoggettamento ad amministrazione straordinaria di una SGR "adeguatamente e compiutamente motivato e privo di manifeste illogicità o palesi incongruenze tali da lasciare spazio ad un sindacato del Giudice Amministrativo sul punto" hanno in realtà condotto una serrata analisi dei "documenti in atti", nei quali, tra l'altro, "hanno trovato conferma numerosissime contestazioni mosse dagli ispettori al CDA di Sorgente SGR che, soprattutto per quanto concerne il Fondo Megas, ma non solo, ha avvallato nel tempo tutta una serie di scelte di gestione non supportate da valide giustificazioni economiche e non considerate nei loro risvolti negativi sui rendimenti del fondo stesso, il cui rendiconto 2017 si era chiuso con una perdita di 17,5 milioni di euro", cfr. Cons. Stato, 15 novembre 2021, n. 11766.

20. Naturalmente, quanto osservato nel testo vale anche al di fuori della disciplina delle crisi: cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento*, cit., 188. Per un recente esempio di annullamento di dinieghi di autorizzazione all'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti e garanzie per difetto di motivazione, cfr. Cons. Stato, 25 novembre 2019, n. 8017, secondo cui "il carattere anormale, o comunque illogico, del ragionamento contenuto in un provvedimento amministrativo si può apprezzare, se del caso con l'ausilio di un tecnico, solo se nel provvedimento in questione il ragionamento effettivamente si può rinvenire. In altre parole, il provvedimento deve dare adeguato conto delle premesse di fatto dalle quali è partito, spiegando da quali atti esse risultino, esporre il percorso logico seguito per confermarle o criticarle, con le regole applicate, ove esse non siano immediatamente evidenti, e spiegare la conclusione cui ha ritenuto di arrivare. Solo in questo modo, si soddisfa il requisito fondamentale di ogni ragionamento logico scientifico, ovvero la sua ripetibilità, ed eventuale falsificabilità, da parte di un osservatore esterno, sia esso la parte che ne è destinataria, ovvero il Giudice chiamato a sindacarlo".

Ciò vale particolarmente per il principio di proporzionalità, in quanto la supervisione è una forma di controllo pubblico su un'attività economica, che sottopone le imprese bancarie e di investimento a una fitta trama di vincoli: correlativamente, l'intensità di tali vincoli va costantemente misurata e calibrata rispetto alle finalità della vigilanza e della risoluzione<sup>21</sup>. La disciplina delle crisi di fonte europea, poi, è tutta informata al principio di proporzionalità: gli obblighi di pianificazione (del risanamento e della risoluzione) sono commisurati al "tipo di attività, della struttura azionaria, della forma giuridica, del profilo di rischio, delle dimensioni, dello status giuridico e delle interconnessioni dell'ente con altri enti o con il sistema finanziario in generale" [considerando (14) BRRD]; "l'obbligo di preparare un piano di risanamento dovrebbe essere applicato proporzionalmente, tenendo conto dell'importanza sistemica dell'ente o del gruppo e delle sue interconnessioni (...)" [considerando (21) BRRD]; "il contenuto di un piano di risoluzione dovrebbe essere proporzionato all'importanza sistemica dell'ente o del gruppo" [considerando (25) BRRD]. La possibilità di disporre una misura di gestione della crisi è subordinata all'indisponibilità di interventi del settore privato o di azioni di vigilanza che permettano di evitare il dissesto dell'ente in tempi ragionevoli [art. 31(1)(b) BRRD; art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 180/2015]. Ancora, la scelta tra risoluzione e ordinarie procedure di insolvenza dipende da una valutazione di proporzionalità legata alla possibilità di realizzare gli obiettivi della risoluzione [art. 32(5) BRRD; art. 20, comma 2, d.lgs. n. 180/15].

Di recente, proprio la considerazione del principio di proporzionalità ha condotto il Consiglio di Stato a ribaltare l'orientamento, precedentemente affermato da Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2015, n. 835, volto a escludere che la normativa vigente contenga "un 'sistema' di misure più o meno affittive, all'interno del quale si applicherebbe un criterio di gradualità rispetto alle violazioni e irregolarità riscontrate, tale da imporre sempre e comunque una motivazione ad hoc in ordine all'ineffettività di misure meno gravose", e, correlativamente, a negare "che l'Amministrazione sia tenuta a una specifica motivazione sull'assoluta indispensabilità della misura più affittiva, e sull'inadeguatezza di altre meno intense". Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2022, n. 7499 ha infatti riconosciuto la possibilità di ordinare le misure previste nella disciplina di settore in scala di crescente incidenza di ciascuna di esse sugli organi, sul funzionamento e sull'e-

21. La sempre più complessa e articolata disciplina del settore finanziario è considerata da taluni commentatori suscettibile di penalizzare eccessivamente le banche piccole e non complesse: per tutti, R. Masera, *Per una vera proporzionalità nella regolazione bancaria dell'Unione Europea*, Ecria, 2020, *passim*. Per la conferma dell'apertura della Banca d'Italia "al dialogo con gli intermediari per valutare proposte operative di semplificazione delle norme e di prassi di vigilanza", P. Angelini, *Proporzionalità della regolamentazione e problemi delle piccole banche*, in [www.bancaditalia.it/](http://www.bancaditalia.it/), 2022, 9 [consultato il 2 ottobre 2023].

sistenza stessa delle imprese vigilate, che imporrebbe di fare uso degli strumenti esistenti secondo un criterio di gradualità. Il Consiglio di Stato ha opinato, in particolare, che l'adozione della l.c.a. di una Sim, comportando l'eliminazione di un operatore dal mercato, presuppone l'espressa e specifica dimostrazione, da parte delle autorità competenti, dell'inadeguatezza di interventi più tenui a gestire la crisi dell'intermediario interessato, e dunque della "indispensabilità (...) della misura estrema costituita dalla messa in l.c.a. della SIM in questione (...) al di là di ogni ragionevole dubbio". Su tali basi, il Giudice di appello ha confermato due sentenze del Tar Lazio che avevano annullato gli atti della l.c.a. sul presupposto che le autorità precedenti non avevano fornito motivazioni circa l'inevitabilità di una serie di circostanze di fatto e di iniziative della Sim interessata a escludere la praticabilità di soluzioni meno drastiche della forzosa fuoriuscita dal mercato.

Ritenendo che la ricorrenza di irregolarità, violazioni o perdite di eccezionale gravità non basti a giustificare l'assoggettamento di una Sim a l.c.a., i Giudici amministrativi hanno superato la lettera della legge (l'art. 57 del T.U.F.), esigendo che l'amministrazione dimostri la ricorrenza di un presupposto ulteriore a quelli testualmente indicati nella citata disposizione, e cioè, appunto, l'insufficienza di misure più miti. Le sentenze del Tar confermate in appello (Tar Lazio, 30 giugno 2021, nn. 7726 e 7734) avevano dichiarato di giungere a questa conclusione sulla base di un argomento di tipo sistematico, osservando che "il (...) principio di proporzionalità è espressione di un canone di giustizia sostanziale che permea tutto l'ordinamento e riguarda plurime branche del diritto", nonché in ossequio al canone dell'interpretazione conforme, giacché, sempre secondo il Tar, "la tenuta costituzionale della norma" presuppone che l'Amministrazione dia conto della "inevitabilità" della l.c.a. "in quanto nessuno degli altri rimedi previsti dal TUF sarebbe idoneo al ripristino della sana e prudente gestione consentendo la permanenza sul mercato del soggetto".

Con riferimento alle citate pronunce, va rilevato peraltro che la particolare Sim alla quale ha avuto riguardo la controversia non rientrava nel campo di applicazione della BRRD<sup>22</sup>. Pertanto, i Giudici amministrativi hanno finito per riconoscere portata espansiva alla logica dell'art. 32(1)(b) BRRD e dell'art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 180/2015, nella parte in cui essi annoverano, tra i presupposti delle misure di gestione delle crisi, accanto al dissesto o al rischio di dissesto dell'ente, l'assenza di soluzioni di mercato o misure di vigilanza, inclusi gli strumenti di intervento precoce e l'amministrazione straordinaria, che possano ragionevolmente porre rimedio alla situazione in tempi adeguati.

22. Posto che, in relazione al tipo operatività svolta, non assumeva rischi in proprio: cfr. art. 2(1)(3) BRRD; e il combinato disposto degli artt. 57, comma 1, e 55-bis, comma 1, TUF

Il possibile consolidamento e l'eventuale diffusione del criterio decisionale nell'occasione seguito dal Consiglio di Stato implicherebbe il generale riconoscimento in capo alla Banca d'Italia, ogni qual volta adotta una misura di vigilanza o di gestione delle crisi, dell'obbligo di motivare specificamente anche in merito all'insufficienza di ciascuna delle misure meno afflittive astrattamente previste dalla normativa al fine di realizzare gli interessi pubblici affidati alla sua cura. Al riguardo, non può tacersi che tale orientamento rischia di porre talvolta in capo all'amministrazione una *probatio diabolica*, giacché l'onere di dimostrare che una misura diversa e più tenue di quella di volta in volta oggetto di giudizio non avrebbe potuto porre rimedio alle criticità riscontrate implica un giudizio controfattuale che, a differenza che in altri settori dell'ordinamento (ad esempio, nell'ambito medico), non può agevolmente basarsi su generalizzate massime di esperienza o su leggi scientifiche, neppure di carattere meramente statistico<sup>23</sup>.

23. Ciò in quanto, come icasticamente osservato da C. Brescia Morra, *The New European Union Framework for Banking Crisis Management: Rules versus Discretion*, in *Eur. company and financial law rev.* n. 3/2019, 349 ss., "what Tolstoy says about families also applies to banks: sound banks are all alike, but every failing bank fails in its own way".

# L'ESTENSIONE DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE VALUTAZIONI TECNICHE COMPLESSE IN TEMA DI SPERIMENTAZIONE ANIMALE ALLA LUCE DELLA NORMATIVA ATTUATIVA DELLA DIRETTIVA 2010/63/UE

CARLO BOTTARI\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Il benessere animale nel contesto nelle politiche sovranazionali con specifico riferimento al diritto dell'Unione europea – 3. La Direttiva 2010/63/UE e la codificazione del principio delle 3R – 4. Le criticità generalizzate sul fronte del recepimento della Direttiva 2010/63/UE e le contestazioni a carico dell'Italia in sede di infrazione – 5. Il recepimento della Direttiva 2010/63/UE nell'ordinamento italiano e le problematiche attuative del d.lgs. 26/2014 – 6. La valutazione tecnico-discrezionale dei progetti di ricerca che prevedono l'utilizzo degli animali – 7. L'invasione del giudice amministrativo nel merito dell'attività delle autorità competenti in materia di ricerca mediante l'utilizzo di animali, i precedenti giurisprudenziali – 8. Osservazioni conclusive.

## **1. Premessa**

Con la Direttiva 2010/63 l'Unione europea ha inaugurato una più convinta stagione di tutela del benessere animale nello specifico settore della sperimentazione scientifica. Al di là di alcune misure indebitamente più restrittive adottate in sede di attuazione ed oggetto di una procedura di infrazione ancora pendente a carico dell'Italia, il d.lgs. 26/2014 ha dato corso al recepimento di modifiche significative alla regolamentazione previgente relativa alla sperimentazione sugli animali, che hanno comportato lo sviluppo di un procedimento autorizzato centralizzato basato su valutazioni tecnico-scientifiche complesse. Nello specifico l'atto autorizzativo viene rilasciato previa valutazione di stringenti parametri che consentono all'attività amministrativa di basarsi in maniera solida su norme tecniche che rendono la discrezionalità stessa dell'amministrazione limitata ad alcuni aspetti del giudizio tecnico. La normativa è il risultato di un contemporanea-

\* Università di Bologna.



mento tra la qualità della ricerca e la tutela del benessere animale che ha imposto parametri di valutazione di natura anche etica. Alla luce della maggiore attenzione accordata alla tutela degli animali con parziale sacrificio del diritto alla ricerca ed anche a causa dell'estremo tecnicismo della normativa di settore, il giudice amministrativo si è di recente espresso sulle valutazioni tecniche compiute dalle autorità competenti dando una propria valutazione in ordine alle consulenze peritali compiute e depositate dall'amministrazione precedente.

## **2. Il benessere animale nel contesto nelle politiche sovranazionali con specifico riferimento al diritto dell'Unione europea**

La Direttiva 2010/63/UE concernente la protezione degli animali a fini scientifici contribuisce a comporre il quadro della legislazione europea sul benessere animale assieme ad altri atti normativi relativi a specifici settori d'intervento in materia, quali – a titolo esemplificativo e non esaustivo – la Direttiva sulla protezione degli animali negli allevamenti<sup>1</sup>, il Regolamento sulla protezione degli animali durante il trasporto<sup>2</sup>, il Regolamento concernente la fase dell'abbattimento<sup>3</sup> ed altre direttive che armonizzano le norme relative a singole categorie di animali.

1. Direttiva 98/58/CE del Consiglio del 20 luglio 1998 riguardante la protezione degli animali negli allevamenti. *Ad abundantiam*, si segnala che la *European Food Safety Authority* – EFSA ha avviato nel febbraio 2022 una consultazione pubblica sulla bozza di una guida metodologica da utilizzare nei pareri scientifici sul benessere degli animali da allevamento, che la Commissione europea ha commissionato ai fini del programma “dal produttore al consumatore”. La guida è stata pubblicata a luglio e ad agosto del 2022 l'EFSA ha predisposto un documento di raccomandazioni per migliorare il benessere negli allevamenti di suini come prima di un'ampia serie di valutazioni scientifiche in programma. Il benessere degli animali rappresenta una responsabilità ormai cruciale nel mandato dell'EFSA, in quanto direttamente legato alla sicurezza della filiera alimentare: infatti, fonti di stress e condizioni di scarso benessere possono avere come conseguenza negli animali una maggiore predisposizione alle malattie trasmissibili, che può rappresentare un rischio per i consumatori, come si legge nel testo disponibile al sito: [www.efsa.europa.eu/it/topics/topic/animal-welfare](http://www.efsa.europa.eu/it/topics/topic/animal-welfare) [consultato il 7 ottobre 2023]. Inoltre, a seguito di un'iniziativa popolare *End the cage age* sottoscritta da 1,4 milioni di cittadini europei, il Parlamento ha adottato l'omonima Risoluzione del 10 giugno 2021 (2021/2633 (RSP)), invitando la Commissione a presentare una proposta legislativa per vietare l'allevamento in gabbia entro il 2027.

2. Regolamento (CE) n. 1/2005 del Consiglio, del 22 dicembre 2004, sulla protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni correlate che modifica le Direttive 64/432/CEE e 93/119/CE e il Regolamento (CE) n. 1255/97. Il 19 giugno 2020 è stata attivata una Commissione di inchiesta per indagare su presunte violazioni delle norme europee relative al trasporto, accertando gravi carenze nell'applicazione delle stesse in una relazione votata durante la sessione plenaria di gennaio 2022.

3. Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio del 24 settembre 2009 relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento.

La Direttiva 2010/63, così come l'intero *corpus* normativo cui appartiene, è il risultato di un generale ed innovativo processo intrapreso a livello europeo nel senso della crescente valorizzazione del benessere animale in tutte le situazioni che ne prevedono l'utilizzo, ma la questione animale ha caratterizzato ancor prima il contesto internazionale a partire dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'animale del 1978<sup>4</sup>, così come una serie di Protocolli e Convenzioni coevi<sup>5</sup>, determinando un'assunzione di responsabilità dell'uomo nei confronti dell'animale quale essere vivente giuridicamente meritevole di rispetto, sensibilità e considerazione.

Il Protocollo sulla protezione e sul benessere degli animali del Trattato CE, aggiuntivo al Trattato di Amsterdam<sup>6</sup>, e la coerente introduzione con il Trattato di Lisbona del 2007 dell'art. 13 TFUE che riconosce gli animali quali esseri senzienti<sup>7</sup> rappresentano momenti cruciali nel processo di integrazione europea ai fini del percorso giuridico evolutivo appena richiamato, che, ancora *in itinere*, si rinnova ed evolve nelle diverse iniziative e strategie europee per la protezione e il benessere degli animali<sup>8</sup>. È di gennaio 2017 l'attivazione di una piattaforma

4. La Dichiarazione universale dei diritti dell'animale, sottoscritta dalla Lega Italiana dei Diritti dell'Animale – LIDA e altre associazioni animaliste, è stata proclamata il 15 ottobre 1978 presso la sede dell'UNESCO a Parigi e stabilisce un codice etico e pone le basi per il riconoscimento di veri e propri diritti in favore di ogni animale.

5. *Ex multis*, la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1968 sulla protezione degli animali durante il trasporto internazionale, poi completata da un protocollo del 1979 e riformata nel 2003; la Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatica in pericolo (CITES), conclusa nel 1973; la Convenzione sulla protezione degli animali a scopo di allevamento del 1976, quella sulla protezione degli animali da macello del 1979 e quella per la protezione degli animali vertebrati usati a scopi sperimentali e scientifici del 1986; la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata dall'Italia con la legge n. 201 del 2010; il Protocollo sulla protezione ambientale del 1991, allegato al Trattato antartico.

6. Nel Protocollo n. 33 sulla protezione ed il benessere degli animali del 1997 le parti contraenti del Trattato di Amsterdam, “desiderando garantire maggiore protezione e rispetto del benessere degli animali, in quanto esseri senzienti, hanno convenuto la seguente disposizione, che è allegata al trattato che istituisce la Comunità europea” e che è attualmente contenuta nell'art. 13 TFUE.

7. Secondo l'art. 13 TFUE: “Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”.

8. Comunicazione della Commissione su un programma d'azione comunitario per la protezione ed il benessere degli animali 2006-2010, COM(2006) 13; Comunicazione della Commissione sulla strategia dell'Unione europea per la protezione e il benessere degli animali 2012-2015, COM(2012) 6; Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2015 su una nuova strategia in materia di benessere degli animali per il periodo 2016-2020 (2015/2957(RSP));

europea *ad hoc* sul benessere animale per la cooperazione tra esperti e lo scambio di informazioni ed esperienze ai fini di una migliore applicazione delle norme vigenti in materia<sup>9</sup>.

In particolare, l'art. 13 TFUE impone sia alle istituzioni che agli Stati membri di tenere "pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti", decretando il "superamento di un'impostazione assiologica antropocentrica che non riconoscendo alcun diritto all'animale ne aveva determinato l'equiparazione ad una *res*"<sup>10</sup>.

Oltre che un valore, la disposizione va interpretata come un obiettivo trasversale da perseguire "nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione" che la norma tassativamente individua<sup>11</sup>; rispetto a queste ultime le istituzioni hanno competenza concorrente e, nel rispetto del principio di sussidiarietà, possono adottare atti vincolanti entro i quali introdurre un regime di tutela animale più stringente.

Un limite all'azione dell'Unione in tal senso è indicato nella seconda parte della disposizione, che vincola le istituzioni a rispettare "le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale", esclusivamente riservati all'autonomia decisionale del legislatore nazionale.

Nonostante l'indeterminato e generico riferimento normativo al concetto di benessere, di cui manca una definizione precisa che assicuri uniformità giuridica, la svolta garantista del principio di diritto richiamato e la successiva legislazione di settore hanno avuto il merito di far progredire la cultura etico-giuridica degli Stati membri in favore della tutela animale<sup>12</sup>.

Comunicazione della Commissione concernente una strategia "Dal produttore al consumatore" per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente, COM(2020)381.

9. La piattaforma sul benessere degli animali è stata istituita con decisione (2017/C 31/12) del 24 gennaio 2017 e con la decisione (2021/C 185/04) la Commissione europea ha previsto il rinnovo del mandato del gruppo di esperti fino al 30 giugno 2025.

10. B. Driessen, *Foundamental Animal Rights in European Law*, in *European Law*, 23, 3, 2017.

11. Il riferimento è all'elenco chiuso composto dai "settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio".

12. In questo senso, sono significativi i dati risultati a seguito dello speciale Eurobarometro 442, commissionato dalla Commissione europea (*Directorate General for health and food safety*) e pubblicato nel marzo del 2016, confluiti nel Report *Attitudes of Europeans towards Animal Welfare* (testo disponibile al sito: [www.izs.it/IZS/Engine/RAServeFile.php/f/pdf\\_vari\\_grafica\\_/Attitudes\\_of\\_Europeans\\_towards\\_Animal\\_Welfare.pdf](http://www.izs.it/IZS/Engine/RAServeFile.php/f/pdf_vari_grafica_/Attitudes_of_Europeans_towards_Animal_Welfare.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023]). I dati dimostrano un vasto consenso dell'opinione pubblica rispetto all'ampliamento delle tutele giuridiche apprestate nei confronti degli animali. In particolare, "La maggioranza relativa degli intervistati dell'UE intende il benessere degli animali come 'il dovere di rispettare tutti gli animali' (46%) e, in secondo luogo, come 'il modo in cui gli animali da allevamento vengono trattati, fornendo loro una migliore qualità di vita' (40%). Più di nove intervistati su dieci nell'UE ritengono importante proteg-

Le norme europee vigenti sono certamente frutto del consolidamento di una sensibilità culturale innovativa dovuta alle conoscenze scientifiche sulla capacità degli animali di percepire ed esprimere dolore e piacere, che hanno alimentato una questione etica attorno al riconoscimento di nuovi diritti e trovato un significativo momento di svolta nel riconoscimento formale della loro “senzienza” all’interno del diritto primario.

Tali norme sottendono l’intenzione di garantire adeguata protezione al benessere animale secondo una lettura estensiva che pone sullo stesso piano della salute *stricto sensu* (i.e. l’integrità fisica) anche il benessere psico-emotivo e la dignità dell’animale. Il benessere si riferisce alle condizioni di vita di ciascun singolo animale in relazione ai tentativi di adattarsi ed affrontare l’ambiente in cui vive<sup>13</sup> ed

gere il benessere degli animali da allevamento (94%). Gli intervistati dell’UE ritengono in larga misura che dovrebbe esistere una legge comunitaria che imponga a chiunque utilizzi animali a fini commerciali di prendersene cura (89%). Più della metà degli europei è disposta a pagare di più per prodotti provenienti da sistemi di produzione rispettosi del benessere animale (59%). La maggioranza assoluta (52%) degli europei cerca le etichette identificative del benessere animale quando acquista i prodotti. Nel complesso, gli intervistati dell’UE non ritengono che vi sia una scelta sufficiente di prodotti alimentari rispettosi del benessere animale nei negozi e nei supermercati (47%). Tra i risultati dell’analisi risultante dall’Eurobarometro, il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione sull’iniziativa dei cittadini europei *End the cage age* (Basta animali in gabbia). Sul piano nazionale italiano, l’accresciuta sensibilità e l’attenzione per la questione animale hanno condotto all’adozione della Legge costituzionale n. 1, 11 febbraio 2022, concernente “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente” e pubblicata in data 22 febbraio 2022. La disposizione costituzionale di recente introduzione recita: “La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”, sebbene non contenga alcun riferimento alla loro senzienza, già da tempo riconosciuta a livello europeo nell’art. 13 TFUE e discussa in Parlamento ai fini della riforma costituzionale come si legge in Camera dei Deputati – Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier del 23 giugno 2021 (XVIII Legislatura), “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente”, A.C. 3156-B – Elementi per l’esame in Assemblea. In argomento, F. Mucci, *Dal diritto internazionale alla Costituzione italiana: per una tutela dell’ambiente inevitabilmente antropocentrica ma ecologica, lungimirante e coerente, in diritti-fondamentali.it*, fasc. 1/2022.

13. Nello Studio *Animal Welfare in the European Union*, commissionato dal *Directorate General for internal policies – Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs* per il *Petitions Committee*, si riporta la definizione coniata da Broom nel 1986: “the welfare of an individual is its state as regards its attempts to cope with its environment” e si fa riferimento al concetto di *stress* come indicatore di uno scarso livello di benessere; inoltre, si precisa che il benessere include salute e sentimenti ed è suscettibile di una misurazione scientifica, rappresentando un concetto ontologicamente biologico e non giuridico che si riferisce ad animali viventi. Nel 1976 la definizione è stata adottata dall’Organizzazione mondiale per la salute animale in questi termini: “(...) animal welfare means how an animal is coping with the conditions in which it lives. An animal is in a good state of welfare if (as indicated by scientific evidence) it is healthy, comfortable, well nourished, safe, able to express innate behaviour, and if it is not suffering from unpleasant states such as pain, fear, and distress”.

è soggetto a una valutazione scientifica che prende in considerazione percezioni, sensazioni e reazioni comportamentali misurabili.

Risale al Rapporto *Brambell*<sup>14</sup> l'enucleazione delle cinque libertà concretamente indicative dello stato di benessere animale, individuate nelle "libertà: *i*) dalla fame, dalla sete e dalla cattiva nutrizione; *ii*) dai disagi ambientali; *iii*) dalle malattie e dalle ferite; *iv*) di manifestare le proprie caratteristiche comportamentali specifiche; *v*) dalla paura e dallo stress".

Divenuta un complesso insieme di istanze, la tutela animale sottende un'attenzione per l'intera soggettività dell'animale e si affranca dal ruolo tradizionalmente strumentale rispetto all'uomo, guadagnando rilievo giuridico autonomo. Non si pongono in antitesi con quanto premesso l'inevitabile interrelazione uomo-animale e l'interesse – di stringente attualità – per l'adozione di un approccio *One Health*<sup>15</sup>; affermatosi anche a livello europeo, quest'ultimo impone di considerare la sfera animale e quella umana (assieme a quella ambientale) come fattori sinergicamente connessi e richiede un "approccio sistemico ed integrato" che postula la più ampia valorizzazione di ciascuna dimensione ai fini di un benessere generalizzato.

### 3. La Direttiva 2010/63/UE e la codificazione del principio delle 3R

Il benessere animale contiene ulteriori profili di complessità giacché interseca questioni di natura scientifica, etica, religiosa, culturale e, allo stesso tempo, elementi di ordine economico e commerciale che condizionano in vario modo la legislazione europea, producendo forme di tutela a geometria variabile. In questo senso, collocare la tutela animale in un contesto di mercato ha consentito all'Unione di superare la formale assenza di competenze in materia, dare attuazione all'obiettivo di cui all'art. 13 TFUE che come già precisato opera – tra le altre – nell'ambito di politiche europee per il mercato ed introdurre negli Stati membri standard più elevanti di tutela animale, sfruttando la base giuridica che favorisce il ravvicinamento delle disposizioni nazionali ai fini del miglior funzionamento del mercato interno, come dimostra la Direttiva 2010/63<sup>16</sup>.

14. Il Rapporto *Brambell* (*Report of the technical Committee to enquire into Welfare of animals kept under intensive livestock husbandry systems*), fu commissionato dal governo inglese a seguito dello scalpore suscitato dal libro "Animali Macchine" di Ruth Harrison, che sollevò la questione sugli animali allevati in modo intensivo, e rappresenta uno dei primi documenti istituzionali relativi al benessere animale.

15. In argomento si legga il documento EFSA and ECDC (*European Food Safety Authority and European Centre for Disease Prevention and Control*), 2021, "The European Union One Health 2020 Zoonoses Report", in *EFSA Journal* 19(12), 2021, 6971, 324 pp.).

16. La Direttiva ha come base giuridica l'art. 114 TFUE.

Adottata dal Consiglio e dal Parlamento con procedura legislativa ordinaria nel solco di un costante impegno rivolto al benessere animale, la Direttiva rappresenta il tentativo di incrementare il livello di tutela degli animali impiegati nel settore scientifico, sul presupposto che sostituire la previgente e così abrogata Direttiva 86/609/CEE con una normativa più stringente riduca i margini di discrezionalità in sede di recepimento ed attuazione delle disposizioni europee e, con esse, le disparità tra le risultanti legislazioni nazionali di settore<sup>17</sup>. La *ratio* assume i tratti di un'esigenza economica e si sostanzia nel conseguimento di una maggiore armonizzazione delle norme vigenti negli Stati membri, al fine di sottrarre ostacoli alla circolazione dei prodotti ottenuti a seguito delle sperimentazioni<sup>18</sup>, favorire il corretto funzionamento del mercato interno<sup>19</sup> ed assicurare la competitività della ricerca e dell'industria nell'Unione<sup>20</sup>.

L'impianto della Direttiva compone il conflitto tra i beni giuridici di salute umana e salute animale (*rectius*: benessere animale); entrambi considerati all'un tempo valori ed obiettivi dell'azione dell'Unione secondo la lettera dei Trattati<sup>21</sup>, tradiscono tuttavia una rinnovata collocazione che attribuisce alla salute umana il peso di un diritto fondamentale riconosciuto nella Carta<sup>22</sup>. In concreto, la Direttiva trova un efficace temperamento nell'idea di sostituire l'uso degli animali a fini di ricerca scientifica – e dunque di tutela della salute umana – con pratiche e metodi alternativi attualmente disponibili<sup>23</sup>.

Pur coesistendo visioni discordanti in merito all'impiego di animali da laboratorio, l'opinione che esista ancora la necessità, seppur in misura residuale, di ricorrere alla sperimentazione animale rappresenta la tesi più accreditata ed infatti ispira la Dichiarazione di Helsinki<sup>24</sup> ed alcuni pareri dell'Organizzazione Mondiale della Sanità – OMS, oltre ad essere stata coerentemente recepita nell'im-

17. Cfr. considerando n. 1, Direttiva 2010/63.

18. Il riferimento è alla libera circolazione delle merci nel mercato interno e, nello specifico, al divieto di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative ex artt. 34 e 35 TFUE, che si verificherebbero se le normative degli Stati membri, in ragione di una eterogenea attuazione delle norme europee, avessero l'effetto di ostacolare la circolazione dei prodotti risultati a seguito di sperimentazioni. Cfr. la celebre sentenza *Dassonville*, Corte di Giustizia dell'11 luglio 1974, causa 8/74.

19. L'obiettivo è così formulato all'art. 114 TFUE.

20. Cfr. considerando n. 44 ss.

21. Quanto alla salute umana, il principio c.d. *Health in All Policies* è stabilito all'art. 9 TFUE e ricalca la struttura dell'art. 13 TFUE sulla tutela animale.

22. Art. 35 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

23. Cfr. considerando n. 10.

24. Secondo la Dichiarazione di Helsinki della World Medical Association, così come da ultimo revisionata in data 27 novembre 2013, l'art. 21 collocato nel paragrafo sui Requisiti scientifici e protocolli di ricerca prevede che "La ricerca biomedica che coinvolge esseri umani deve aderire a principi scientifici universalmente accettati ed essere basata (...) su adeguate sperimentazioni di laboratorio e, se opportuno, su animali".

pianto della Direttiva 2010/63<sup>25</sup>. Lungi dal respingere l'idea di una valorizzazione del benessere animale, la tesi sottintende l'attuale insufficienza di soluzioni diverse dalle sperimentazioni su animali, che conservano ancora una maggiore efficacia ai fini del progresso della ricerca scientifica nel settore della salute.

Ciò premesso, la trama normativa estremamente tecnica che prescrive e descrive dettagliati oneri procedurali ed organizzativi a carico degli istituti di ricerca trova un'efficace sintesi nel c.d. principio delle 3R<sup>26</sup>.

*Replace* (sostituzione), *reduction* (riduzione) e *refinement* (perfezionamento) definiscono, di fatto, un regime transitorio ispirato a un criterio di proporzionalità, che prevede di sostituire l'impiego di animali con pratiche e metodi alternativi scientificamente soddisfacenti, subordinando un sempre maggiore grado di tutela del benessere animale all'emersione di nuove risultanze scientifiche che lo permettano<sup>27</sup>; di ridurre il numero di animali coinvolti nella misura strettamente necessaria a salvaguardare l'obiettivo della ricerca; di garantirne condizioni di benessere volte ad evitare o minimizzare stati di stress o sofferenza a carico dell'animale.

Contribuisce all'analisi il Regolamento sui prodotti cosmetici<sup>28</sup>, che allo stesso modo promuove il ricorso a metodi alternativi, ma a differenza della Direttiva introduce un formale divieto all'immissione sul mercato di prodotti cosmetici oggetto di una sperimentazione animale<sup>29</sup> e di prodotti i cui ingredienti siano stati oggetto di una sperimentazione animale<sup>30</sup> nell'ottica di rafforzare i divieti di sperimentazione già introdotti nel 2004 e nel 2009<sup>31</sup>.

La normativa è frutto di un contemperamento tra la tutela del benessere animale ed esigenze economiche di produzione e commercializzazione di prodotti cosmetici risolto a favore del primo; in questo caso il divieto opera a prescindere dalla disponibilità di metodi alternativi<sup>32</sup> e la tutela della salute umana non entra

25. Cfr. considerando n. 10.

26. Il principio è stato affermato per la prima volta da R. Burch e W. Russell nel 1959 nel libro *The Principles of Humane Experimental Technique*.

27. Art. 4, par. 1: "Gli Stati membri assicurano che, ove possibile, un metodo o una strategia di sperimentazione scientificamente soddisfacente che non comporti l'uso di animali vivi possa essere utilizzato in sostituzione di una procedura".

28. Regolamento (CE) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 sui prodotti cosmetici.

29. Ivi, art. 18, par. 1, lett. a).

30. Ivi, lett. b).

31. La Direttiva 2003/15/CE, non più in vigore a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento, stabiliva il divieto di sperimentazione sugli animali e le forme di tutela dei consumatori con riferimento ai prodotti cosmetici.

32. Sul punto, la tredicesima Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla messa a punto, sulla convalida e sulla legalizzazione di metodi alternativi alla sperimentazione animale nel settore dei cosmetici, adottata conformemente all'art. 35 del Regolamento sui prodotti cosmetici con COM(2019) 479.

in conflitto con la tutela degli animali, ponendosi invece come un limite alla ricerca scientifica ove orientata ad interessi di natura esclusivamente economica.

Sebbene irrilevanti ai fini della sperimentazione animale nel campo dei cosmetici, le attività di ricerca e sviluppo su metodi alternativi hanno un grande impatto economico sull'attività delle imprese produttrici di cosmetici e senza dubbio rappresentano la condizione per l'effettiva tutela del benessere animale nella prospettiva della Direttiva 2010/63, che ancora prevede l'utilizzo degli animali da laboratorio.

Questo spiega l'impegno dell'Unione europea che ha finanziato specifici e mirati progetti collaborativi<sup>33</sup> per singoli ambiti di ricerca<sup>34</sup> ed al contempo ha promosso un partenariato europeo pubblico-privato tra la Commissione, otto associazioni professionali europee e 36 imprese attive nei settori rilevanti per dare concreta attuazione al principio 3R e promuovere metodi alternativi alla sperimentazione animale.

#### **4. Le criticità generalizzate sul fronte del recepimento della Direttiva 2010/63/UE e le contestazioni a carico dell'Italia in sede di infrazione**

Il recepimento della Direttiva negli ordinamenti interni ha seguito un percorso nient'affatto lineare, oscillando tra la non corretta trasposizione delle norme europee e un'attuazione tardiva. Gli Stati membri avrebbero dovuto conformarsi entro il 10 novembre 2012<sup>35</sup> ai fini dell'entrata in vigore delle disposizioni attuative a decorrere dal 1° gennaio 2013<sup>36</sup>, ma la pluralità di interessi coinvolti nella riforma legislativa con particolare riferimento alla questione etica sottesa hanno prodotto irregolarità generalizzate, le ultime disposizioni nazionali sono state adottate solo nel 2015 e le norme concernenti la sistemazione e la cura degli animali sono entrate in vigore nel gennaio 2017<sup>37</sup>; la situazione ha innescato diffu-

33. Grazie all'EURL ECVAM e alla rete EU-NETVAL. Come previsto all'art. 48 e nell'allegato VII della Direttiva 2010/63/UE, infatti, l'EURL ECVAM ha il compito di convalidare metodi di prova alternativi a livello dell'UE e di promuoverne l'accettazione a livello normativo. La rete dell'Unione europea dei laboratori idonei alla convalida di metodi alternativi (*European Union Network of Laboratories for the Validation of Alternative Methods*, EU-NETVAL).

34. Come *EU-ToxRisk*, *Innovative Medicines Initiative – IMI*, *Euromix* nell'ambito del programma *Horizon 2020* per la ricerca e l'innovazione Regolamento (UE) n. 1290/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013 che stabilisce le norme in materia di partecipazione e diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) – Orizzonte 2020 e che abroga il Regolamento (CE) n. 1906/2006.

35. Art. 61, par. 1, Direttiva 2010/63.

36. Ivi, par. 2.

37. COM(2017) 631, Relazione della Commissione in conformità dell'art. 58 della Direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici.



se attività di controllo ed indagine della Commissione e una conseguente serie di casi di infrazione<sup>38</sup>.

Il ritardo italiano ha portato la Commissione all'avvio formale di una procedura di infrazione per mancato recepimento della Direttiva<sup>39</sup>, risolta nel luglio 2014 in ragione dell'intervenuta normativa attuativa. Tuttavia, la mancata conformità di quest'ultima, indebitamente più restrittiva<sup>40</sup>, alle norme oggetto di recepimento ha determinato l'avvio di un'indagine della Commissione, che ha quindi formalmente aperto una seconda procedura d'infrazione per violazione del diritto dell'Unione<sup>41</sup> con lettera di messa in mora dell'aprile 2016, stabilendo con successivo parere motivato di febbraio 2017 un termine a favore dell'Italia per rimuovere l'antinomia evidenziata.

I divieti illegittimamente imposti dall'Italia, benché non ancora in vigore, renderebbero impossibile condurre determinati esperimenti, imponendo ai ricercatori di recarsi all'estero per eseguirne e causando serie disuguaglianze nella comunità scientifica che confliggono con le finalità già illustrate della Direttiva.

L'attuale e perdurante inadempimento italiano ed il mancato impulso della Commissione alla procedura ancora pendente hanno giustificato una recente interrogazione del Parlamento europeo<sup>42</sup>. La risposta scritta della Commissione non apporta sostanziali elementi a sostegno dell'inerzia della fase precontenziosa<sup>43</sup>, che si limita a definire ancora attiva rassicurando in modo pleonastico sulla possibilità di deferire eventualmente la questione alla Corte di Giustizia.

In realtà, si ritiene che l'inerzia dipenda in gran parte dalla risoluzione delle

38. Le procedure attualmente pendenti ai sensi dell'art. 258 TFUE coinvolgono Finlandia, Danimarca, Slovenia, Austria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Polonia, Lituania, Bulgaria, Germania, Francia e Italia. I profili censurati agli altri Paesi sono per lo più di natura tecnico-amministrativa, come la mancanza di alcune previsioni normative importanti in Polonia, vizi nelle procedure di ispezione e di approvazione dei progetti in Germania, la mancanza di informazioni trasparenti circa gli animali impiegati in Francia, alcune mancanze nel trattamento e nella cura degli animali da laboratorio in Finlandia e Danimarca, o la mancata individuazione del personale veterinario in Austria.

39. INFR(2013)0042.

40. Contrariamente all'art. 2, "misure nazionali più rigorose", l'Italia ha introdotto una misura restrittiva *ex novo*, non già transitoria, vietando la ricerca su sugli xenotrapianti e sulle sostanze d'abuso, *ex art. 5, comma 2, lett. d) e c), d.lgs. 26/2014*.

41. INFR(2016)2013.

42. L'interrogazione E-003932/2019(ASW) è stata recentemente promossa dal parlamentare europeo Massimiliano Salini, esponente del PPE, in data 20 novembre 2019, con l'obiettivo di sollecitare la Commissione e chiedere "come intende porre rimedio a questa paralisi, sia a livello nazionale che europeo; come intende agire per evitare che la ricerca italiana si trovi in difetto rispetto a quella degli altri paesi europei, in cui la Direttiva è stata recepita correttamente".

43. La risposta scritta di Mario Sinkevičius a nome della Commissione europea è del 20 febbraio 2020.

questioni di ordine costituzionale sottese alla violazione contestata. In breve, è la legge delega n. 96/2013 a contenere il mandato ad introdurre misure più restrittive, conformemente ottemperato con decreto legislativo n. 26/2014, attuativo della Direttiva così violata. L'adempimento dell'obbligo di rimozione della violazione determinata dovrebbe comportare un intervento normativo correttivo per risolvere la questione interna del rapporto tra le fonti giuridiche richiamate.

## **5. Il recepimento della Direttiva 2010/63/UE nell'ordinamento italiano e le problematiche attuative del d.lgs. 26/2014**

L'adozione del d.lgs. 26/2014 risponde all'esigenza di aggiornare l'esercizio del potere amministrativo al crescente interesse pubblico della tutela degli animali inserendo sostanziali elementi di controllo sull'attività di ricerca. L'attuazione della Direttiva 2010/63 vede, infatti, il difficile connubio ed equilibrio tra il diritto alla salute, il diritto alla ricerca, il diritto all'istruzione e alla tutela ambientale con il contrapposto interesse alla tutela degli animali<sup>44</sup>.

Tale impianto, come analizzato, è la risultante della tutela giuridica accordata agli animali in ambito europeo il cui riconoscimento nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ha rappresentato una significativa innovazione.

Tutto ciò si è tradotto in ambito normativo nel passaggio da una regolamentazione quale il d.lgs. 116/1992, in cui l'attività di ricerca sugli animali godeva di un regime procedimentale semplificato, al d.lgs. 26/2014 in cui l'attività di controllo dell'autorità competente è cresciuta esponenzialmente.

Con la normativa del 1992, di attuazione della Direttiva n. 86/609/CEE, previa comunicazione al Ministero della sanità, poteva essere avviata una più semplificata procedura di autorizzazione per l'attività di ricerca sugli animali<sup>45</sup>.

Con il d.lgs. 26/2014, come accennato, si è provveduto a recepire in termini pratici quei dettami assiologici provenienti dal diritto europeo utili a stabilire precise regole per la protezione degli animali che individuassero procedure rigorose e verifiche preliminari all'attività di ricerca.

44. Questo è rinvenibile anche nei considerando della Direttiva nei quali viene stabilito che "benché sia auspicabile sostituire nelle procedure l'uso di animali vivi con altri metodi che non ne prevedano l'uso, l'impiego di animali vivi continua ad essere necessario per tutelare la salute umana e animale e l'ambiente. Tuttavia, la presente Direttiva rappresenta un passo importante verso il conseguimento dell'obiettivo finale della completa sostituzione delle procedure su animali vivi a fini scientifici ed educativi non appena ciò sia scientificamente possibile" (considerando n. 17).

45. Non era, infatti, necessaria di un'autorizzazione specifica per l'attività di ricerca su tutti gli animali ad eccezione di quei progetti in cui venivano utilizzati cani, gatti e primati non umani, per i quali veniva rilasciata un'autorizzazione previa verifica del solo scopo progettuale.

Un maggior interesse per la “questione animale” è, però, da addebitarsi anche alle conseguenze di un’accreciuta consapevolezza offerta dalle nuove “conoscenze scientifiche con riguardo ai fattori che influenzano il benessere degli animali nonché alla loro capacità di provare ed esprimere dolore, sofferenza, angoscia (distress) e danno prolungato” (considerando n. 6 della Direttiva 2010/63). Proprio in quest’ottica, l’UE ha introdotto elementi di controllo molto sofisticati a tutela degli animali, volti a disciplinare in maniera dettagliata le procedure sperimentali, le attrezzature e l’adeguatezza degli impianti nonché le competenze del personale coinvolto nel rispetto del richiamato principio cardine delle 3R.

Nonostante questa vasta protezione presente nella Direttiva accordata al benessere degli animali utilizzati nella ricerca, il decreto legislativo attuativo scaturito ha introdotto ulteriori divieti non previsti dal legislatore europeo.

La legge delega ha interpretato in maniera estensiva quanto stabilito dal considerando n. 7 della Direttiva, ovverosia che “l’atteggiamento nei confronti degli animali dipende anche dalla percezione nazionale e in taluni Stati membri vi è l’esigenza di mantenere norme in materia di benessere degli animali più ampie di quelle approvate a livello dell’Unione. Nell’interesse degli animali e purché ciò non pregiudichi il funzionamento del mercato interno, è opportuno consentire agli Stati membri una certa flessibilità nel mantenere le norme nazionali miranti ad una protezione più estesa degli animali nella misura in cui esse siano compatibili con il TFUE”.

Infatti, nella legge delega sono stati inseriti dei limiti non presenti nella Direttiva. Tra questi si evidenziano in particolare:

- il divieto di allevamento di cani, gatti e primati non umani da destinare alla sperimentazione (art. 10, comma 5);
- il divieto di utilizzo di animali per le ricerche sugli xenotrapianti (art. 5, comma 2, lett. d);
- il divieto di utilizzo di animali per le ricerche sulle sostanze da abuso (art. 5, comma 2, lett. e);
- la tariffazione delle prestazioni rese dal Ministero della salute per l’esame delle domande di autorizzazione all’esercizio dell’attività di utilizzazione degli animali (art. 39 comma 1).

Se i limiti introdotti dagli artt. 10 e 5 del d.lgs. 26 rappresentano lo scotto che il mondo della ricerca ha pagato per il caso giudiziario di *Green Hill*<sup>46</sup> che si

46. Allevamento, sito in Montichiari (BS), di cani di razza *Beagle* destinati all’utilizzo sperimentale al centro della cronaca giudiziaria dal 2012 in avanti per acclarati reati riconducibili agli artt. 544-bis c.p. ss.

delineava proprio nel periodo del recepimento, l'inserimento di tariffe per l'esame delle autorizzazioni è scaturito dalla legge di delegazione europea del 2012 che poneva a carico dei soggetti interessati gli oneri relativi alle prestazioni svolte dai pubblici uffici scaturenti dall'attuazione delle disposizioni dell'Unione europea<sup>47</sup>.

In ragione di queste chiare limitazioni al diritto alla ricerca, per far fronte a queste violazioni, si sono susseguite delle misure legislative correttive volte a rimandare l'entrata in vigore dei divieti stabiliti dall'art. 5 del d.lgs. 26/2014. Infatti, attraverso vari provvedimenti, da ultimo il d.l. 228 del 30 dicembre 2021<sup>48</sup>, che rende di fatto possibili tali sperimentazioni fino al 1° luglio 2025, si è proceduto a un'irrituale deroga dell'entrata in vigore dei divieti ricadenti sulle ricerche sulle sostanze di abuso e sugli xenotrapianti.

Completando la panoramica sul recepimento della normativa sulla sperimentazione si evidenzia che il decreto legislativo ha previsto l'emanazione di quattro decreti ministeriali di attuazione. Di questi quattro, il decreto di istituzione del Comitato Nazionale per la protezione degli animali a fini scientifici è stato emanato nel 2016, nel 2019 è stato pubblicato il decreto relativo alle sopraccitate tariffe spettanti al Ministero della salute per l'esame delle domande di autorizzazione all'esercizio dell'attività di utilizzazione degli animali di cui agli artt. 20, 31, 32 e 33 del d.lgs., mentre gli altri due decreti sono stati emanati nel corso del 2021 e riguardano il reinserimento degli animali al termine delle procedure (*ex art. 19 del d.lgs.*) e la formazione del personale coinvolto nelle procedure sperimentali (*ex art. 23 del d.lgs.*).

Gli effetti di questa ritardata emanazione di decreti di natura non regolamentare, soprattutto per quanto riguarda l'ambito della formazione del personale coinvolto e il reinserimento degli animali al termine delle procedure sperimentali, non sono ancora perfettamente valutabili, ma, ad ogni modo, la previsione nella Direttiva, rafforzata nel decreto legislativo, della costituzione di un organismo preposto al benessere degli animali (OPBA) in seno ad ogni soggetto sia questo utilizzatore, fornitore o allevatore di animali con specifiche competenze in ambito di formazione del personale coinvolto e sui programmi di reinserimento degli

47. Art. 30, comma 4, L. 234/2012 "Gli oneri relativi a prestazioni e a controlli da eseguire da parte di uffici pubblici, ai fini dell'attuazione delle disposizioni dell'Unione europea di cui alla legge di delegazione europea per l'anno di riferimento e alla legge europea per l'anno di riferimento, sono posti a carico dei soggetti interessati, ove ciò non risulti in contrasto con la disciplina dell'Unione europea, secondo tariffe determinate sulla base del costo effettivo del servizio reso. Le tariffe di cui al primo periodo sono predeterminate e pubbliche".

48. Convertito con modificazioni dalla L. 25 febbraio 2022, n. 15 ha disposto con l'art. 4, comma 6, lettera a) la modifica dell'art. 42, comma 1 del d.lgs. 26/2014 e con l'art. 4, comma 6, lettera b) la modifica dell'art. 42, comma 2 del d.lgs. 26/2014.

animali<sup>49</sup>, ha determinato una normativa mediata tra le diverse esigenze in campo. Il legislatore nazionale ha, infatti, conferito agli OPBA un ruolo rinforzato con l'intento di creare un centro di controllo a contatto ma allo stesso tempo distinto dai singoli ricercatori, che potesse indirizzare da vicino la ricerca e l'utilizzo degli animali nel rispetto delle nuove conoscenze scientifiche.

## **6. La valutazione tecnico-discrezionale dei progetti di ricerca che prevedono l'utilizzo degli animali**

L'entrata in vigore del d.lgs. 26/2014 ha avuto un grosso impatto sulle attività connesse all'impiego degli animali a fini scientifici per tutti gli operatori del settore, comprese le autorità competenti. La prima importante criticità riguarda il rilascio delle autorizzazioni per i progetti di ricerca, in relazione all'aumento del carico burocratico ricadente sulla stessa p.a. Nel concreto l'attività autorizzativa dei progetti di ricerca è svolta dal Ministero della salute, il quale si trova a dover compiere un'attività autorizzativa in funzione preventiva, ad istanza degli interessati, volta all'accertamento e alla valutazione dei requisiti normativi che possono portare alla rimozione del limite legale posto all'attività di ricerca sugli animali. L'esito positivo di questa procedura legittima l'utilizzatore (così definito ai sensi del d.lgs. 26/2014) a svolgere attività che altrimenti sarebbero perseguite penalmente ai sensi degli art. 544-*bis* ss. del codice penale<sup>50</sup>. L'autorità competente, quindi, investita di ampie facoltà decisionali in relazione all'assetto da attribuire agli interessi (pubblici, diffusi, privati) coinvolti nell'azione amministrativa *de quo* deve effettuare, per non incorrere in comportamenti illegittimi, una esatta acquisizione e una ponderata valutazione degli elementi (materiali ed immateriali) rilevanti nei casi sottoposti alla propria valutazione. A tal scopo, il Dicastero incaricato di tale attività si avvale della consulenza tecnico-scientifica del Consiglio Superiore di Sanità (CSS) qualora la valutazione sia da compiere su progetti che prevedono l'utilizzo di cani, gatti, primati non umani e specie in via di estinzione, per i quali la sensibilità pubblica è maggiore, mentre si avvale dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS), in via residuale, sui progetti di ricerca in cui vengono utilizzate tutte le altre specie animali.

Nel concreto, questa valutazione tecnico-scientifica deve verificare una serie

49. Gli OPBA, infatti, ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. 26/2014, svolgono tra gli altri il compito di consigliare il personale che si occupa degli animali su questioni relative al benessere degli animali, consiglia il personale nell'applicazione del principio delle 3R e promuove l'aggiornamento professionale del personale addetto all'utilizzo degli animali, valutando altresì l'adeguata formazione del personale coinvolto e fornendo consulenza sul reinserimento degli animali.

50. Titolo IX *bis* del Codice Penale – *Dei delitti contro il sentimento per gli animali*.

di requisiti, espressi dall'elenco dell'art. 31, comma 4, del d.lgs. 26/2014, molto variegati tra di loro e che richiedono l'applicazione di competenze e conoscenze settoriali di alto profilo. La valutazione deve tenere conto, tra le altre:

- dell'analisi dei danni e dei benefici derivanti dal progetto, tenuto conto anche delle considerazioni di natura etica che vadano a verificare se il danno arrecato agli animali in termini di sofferenza, dolore, *distress* o danno prolungato è giustificato dal risultato atteso in termini di benefici per gli esseri umani, per gli animali e per l'ambiente;
- del minor numero di animali per il raggiungimento delle finalità del progetto;
- di tutte le precauzioni assunte per prevenire o ridurre al minimo il dolore, la sofferenza e il *distress* nelle procedure.

Analizzando le variabili che influenzano la scelta discrezionale dell'autorità competente si può osservare che la verifica dei requisiti non poggia soltanto su delle scienze esatte, ma insistono su tale attività valutativa anche delle considerazioni di natura etica, tra cui la più evidente, è la comparazione tra i danni arrecati agli animali e i futuri benefici per gli esseri umani, per gli animali stessi e per l'ambiente.

Proprio questa valutazione ha un margine di discrezionalità anche nell'utilizzo delle scienze esatte. Infatti, un progetto di ricerca sperimentale, in quanto tale, difficilmente conduce a un chiaro beneficio rischiando il più delle volte di lasciare questa valutazione in mano ad altri parametri. L'amministrazione precedente non può in questi casi, dove la risposta scientifica non è univoca, avvalersi soltanto dell'esattezza della tecnica, proprio in ragione della *ratio* della valutazione in questione, che prevede una contestuale analisi etica. È quindi importante che la pubblica amministrazione sappia compiere una scelta discrezionale il più possibile fondata su solide basi scientifiche.

Appare quindi indiscutibile che, nel momento dell'adozione del provvedimento finale, spesso la p.a., a causa dell'incertezza tecnica connessa alla materia cui afferisce la valutazione sulla ricorrenza o meno dei presupposti del suo agire (a causa dell'opinabilità della disciplina scientifica o della tecnica di riferimento) è titolare di un potere diverso rispetto al potere della discrezionalità amministrativa, giacché la scelta ha ad oggetto soltanto la selezione del criterio tecnico-scientifico in applicazione del quale procedere alla verifica della sussistenza dei presupposti dell'azione<sup>51</sup>.

In generale, infatti, dove il ruolo della PA è quello di accertare la consistenza

51. G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, n. 7, 2016.

di un presupposto tecnico-scientifico la cui rilevabilità per qualche ragione è incerta, si assiste a un'attività discrezionale la cui scelta però ha ad oggetto non gli interessi bensì i criteri tecnico-scientifici atti all'accertamento dei presupposti, riconoscendo di fatto a una disciplina non giuridica un ruolo decisivo nella fase istruttoria del procedimento e affidando alla p.a. la responsabilità di assumere uno dei criteri tecnico-scientifici idonei ad effettuare la verifica della sussistenza dei presupposti dell'azione amministrativa<sup>52</sup>.

Nell'attività della pubblica amministrazione in argomento, contraddistinta dalla discrezionalità tecnica, si assiste a una fusione della disciplina tecnica con la disciplina giuridica. Come abbiamo visto si pongono davanti all'autorità competente proposizioni normative di tipo complesso, per cui il procedimento interpretativo sarà per forza di cose complesso e basato su elementi tecnici. Segnatamente, va osservato che le discipline tecniche esigono una esatta e completa comprensione ed applicazione dei principi tecnici, onde poter servire allo scopo in funzione del quale sono richiamate dalla legge. In quest'ottica, la verifica che il giudice amministrativo deve poter effettuare è senz'altro diretta a riguardare l'attendibilità dei risultati cui è giunta l'autorità amministrativa, poiché si tratta di verificare la correttezza e la ragionevolezza dell'attività amministrativa che si è trasfusa nell'atto impugnato. Ciò che conta, dunque, è la plausibilità dei risultati ai quali perviene una data autorità<sup>53</sup>.

In quest'ambito, il giudice amministrativo potrà, pertanto, essere chiamato a cogliere la linea di discriminazione, talora sottile, ma mai inesistente, tra l'operazione

52. Secondo G. Barone, voce *Discrezionalità*. 1) *Diritto Amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, Treccani, 1989, 8, "può parlarsi di discrezionalità tecnica allorché l'amministrazione giunga alla decisione impiegando categorie tecniche o – come altri dice – cognizioni specialistiche, cognizioni cioè che non siano proprie della generalità dei soggetti di una comunità". La migliore definizione, peraltro, resta a tutt'oggi quella data da A.M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, 1989, 593-594, nell'opinione del quale la discrezionalità tecnica "non implica valutazione e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta (in ordine all'agire) alla stregua di esse. Nei casi in questione la scelta (del comportamento da tenere) alla stregua degli interessi pubblici fu eseguita a priori una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore; e all'Amministrazione è rimessa semplicemente una valutazione (dei fatti posti dalla legge a presupposto dell'operare) alla stregua di conoscenze (e perciò di regole) tecniche, quali quelle della medicina, dell'estetica, dell'economia, dell'agricoltura, ecc.". L'A. prosegue ulteriormente chiarendo che "La c.d. discrezionalità tecnica (...) importa che l'autorità, una volta valutata alla stregua di criteri tecnici una data situazione, è inderogabilmente tenuta ad agire in un certo modo. Ciò significa che la valutazione qui sussiste soltanto in un momento anteriore rispetto a quello della determinazione attinente all'atto da adottare, mentre in ordine a questo l'autorità è rigidamente vincolata" (594-595).

53. L. Ieva, *La c.d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, in *Rassegna TAR*, n. 1, 2001. Per l'approfondimento sull'argomento si rinvia anche al contributo di Federico Laus nel presente volume.

intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che invece consiste nella scelta tra diverse possibili opzioni valutative, queste sì inerenti al merito dell'attività amministrativa. L'insindacabilità della valutazione dell'amministrazione ad opera del giudice non esclude che sia invece sindacabile una motivazione che non consenta di comprendere i criteri ai quali quella valutazione si è ispirata o che, in maniera ancora più grave, manifesti l'illogicità o la contraddittorietà della loro applicazione nella fattispecie concreta.

## **7. L'invasione del giudice amministrativo nel merito dell'attività delle autorità competenti in materia di ricerca mediante l'utilizzo di animali, i precedenti giurisprudenziali**

A fronte di queste considerazioni nel 2020 il Consiglio di Stato con le ordinanze 230 e 5914 della sez. III giurisdizionale, aveva sospeso in via cautelare i provvedimenti del giudice di *primae curae*<sup>54</sup> il quale, a fronte di taluni ricorsi presentati<sup>55</sup> invece, aveva convalidato la sperimentazione su due primati non umani nel progetto di ricerca già validato<sup>56</sup>. Progetto che si inserisce in un'attività di ricerca più ampia, la cui titolarità ricade sempre sui ricercatori universitari, vincitori di un prestigioso bando presso l'ERC (European Research Council), l'agenzia della ricerca dell'UE che supporta la ricerca scientifica europea, per un progetto dal titolo *Lightup – Turning the cortically blind brain to see*. Il progetto sui primati non umani autorizzato dal Ministero è quindi parte integrante del progetto autorizzato dall'ERC, rappresentando la logica premessa alla riproducibilità degli studi sugli umani.

Sulla questione il TAR per il Lazio, valorizzando l'istanza dei resistenti basata sulle valutazioni tecnico-scientifiche del CSS e sull'autorizzazione del Ministero della salute del progetto di ricerca, ai sensi del sopracitato art. 31 del d.lgs. 26/2014, aveva convalidato le tesi dell'autorità competente, stabilendo che tali atti "costituiscono espressione di discrezionalità tecnica e, in quanto tali, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, sono sindacabili in sede giurisdizionale solo se viziati da manifesta irragionevolezza o illo-

54. TAR del Lazio, Sez. III *quater*, ordinanza n. 7130/2019 e sent. n. 5771/2019.

55. Presentati da Lega Anti Vivisezione (LAV) e dalla Onlus Oltre la Sperimentazione Animale (OSA).

56. Progetto dell'Università di Parma (le cui strutture sono autorizzate per la stabulazione di primati non umani) svolto dal Prof. Tamietto dell'Università di Torino, avente come titolo *Meccanismi anatomico-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale*.



gicità”. Il giudice dell’appello nel confutare le conclusioni del TAR invadeva più volte le specifiche competenze tecniche entrando nel merito scientifico rispetto al modello sperimentale e alle attività valutative<sup>57</sup>. Per il Consiglio di Stato soltanto l’integrazione di ulteriori prove rispetto all’osservanza del principio delle 3R, da effettuarsi mediante l’istituto della verifica, avrebbe potuto consentire la ricerca. Il supplemento di indagine conferito ad altro autorevole ente di ricerca, quindi, doveva mettere in discussione l’attività istruttoria e autorizzativa compiuta non solo dal Ministero della salute e dal CSS stesso, ma anche dall’ERC, conducendo, così, il Consiglio di Stato ad esercitare poteri istruttori potenzialmente invasivi di attività opportunamente riservati dalla legge agli organi tecnici, coerentemente alla tradizionale divisione dei poteri tra giurisdizione ed amministrazione.

Nonostante la sentenza di merito del Consiglio di Stato (sez. III n. 1186/2021), che ha accolto, alla fine dell’*iter* di verifica, le tesi degli sperimentatori e dell’autorità competente, il sindacato giurisdizionale compiuto su tale progetto, come riconosciuto persino nella sentenza stessa<sup>58</sup>, ha comportato un aggravio alla ricerca di cui al caso specifico.

Le incertezze emerse in sede cautelare ad ogni modo hanno manifestato una possibile conflittualità tra scienza e diritto che può portare anche l’organo giurisdizionale ad entrare in competizione con gli interventi dal legislatore attribuiti agli organi tecnici.

57. La Conferenza dei Rettori delle Università italiane (CRUI) – Documento per affermare la centralità della ricerca e della sperimentazione animale, 27 novembre 2020 – reperibile al sito: [www.cruai.it/](http://www.cruai.it/) [consultato il 7 ottobre 2023] afferma che “Il Consiglio di Stato ha superato tutte queste valutazioni con argomentazioni che entrano nel merito scientifico, sospendendolo e subordinandolo: *i*) alla dimostrazione *ex ante* della trasferibilità all’uomo delle ricerche in corso – cosa per definizione impossibile: è proprio questo lo scopo della ricerca in oggetto –; e *ii*) l’eventuale disponibilità di un metodo alternativo – cosa anche questa impossibile, dato che, ad oggi, un ‘metodo alternativo’ per portare avanti quelle sperimentazioni non esiste, come valutato dagli organi competenti (*European Research Council*, Ministero della Salute, Consiglio Superiore di Sanità e OPBA)”.

58. Il Consiglio di Stato, infatti, nella sentenza n. 1186/2021 afferma che “Sfugge, ancora, alla difesa erariale, nella propria ‘vis polemica’ avverso l’impostazione asseritamente ideologica dell’associazione appellante, che in realtà una verifica di altissimo profilo scientifico, quale quella depositata in giudizio, nella fattispecie ha corroborato, esprimendosi sui censurati profili motivazionali degli atti autorizzatori della ricerca, proprio la contestata ricerca, permettendo di far cadere argomenti che, per le emozioni suscetibili dal tema della sperimentazione animale, si sarebbero, essi sì, potuti prestare a facili strumentalizzazioni da entrambe le parti in causa: la ‘sacralità della ricerca’, come tale insindacabile da ogni Autorità giudicante, da un lato; la natura di esseri senzienti degli animali scelti per la sperimentazione, con i conseguenti appelli alla emozione di larghi strati di popolazione del tutto inconsapevole del corretto equilibrio tra effetti positivi di una ricerca medico-scientifica sulla salute umana e il presidio legale volto a garantire anche nella sperimentazione – che dalla legge vigente è consentita a determinate condizioni – il benessere animale”.

## 8. Osservazioni conclusive

In considerazione anche dell'elevato livello di tutela accordato agli animali nel recepimento italiano della Direttiva 2010/63/UE e della conseguente posizione di garanzia che le autorità competenti riconoscono agli animali utilizzati, appare degno di nota e di analisi il sindacato compiuto dal giudice amministrativo suesposto.

Tale analisi assume un peso e un valore significativo se consideriamo che in nessuno Stato membro che applica la Direttiva in esame risulta essere stato accolto dal giudice nazionale un ricorso avverso provvedimenti autorizzativi di studi clinici sugli animali.

Da un'analisi approfondita condotta con l'ausilio delle informazioni condivise dai punti di contatto dei Paesi membri esperti nel campo della sperimentazione animale è, infatti, emerso che i giudici nazionali non si sono mai sostituiti all'Autorità nazionale competente.

In Svizzera, invece, un progetto dell'Università di Zurigo che coinvolgeva l'utilizzo di un numero consistente di primati non umani (almeno 36) è stato sottoposto al sindacato del giudice amministrativo di primo grado del cantone di Zurigo, il quale non ha ritenuto idoneo l'utilizzo dei macachi e lo sviluppo del progetto in quanto non riteneva adeguato il dolore e le sofferenze provocate agli animali rispetto ai vantaggi e al risultato ponderato in termini di acquisizione di conoscenze scientifiche.

Le argomentazioni a sostegno della decisione attengono al rapporto costi/benefici del progetto presentato, che i giudici mettono in discussione entrando nel merito del contemperamento degli interessi operato dall'amministrazione competente e valutando i risultati attesi dallo studio sperimentale non idonei "con sufficiente probabilità" a servire la vita o la salute degli esseri umani e degli animali<sup>59</sup>. In sostanza, non si ritiene che il potenziale beneficio in termini di acquisizione di conoscenze per il progresso della ricerca scientifica giustifichi il danno agli animali utilizzati, che il Tribunale esamina in concreto con riferimento alle condizioni ed ai motivi di *stress*.

Tale decisione è stata altresì confermata anche nel successivo giudizio di appello proposto nei confronti del Tribunale Federale il quale con la decisione 2C n. 422/2008 del Tribunale Federale del 7 ottobre 2009 ha confermato le conclusioni del giudice di primo grado.

Com'è noto, la Svizzera non fa parte dell'Unione europea e dunque non applica la Direttiva 2010/63, ma lo *Swiss Animal Welfare Act*. In base a un'analisi

59. Decisione del Tribunale amministrativo del Cantone di Zurigo, sezione 3, del 27 marzo 2008.

comparativa, le due discipline risultano caratterizzate da un impianto assiologico di riferimento molto simile che affonda le radici nella teoria utilitaristica ed individua la giustificazione morale dell'utilizzo degli animali da laboratorio nella coesistenza di opposti interessi e nella necessità di trovare un compromesso tra il benessere animale e la soddisfazione di interessi meritevoli di tutela (salute umana, ricerca scientifica, progresso economico), richiedendo di conseguenza un esame del rapporto costi/benefici ai fini dell'approvazione di un progetto che implichi l'impiego di animali per scopi scientifici.

L'ampia considerazione giuridica per la tutela ed il benessere degli animali affermata sia nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, sia nella Legge federale svizzera sulla protezione degli animali<sup>60</sup>, determina un generale grado di coerenza tra le normative, ma ai fini della ponderazione degli interessi "umani" rispetto ai corrispondenti costi posti a carico degli animali impiegati risulta cruciale risalire al concetto di danno sotteso alle norme considerate ed allora il fatto che Unione europea e Svizzera non condividano un'identica nozione giuridica in proposito diviene dirimente e si riflette sulla disciplina dei rispettivi *iter* di valutazione dei progetti di ricerca.

Infatti, la Direttiva presta attenzione e riconoscimento alle esperienze vissute dall'animale come soggettivamente negative che, parametrare a stati di dolore, sofferenza ed angoscia, definiscono il concetto di danno senziente; sono altresì considerate e regolate anche due forme specifiche ed eccezionali di danno non senziente quali l'"impedimento del comportamento naturale, dovuto tra l'altro a limitazioni delle norme in materia di alloggiamento, allevamento e cura"<sup>61</sup> e la "riproduzione di animali geneticamente modificati da cui non dovrebbe risultare un fenotipo avverso clinicamente riscontrabile"<sup>62</sup>, ridotte a una manifestazione "lieve" del danno rilevante.

Diversamente, la normativa svizzera prende in considerazione anche un genere di danno oggettivo, non necessariamente correlato ad esperienze percepite in modo negativo dall'animale e definito come una significativa interferenza con l'aspetto o le capacità dell'animale, uno stato di umiliazione e una eccessiva strumentalizzazione<sup>63</sup>; in altri termini, oltre alle forme di nocimento apprezzabili in relazione alla soggettività dell'animale considerato, la valutazione dei benefici po-

60. Art. 1, 455 Tierschutzgesetz, Legge federale del 16 dicembre 2005 sulla protezione degli animali (LPAn).

61. Direttiva 2010/63/UE, allegato VIII "Classificazione della gravità delle procedure", sezione II: Criteri di assegnazione in rapporto ai fattori relativi alla procedura.

62. Ivi, sezione III: Esempi di procedure assegnate a ciascuna delle categorie di gravità in base a fattori relativi al tipo di procedura, n. 1 "Lieve".

63. *Major interference with animal's appearance or abilities, humiliation and excessive instrumentalization* (S. Camenzind, 2013).

tenziali deve altresì superare l'entità dei danni che ricorrono oggettivamente, a prescindere dal grado di sopportabilità dell'esemplare da laboratorio impiegato nello specifico caso. Questo si riflette in modo restrittivo sulle norme che regolano la procedura di valutazione dei progetti, assicurando di conseguenza standard di tutela più elevati.

All'esito delle considerazioni svolte finora, la differenza tra lo scarso attivismo giurisdizionale delle Corti nazionali europee e la vivace propensione dei giudici svizzeri ad entrare nel merito delle valutazioni operate dalle amministrazioni competenti, come nell'esempio svizzero riportato, sembra potersi ricondurre alla differenza di ordine concettuale appena riscontrata.

Il riconoscimento nell'ordinamento svizzero di un'ulteriore ed oggettiva voce di danno in sede di valutazione degli interessi coinvolti ed approvazione dei progetti di ricerca estende i margini di tutela del benessere animale ed è perciò sintomatico di un'impostazione etica evolutiva rispetto alla disciplina europea, piuttosto che rivelare una mera discrepanza di dettaglio. Pertanto, non sembra audace affermare che a livelli più elevati di tutela dell'interesse pubblico al benessere animale si accompagni anche l'implicita aspettativa di maggiore *enforcement* attraverso il coinvolgimento attivo del potere giurisdizionale, legittimato a un intervento talvolta sostitutivo della valutazione già operata in sede di bilanciamento tra i benefici scientifici potenziali e la portata del danno conseguente.

# I POTERI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN SEDE D'IMPUGNAZIONE DELLE DECISIONI DEI GIUDICI SPORTIVI

PACO D'ONOFRIO\*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. I provvedimenti di natura disciplinare e la tutela risarcitoria tra autonomia del diritto sportivo e rilevanza per l'ordinamento generale – 3. I poteri del g.a. stabiliti dall'art. 3 d.l. 220/2003 conv. con mod. in l. 280/2003 e dall'art. 133 comma 1 lett. z) c.p.a. – pregiudiziale sportiva e rilevanza esterna.

## 1. Premesse

Una breve ricostruzione dell'evoluzione del fenomeno sportivo in Italia e dei soggetti che sono intervenuti in tale processo<sup>1</sup> non può prescindere dal concetto che allo sport, alla sua organizzazione ed al suo complesso meccanismo, occorre affiancare il concetto di autoregolazione dei soggetti praticanti; si può constatare, infatti, come questa realtà, così complessa e articolata si manifestò, sin dai suoi primordi, in modo assolutamente spontaneo, spesso anche caotico, rinunciando immediatamente a ogni intervento eteroregolatore<sup>2</sup>. L'ordinamento giuridico

\* Università di Bologna.

1. La materia è stata costantemente analizzata da reiterati interventi dottrinali, alcuni dei quali hanno indubbiamente costituito un momento di illuminante produzione scientifica. Si veda pertanto M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista di Diritto Sportivo*, 1949, 10 e Id., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1996, 671 in cui si legge "(...) *Che il mondo sportivo si sia dato ormai un proprio diritto costituisce opinione recepita e consolidata nei maggiori Paesi europei e americani. Molto meno si parla, invece, di un ordinamento giuridico sportivo. Ma avendo presente le teorizzazioni che sono state fatte sugli ordinamenti giuridici, neanche ciò appare più contestabile: degli ordinamenti giuridici infatti tale mondo possiede gli elementi costitutivi tipici (...)*". Vanno anche ricordati, più recentemente, P.M. Piacentini, *Sport*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1983, 1147; L. Di Nella, *La teoria della pluralità degli ordinamenti e il fenomeno sportivo*, in *Rivista di Diritto Sportivo*, 1998, 5.

2. F. Fracchia, *Sport*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XVI, UTET, 1999, 467; R. Frascaroli, *Sport*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. LXIII, Giuffrè, 1990, 513; M. Sanino, *Sport*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XXX, Giuffrè.

statale dovette, quindi, necessariamente, iniziare ad occuparsi della pratica sportiva dal momento che questa andava assumendo dimensioni tali da escludere una sua qualsiasi classificazione come fenomeno poco incidente sulla complessiva vita sociale e, in tempi relativamente recenti, dapprima attraverso una disciplina normativa che non regolamentava lo sport in sé, quanto i riflessi che il suo esercizio avrebbe potuto avere sotto il profilo penale, amministrativo o civile; questo, fino a quando l'esercizio sportivo mantenne il carattere dell'occasionalità organizzata, cosicché i principali conflitti di interessi da esso implicati erano quelli correlati alla singola attività agonistica e perciò ignorati dal legislatore nazionale.

Con l'incessante diffondersi dell'attività sportiva, il formarsi di aggregazioni sempre più rilevanti e la proliferazione delle competizioni ai vari livelli, anche internazionali, richiedenti la predisposizione di regole sempre più complesse, si creò una struttura che necessitava di una disciplina generale: nacque così un sistema organizzato, con norme proprie.

In ragione di quanto fin qui affermato, rileva come l'ordinamento sportivo sia un ordinamento giuridico, nonché, sulla scorta di una preliminare ricognizione, non pare azzardato affermare che la Costituzione Italiana del 1948 riconosca e tuteli indirettamente<sup>3</sup> l'ordinamento sportivo sulla base del principio pluralistico che la nostra Legge Fondamentale accoglie al suo interno.

La rilevanza di tale ordinamento è altresì da considerare in rapporto alla rilevanza dei gruppi intermedi tra cittadino e Stato riconosciuta dalla stessa Costituzione, come espressione insopprimibile della sfera di libertà dell'individuo, considerato sia per sé stesso, sia nel suo inserimento in comunità più o meno vaste, più o meno dotate di forza aggregatrice; tale valore è espresso negli artt. 2 e 3, secondo comma, della Costituzione, dove vengono riconosciuti e garantiti i diritti in-

3. La scelta del Costituente di non contemplare espressamente lo sport all'interno di alcuno dei 139 articoli risulta piuttosto singolare; la Costituzione del Portogallo, all'art. 79 stabilisce che *"Ognuno ha il dovere di ricevere l'educazione fisica e di esercitare lo sport. È dovere dello Stato, unitamente alla scuola, ai gruppi ed alle associazioni sportive promuovere, stimolare, guidare e supportare la pratica e la diffusione dell'educazione fisica e dello sport e, altresì, prevenire la violenza nello sport"*; la costituzione della Grecia, all'art. 16 comma 9, statuisce che *"Gli sport dovranno svolgersi sotto la protezione e la finale supervisione dello Stato. Lo Stato si farà garante e controllerà tutti i tipi di associazioni sportive specificate dalla legge. L'utilizzo dei sussidi, in conformità con i propositi e gli scopi delle associazioni beneficiarie, dovrà essere disciplinato dalla legge"*; la Costituzione della Russia, all'art. 55 specifica che *"Lo Stato assume le misure volte allo sviluppo della cultura fisica e dello sport"*; la Costituzione dell'Ungheria disciplina il dovere dello Stato di assicurare ai cittadini il diritto all'esercizio dell'attività fisica e sottolinea la necessaria azione sinergica delle autorità locali; la Costituzione della Croazia, prevede che *"La Repubblica incoraggia ed aiuta la cultura fisica e lo sport"*; la costituzione della Turchia, all'art. 59 stabilisce che *"È dovere dello Stato assumere tutte le misure necessarie per lo sviluppo della salute, fisica e morale, dei cittadini di tutte le età ed incoraggiare la pratica degli sport tra la popolazione"*.

violabili dell'uomo "sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", affermandosi al contempo l'esigenza di rimuovere gli ostacoli di tipo economico e sociale che "impediscono il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Ci troviamo in presenza di affermazioni di portata generale, che si calano con evidenza in ogni settore della vita sociale organizzata, e che, unitariamente considerate, affermano esplicitamente il principio pluralista, conferendo specifica protezione ai gruppi sociali intermedi, ai quali può essere ascritto certamente anche il mondo sportivo e la sua complessa organizzazione.

Per tutto quanto sopra esposto, l'intervento della giustizia statale (e del giudice amministrativo in particolare) sull'autonomia dell'ordinamento sportivo e dei relativi organi di giustizia, è argomento oggetto di un fervente dibattito dottrinale e giurisprudenziale di lungo corso e ancora oggi, a dire il vero, non del tutto sopito nonostante l'intervento del legislatore prima e della Consulta poi.

Va *in primis* tenuto fermo il "principio di rilevanza", *fil rouge* della discussione, come da sempre ammesso dalla giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa, in base al quale sono impugnabili dinanzi al giudice statale i provvedimenti federali aventi rilevanza esterna all'ordinamento sportivo, cioè lesivi di interessi non solo sportivi, ma anche giuridicamente (per lo Stato) rilevanti, che si tratti di diritti soggettivi o di interessi legittimi<sup>4</sup>.

Altro aspetto da considerare in premessa è il c.d. vincolo di giustizia, in base al quale gli affiliati alle singole Federazioni sono appunto vincolati ad adire, in via esclusiva, gli organi di giustizia sportiva per la definizione delle controversie sorte in ambito sportivo. Un obbligo stringente e di assoluta rilevanza nella definizione dei poteri del giudice amministrativo nell'ambito di cui si tratta che, come si vedrà, ha trovato non poche resistenze da parte della giurisprudenza.

Fermo il vincolo sopra detto, in applicazione del principio di rilevanza l'ordinamento statale ha riconosciuto e riconosce, in generale, la sindacabilità (o meno) dei provvedimenti federali da parte del giudice statale in base alla natura tecnica, amministrativa, economica o disciplinare dei provvedimenti medesimi. Sui primi tre aspetti non v'è discussione, i provvedimenti di natura tecnica<sup>5</sup> sono irrilevanti per l'ordinamento generale, mentre quelli di natura ammini-

4. Tra le prime, Cass. Civ. SSUU 9 maggio 1986, nn. 3091 e 3092, TAR Lazio, Roma, 26 aprile 1986 n. 1641 e 11 agosto 1986 n. 2746.

5. Integralmente rimesse all'apprezzamento del giudice sportivo in quanto attinenti allo svolgimento di attività totalmente organizzate nell'autonomia di gruppi di privati, quali sono le Federazioni sportive, inerenti alla pratica sportiva sul campo e riferite all'organizzazione ed al regolare svolgimento della competizione sportiva. L'oggetto di tale forma di giustizia è l'ammissione alle competizioni, il rispetto delle norme delle gare, nonché l'omologazione del rispettivo risultato.

strativa<sup>6</sup> ed economica<sup>7</sup>, rispettivamente esauriti i gradi della giustizia sportiva e l'obbligo del rispetto di eventuali clausole compromissorie, sono in generale sindacabili dal giudice amministrativo e ordinario.

Le problematiche (e il fervente dibattito a cui si accennava sopra) sono insorte sul *quartum genus* dei provvedimenti federali, quelli aventi natura disciplinare.

## **2. I provvedimenti di natura disciplinare e la tutela risarcitoria tra autonomia del diritto sportivo e rilevanza per l'ordinamento generale**

L'*incipit* della questione è ben riassunto in due vicende, ad oggi distanti nel tempo<sup>8</sup>, che hanno colorato pagine di quotidiani e aule d'udienza, inducendo il legislatore ad intervenire.

Senza troppo proferire nel merito dei giudizi, cautelari è bene precisare, ciò che qui interessa è esclusivamente la posizione assunta in tali casi dal giudice amministrativo, per il quale, in estrema sintesi:

- l'ordinamento sportivo nazionale, pur essendo dotato di ampi poteri di autonomia, autarchia e autodichia, è derivato da quello generale dello Stato con la conseguenza che il vincolo di giustizia opera esclusivamente nell'ambito strettamente tecnico-sportivo ed in quello dei diritti disponibili, e non invece, nell'ambito degli interessi legittimi, insuscettibili di formare oggetto di una rinuncia preventiva, generale ed illimitata nel tempo alla tutela giurisdizionale in virtù dei principi sanciti dagli artt. 24 e 113 Cost.;
- le federazioni sportive nazionali, se agiscono per le finalità proprie del CONI, si configurano quali organi in senso tecnico di tale Comitato, e partecipano

6. Esempi tipici sono le dispute aventi ad oggetti l'ammissione e l'affiliazione alle Federazioni di società (club/squadre), di associazioni sportive e di singoli tesserati. In questi casi, l'ingerenza dell'ordinamento statale e per l'effetto la competenza del giudice amministrativo emerge quando si ritiene che le norme che si presumono violate attengano alla realizzazione di interessi fondamentali dell'attività sportiva.

7. Relativa alle controversie derivanti dai rapporti a prestazioni corrispettive intercorrenti tra i singoli atleti e le società sportive, nonché sul rapporto contrattuale tra l'atleta e la Federazione sportiva di riferimento. Tali questioni possono essere devolute alla giurisdizione ordinaria in alternativa ai procedimenti di carattere arbitrale dinanzi ai Collegi istituiti *ad hoc* e abitualmente previsti dalle clausole compromissorie contenute negli statuti federali.

8. Si parla dei c.d. "casi Catania" del 1993, con la pronuncia del CGARS, 9 ottobre 1993, n. 536 sul giudizio di impugnazione dell'ordinanza resa dal TAR Sicilia, Catania 13 settembre 1993 n. 802, e del 2003 con la pronuncia del TAR Sicilia, Catania 5 giugno 2003 n. 958, che richiama le precedenti pronunce del Cons. Stato sez. VI 30 settembre n. 1050, del TAR Catania n. 1282/02 e del TAR Lazio 24 settembre 1998 n. 2394.



quindi alla sua natura pubblica, di conseguenza gli atti posti in essere in tale qualità dalle suddette federazioni per essere esplicazione di pubblici poteri sono soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo, allorché incidano su posizioni di interesse legittimo;

- l'inottemperanza alla pronuncia cautelare resa dal Giudice amministrativo consente allo stesso di esercitare il potere di ordinare alla Federazione di porre in essere immediatamente tutti i provvedimenti consequenziali e/o gli atti esecutivi indispensabili per dare completa ed esaustiva attuazione all'ordinanza medesima<sup>9</sup>.

Tali aspetti (riconfermati in più occasioni dalla giurisprudenza amministrativa<sup>10</sup>), come ben si comprende delinearono un rilevante potere di ingerenza del g.a. nell'ambito dell'ordinamento sportivo, potere che creò un tumulto tale da costringere il legislatore ad intervenire con il d.l. 220/2003 poi convertito con (rilevanti) modificazioni nella l. 280/2003<sup>11</sup>, un capolinea obbligato che ha tentato senza troppo successo di tracciare una linea di confine netta tra i territori rispettivamente riservati all'ordinamento sportivo, e ai suoi organi di giustizia, e quelli nei quali è possibile l'intervento della giurisdizione statale, e del giudice amministrativo in particolare.

La norma succitata, nella versione ancora oggi vigente (e decisamente diversa rispetto al testo originario del d.l.<sup>12</sup>), all'art. 1 stabilisce che i rapporti tra l'ordina-

9. TAR Sicilia, Catania decreto 12 giugno 2003 n. 1010, con il quale il g.a. si è spinto ad affermare che la mancata esecuzione dell'ordinanza cautelare "integrebbbe gli estremi del reato previsto e punito dall'art. 328 C.P. (Rifuto di atti d'ufficio. Omissione), o quantomeno, gli estremi materiali del reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, previsto e punito dall'art. 650 C.P., e/o degli altri reati che il Giudice penale riterrà di ravvisare (...) in proposito, (...) tale reato assumerebbe una connotazione di particolare gravità in quanto, attraverso il disconoscimento (nella specie implicito) del valore e della autorità delle pronunzie giurisprudenziali, verrebbe ad essere vulnerato e calpestato non soltanto il principio del primato della funzione giurisdizionale nel momento interpretativo ed applicativo delle norme dell'ordinamento ma lo stesso fondamento dello Stato di diritto, e verrebbe conseguentemente ad essere leso, in modo intollerabile, anche il prestigio di tutta la magistratura amministrativa".

10. Su tutte, TAR Calabria, Reggio Calabria, decreto 14 agosto 2003 n. 471.

11. D.l. 19 agosto 2003 n. 220 (in Gazz. Uff., 20 agosto, n. 192). – Decreto convertito, con modificazioni, in legge 17 ottobre 2003, n. 280 (in Gazz. Uff., 18 ottobre 2003, n. 243). – Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva (SALVACALCIO).

12. Nel testo dell'originario d.l. n. 220/2003 rientravano tra le questioni riservate all'ordinamento sportivo l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati (art. 2, comma 1, lett. c) e l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma limitato e l'ammissione alle stesse delle squadre e degli atleti (lett. d). "La soppressione delle due categorie, in sede di conversione del d.l. costituisce chiaro indice della volontà del legislatore di non considerare indifferenti per l'ordinamento statale controversie, quali quelle inerenti, come nel caso di specie, l'affiliazione delle società alle federazioni

mento sportivo e quello statale sono regolati in base al principio di autonomia, di cui è diretta applicazione il successivo art. 2, che riserva all'ordinamento sportivo medesimo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto le decisioni di natura tecnica e disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni, per le quali vige il sistema del c.d. "vincolo sportivo".

Per quanto riguarda l'ambito statale, l'art. 3 delinea una competenza (ultra) residuale del giudice ordinario e del giudice amministrativo, demandando al primo le questioni inerenti ai rapporti patrimoniali tra società, associazioni ed atleti solo una volta esauriti i gradi della giustizia sportiva, e al secondo, in via esclusiva<sup>13</sup>, ogni altra controversia relativa agli atti del CONI o delle Federazioni "non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2" e comunque fatto salvo quanto stabilito dalle clausole compromissorie eventualmente previste dai Regolamenti del CONI o delle Federazioni medesimi<sup>14</sup>.

Tuttavia, come era lecito aspettarsi data la formulazione della norma anche a seguito della conversione in legge<sup>15</sup>, non solo il dibattito non si placò ma addirittura si intensificò financo a richiamare l'attenzione della Consulta.

e i provvedimenti di ammissione ai campionati, trattandosi di provvedimenti di natura amministrativa in cui le Federazioni esercitano poteri di carattere pubblicistico in armonia con le delibere e gli indirizzi del CONI. Del resto, una assoluta riserva all'ordinamento sportivo anche di tale tipologia di controversie avrebbe determinato seri dubbi sulla costituzionalità della disposizione sotto il profilo della lesione del principio della tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 della Costituzione" (Cons. Stato, sez. VI 2 luglio 2004 n. 5025).

13. Sul punto, oltre a definire la competenza esclusiva del g.a. la norma specifica la competenza funzionale inderogabile del tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma.

14. In sostanza, il sistema, per quanto riguarda le questioni per le quali è stabilita autonomia dell'ordinamento sportivo, continua ad essere imperniato sull'onere di adire gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo (art. 2, secondo comma) e sulla salvezza incondizionata delle clausole compromissorie previste dagli statuti e dai Regolamenti del CONI, delle Federazioni sportive e di quelle inserite nei contratti di cui alla legge istitutiva del CONI (art. 3, ultima parte). In questo senso, Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2004 n. 5775.

15. D'esempio è quanto si legge nella presentazione del progetto di conversione in legge del d.l. 230/2003 "in effetti l'ordinamento statale deve manifestare completa indifferenza verso la normativa tecnica delle attività sportive. In tale evenienza, quindi, v'è la massima espressione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo (...) Il decreto-legge intende valorizzare tali orientamenti [Cassazione, Sezioni unite, 26 ottobre 1989, n. 4399; Cassazione, Sezioni unite 26 ottobre 1989, n. 4399, 9 maggio 1986, nn. 3091 e 3092], che risultano da giurisprudenza consolidata e, anche in relazione a taluni recenti interventi dei tribunali amministrativi non esattamente in linea con i principi sopra esposti, chiarire in modo preciso gli ambiti che assumono rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato separandoli da quelli che devono restare confinati nel 'giuridicamente indifferente' nella prospettiva statutale. Tutto ciò che l'ordinamento ritiene per sé indifferente non può naturalmente dare luogo a situazioni giuridiche soggettive qualificate e, come tali, tutelabili davanti agli organi giurisdizionali dello Stato". Stampato C. 4268 - XIV legislatura - progetto di legge n. 4268.

Il problema riguardava (e riguarda ancora) le controversie relative ai provvedimenti disciplinari, attinenti a misure punitive nei confronti di atleti o di associazioni e società sportive, ove da tali misure derivino conseguenze lesive di situazioni giuridiche rilevanti nell'ordinamento generale (ad esempio, danni economici o limitazioni nella libertà di iniziativa economica, nel diritto al lavoro, all'esercizio della propria professionalità).

Il contrasto<sup>16</sup> condusse a un altro caso “simbolo” della questione, caso che i giudici di Palazzo Spada, posto che “il problema allora è se debba prevalere il valore dell'autonomia dell'ordinamento sportivo o quello del diritto di azione o di difesa in giudizio”<sup>17</sup>, risolsero trovando una “terza via”, per la quale, secondo la normativa succitata, la giurisdizione esclusiva del g.a. non include le domande volte all'annullamento delle sanzioni disciplinari ben potendo, tuttavia, lo stesso g.a. pronunciarsi sulle domande “volte ad ottenere il risarcimento del danno che tali sanzioni disciplinari hanno provocato incidendo anche su situazioni rilevanti per l'ordinamento generale della Repubblica”, a patto che siano stati esperiti tutti i gradi della giustizia sportiva<sup>18</sup>.

Seguendo il solco tracciato dal caso appena citato, le pronunce successive portarono la questione dinnanzi alla Consulta, che con la sentenza n. 49/2011, fa-

16. Per espressa dizione del Consiglio di Stato, “si tratta difficoltà ermeneutiche che riflettono, del resto, la stessa complessità che si incontra nel tentativo di conciliare due principi che mostrano diversi momenti di potenziale conflitto: il principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo (che trova il suo fondamento costituzionale negli artt. 2 e 18 della Costituzione) e il principio del diritto di azione e di difesa, espressamente qualificato come inviolabile dall'art. 24 Cost.” (Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2008 n. 5782). Vi erano due orientamenti, il primo, consentiva la piena tutela giurisdizionale, mediante l'esercizio di tutte le azioni previste dal codice del processo amministrativo, delle situazioni rilevanti nell'ordinamento generale (tra le tante, si veda TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 agosto 2006 n. 7331); il secondo escludeva la giurisdizione statale sulle controversie disciplinari e sulle loro conseguenze, anche se pesantemente incidenti sulle situazioni rilevanti nell'ordinamento generale, e cioè sui diritti soggettivi e gli interessi legittimi (tra le tante, CGARS, 8 novembre 2007 n. 1048). Sul punto, anche F.G. Scoca *Autonomia sportiva e pienezza di tutela giurisdizionale*, nota a Corte costituzionale, 25 giugno 2019, n. 160, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2019, 168.

17. Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5782, cit.

18. *Ibidem*. Sul punto, il Consiglio di Stato distingue tra due ipotesi, la prima si verifica se gli organi della giustizia sportiva annullano la sanzione inflitta dalla Federazione: in tal caso, il g.a. non dovrà compiere alcuna valutazione incidentale sulla legittimità dello stesso, limitandosi a verificare l'*an* e il *quantum* del danno provocato. La seconda ipotesi, invece, ricorre se la sanzione inflitta viene confermata dagli organi della giustizia sportiva, nel qual caso il g.a. dovrà procedere a una valutazione incidentale della legittimità del provvedimento, allo scopo di decidere sulla domanda risarcitoria, provvedimento-atto fonte del danno che la stessa pronuncia individua nella decisione che esaurisce i gradi della giustizia sportiva con tutto ciò che en consegue in termini di qualificazione della pronuncia quale atto amministrativo (e quindi sindacabile) o lodo arbitrale (e quindi non sindacabile).

cendo propria la tesi esposta dal Consiglio di Stato e sopra richiamata, più che pronunciarsi sulla questione di costituzionalità della presunta esclusione della tutela giurisdizionale da parte delle norme in questione (che invero respinge con riguardo all'art. 24, 103 e 113 Cost.), ne ha delimitato le azioni previste. In breve, da una parte, l'autonomia dell'ordinamento sportivo recede allorché siano coinvolte situazioni giuridiche soggettive che, sebbene connesse con quello, siano rilevanti per l'ordinamento giuridico della Repubblica; dall'altra parte, riguardo alle azioni relative ai provvedimenti disciplinari/sanzionatori dei giudici sportivi, per la Consulta l'unica azione di cui il g.a. può conoscere è solo quella risarcitoria (quale "diversificata modalità di tutela giurisdizionale") e solo una volta esauriti i gradi della giustizia sportiva (c.d. pregiudiziale sportiva), in quanto ammettere una generale azione di annullamento costituirebbe "una forma di intromissione non armonica rispetto all'affermato intendimento di tutelare l'ordinamento sportivo"<sup>19</sup>.

Successivamente, la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla questione di costituzionalità delle norme in argomento<sup>20</sup> e nulla cambi; la Corte conferma quanto sopra, respinge la questione sollevata e afferma (nuovamente) come riguardo ai provvedimenti disciplinari del giudice sportivo, ferma la nota pregiudiziale, il g.a. possa pronunciarsi in via esclusiva solo in materia risarcitoria e che tale tutela "per equivalente, per quanto diversa rispetto a quella di annullamento in via generale assegnata al giudice amministrativo, risulta in ogni caso idonea, nella fattispecie, a corrispondere al vincolo costituzionale di necessaria protezione giurisdizionale dell'interesse legittimo"<sup>21</sup>.

### **3. I poteri del g.a. stabiliti dall'art. 3 d.l. 220/2003 conv. con mod. in l. 280/2003 e dall'art. 133 comma 1 lett. z) c.p.a. – pregiudiziale sportiva e rilevanza esterna**

La norma in esame ha quindi superato (per ben due volte) l'"esame" di costituzionalità, alla luce del quale, per ciò che qui interessa, l'ambito di autonomia dell'ordinamento sportivo è inderogabilmente definito dalla norma medesima,

19. Corte costituzionale, 11 febbraio 2011 n. 49.

20. Il giudice a quo (TAR Lazio, Roma) ha ritenuto di rimettere (nuovamente) il giudizio alla Corte per la pretesa violazione degli artt. 103 e 113 Cost. sotto profili non compiutamente esaminati dalla precedente pronuncia, perché ritenuti assorbiti nella censura concernente la violazione dell'art. 24 Cost. Permarrebbe inoltre il contrasto con l'art. 24 Cost., letto in combinato disposto con gli stessi artt. 103 e 113 Cost., già esaminato dalla Corte, in ragione dell'esclusione della tutela giurisdizionale di tipo caducatorio.

21. Corte costituzionale, 25 giugno 2019 n. 160.

ma, essendo comunque quello sportivo un ordinamento infra-statale, le relative peculiarità non possono sacrificare le posizioni oggettive rilevanti per l'ordinamento statale, perché inviolabili o comunque meritevoli di tutela rafforzata in quanto non disponibili<sup>22</sup>. Per quanto qui di interesse, si fonda così la clausola residuale di salvaguardia in favore della giurisdizione esclusiva amministrativa, cui, volendo declinare *in brevis* il relativo potere, compete il sindacato sugli aspetti della giustizia sportiva che assumono rilievo anche pubblicistico, *rectius*, di rilevanza esterna all'ordinamento sportivo e quindi rilevanti per quello generale, in virtù del combinato disposto dell'art. 3 d.l. 220/2003 conv. con mod. in l. 280/2003 e dell'art. 133 comma 1 lett. z) c.p.a.; ciò, tuttavia, può avvenire solo una volta "esauriti i gradi della giustizia sportiva"<sup>23</sup>.

In definitiva, la normativa appena citata prevede tre forme di tutela: una limitata ai rapporti di carattere patrimoniale tra le società sportive, le associazioni sportive, gli atleti (e i tesserati), demandata alla cognizione del giudice ordinario; una relativa ad alcune delle questioni aventi ad oggetto le materie di cui all'art. 2, non apprestata da organi dello Stato, ma da organismi interni all'ordinamento stesso in cui le norme in questione sono state poste, secondo uno schema proprio della cosiddetta "giustizia associativa"; una terza, tendenzialmente residuale e devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, relativa a tutto ciò che per un verso non concerne i rapporti patrimoniali fra le società, le associazioni sportive, gli atleti (e i tesserati) – demandati al giudice ordinario –, per altro verso non rientra tra le materie che, ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 220 del 2003, sono riservate all'esclusiva cognizione degli organi della giustizia sportiva<sup>24</sup>, come deciso recentissimamente dal TAR Lazio (1251/22).

Ebbene, fermo quanto sin qui argomentato, rimane da chiarire il rapporto tra giurisdizione esclusiva e pregiudiziale sportiva e cosa deve a questo punto intendersi per aspetti della giustizia sportiva che assumono rilievo anche pubblicistico.

Sul punto, vi sono due orientamenti contrastanti: secondo il primo, il già citato art. 133 comma 1 lett. z) c.p.a. come modificato dall'art. 1, comma 649, della l. n. 145/2018 ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministra-

22. Di interesse, per meglio comprendere le valutazioni sulla giurisdizione effettuate dal g.a., si veda la recente pronuncia TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 30 marzo 2022 n. 3596, in materia di dimissioni dall'organico di un arbitro promosso contro la FIGC e il CONI, secondo la quale "la dimissione dall'organico non comporta la cancellazione del tesseramento e dalla considerazione che nessuna altra conseguenza giuridicamente apprezzabile, avente ricaduta all'esterno dell'ordinamento sportivo, viene in evidenza come effetto dei provvedimenti impugnati – non sono ravvisabili conseguenze rilevanti per l'ordinamento generale e, conseguentemente, non sussistono i presupposti neanche per la giurisdizione in materia risarcitoria".

23. TAR Lazio, Roma, sez. I ter 16 maggio 2022 n. 6145, Cons. Stato, sez. VI 18 ottobre 2011 n. 6010.

24. TAR Lazio, Roma, sez. IV, 2 febbraio 2022 n. 1251.

tivo le “controversie relative ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche” superando, in relazione a tale tipologia di contenzioso, il previgente regime della c.d. pregiudiziale sportiva<sup>25</sup>. Oltre a ciò, l’onere di adire in via pregiudiziale la giurisdizione sportiva si fonda sull’elemento, oggettivo, che le questioni controverse investano posizioni rilevanti per l’ordinamento settoriale ma non per l’ordinamento generale<sup>26</sup>e sull’ulteriore elemento, soggettivo, che si tratti di soggetti contemplati dall’art. 2 comma 2 d.l. 220/03 con mod. in l. 280/03<sup>27</sup>. Va da sé che ove non siano presenti tali elementi oggettivo e soggettivo, la pregiudiziale sportiva non opera in quanto il sistema delle norme sulla giurisdizione di cui al successivo art. 3 “sarebbe privo di coerenza e di dubbia costituzionalità se vi fosse una preclusione di legge ad adire immediatamente il giudice dello Stato per ragioni nuove o diverse da quelle sollevabili nell’obbligatoria sede pregiudiziale”<sup>28</sup>.

Secondo l’altro e più recente orientamento, che richiama una non precisata “migliore dottrina”, “la sottrazione alla regola della pregiudiziale sportiva di tale nuovo rito è soltanto apparente, atteso che la modifica apportata dall’art. 1 (commi 647-650) della legge 145/2018 all’art. 3 della legge n. 280/2003”, dopo aver previsto che “sono in ogni caso riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo” le controversie relative ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società, contempla la successiva eccezione che smentisce la premessa, in quanto fa “salva la possibilità che lo statuto e il Regolamento del CONI e conseguentemente delle federazioni sportive di cui agli art. 15 e 16 del decreto legislativo 23 luglio n. 242, prevedono organi di giustizia dell’ordinamento sportive che decidano tali questioni anche nel merito”<sup>29</sup>.

25. Cfr. art. 133, comma 1, lettera *z-bis*), c.p.a., in tal senso Cons, Stato, sez. V, 4 ottobre 2021 n. 52.

26. Riguardino cioè a norma dell’art. 2, comma 1 d. l. 220/03 con mod. in l. 280/03 “l’applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell’ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive”.

27. Società, associazioni, affiliati e tesserati del CONI e delle Federazioni sportive.

28. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020 n. 1852 conf. TAR Lazio, Roma, sez. *I-ter*, 18 febbraio 2019 n. 2191; Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2018 n. 5019. Sul punto, recentemente, anche Cass. Civ. SS.UU., 2 febbraio 2022 n. 3101 “restano soggette alla giurisdizione statale, e segnatamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. *z*) cod. proc. amm., le controversie aventi ad oggetto l’impugnativa di atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive nazionali che si configurano, come nella specie, alla stregua di decisioni relative alla regolare assunzione di cariche associative, codeste essendo munite di rilevanza per l’ordinamento dello Stato”.

29. TAR Lazio, Roma, sez. *I-ter*, 30 maggio 2022 n. 7045, appellata. Nel giudizio cautelare d’appello la Sez. V del Consiglio di Stato ha accolto l’istanza cautelare lasciando “impregiudicata ogni più approfondita valutazione in ordine alla problematica del rispetto della cd. pregiudi-

La soluzione al contrasto è già presente nella giurisprudenza e si ritiene vada ricercata in questioni diverse da quelle tecniche e disciplinari, ormai di certo esclusivo appannaggio della giustizia sportiva. Il Consiglio di Stato si è recentemente occupato di un caso che rappresenta l'esempio perfetto, in quanto inerente a una questione non espressamente tipizzata nel riparto di giurisdizione dalla normativa succitata, quella del sindacato di legittimità dell'elezione di una carica sociale di una federazione sportiva. Sul punto, i giudici di seconde cure hanno ribadito come tali controversie siano rilevanti dal punto di vista giuridico generale in quanto "vicende strutturali interne delle formazioni sociali (cfr. artt. 14 ss. Cod. civ.)"<sup>30</sup>. Di qui, il richiamo all'art. 133, comma 1, lett. z) c.p.a. e la declaratoria di giurisdizione – esclusiva – del g.a. in quanto rientrante tra gli "atti (...) delle Federazioni sportive"<sup>31</sup>. Sul punto, il Collegio evidenzia come la scelta del legislatore "di assegnare alla giurisdizione esclusiva amministrativa la residuale tutela avverso gli 'atti' delle Federazioni sportive non appare incoerente con la funzione del giudice amministrativo come giudice del pubblico potere (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204). Infatti – anche se le 'federazioni sportive nazionali', hanno, per espressa affermazione dell'art. 15, comma 2, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 '(...) natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato' e sono dichiarate 'soggette, per quanto non espressamente previsto' dallo stesso decreto, 'alla disciplina del codice civile e delle relative disposizioni di attuazione' – sta di fatto che il loro assetto organizzativo (di un atto del quale qui si verte) si integra necessariamente e bilateralmente con quello del CONI, ente pubblico che confedera le federazioni sportive: dunque, in quanto fenomeno che concorre all'organizzazione complessiva dell'attività sportiva, ha rilievo indiretto, di ordine pubblicistico, per l'ordinamento generale (cfr. Cons. Stato, VI, 22 giugno 2017 n. 3065; cfr. altresì Cons. Stato, V, 12 febbraio 2019, n. 1007)"<sup>32</sup>.

Su tale ultimo aspetto, per completezza, si aggiunga che la questione è stata tanto rilevante da richiamare l'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione

ziale sportiva" (Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2022 n. 3414; l'udienza di merito è stata celebrata il 6/10/22 e ad oggi la questione non è ancora stata decisa.

30. "Il fatto che siano espressioni del principio di libertà associativa non impedisce invero che singoli loro atti possano restringere ultra vires sia l'effettiva capacità di concorrere alla vita associativa dei singoli (specialmente quando questa possa produrre effetti esterni sulla loro capacità di relazione), sia la distribuzione di responsabilità esterne, dirette o indirette, anche degli individui che vi si associano o riferiscono" Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2020 n. 2320.

31. Riguardo a tale norma il Consiglio di Stato precisa che in tal caso la portata dell'attuale precetto normativo non lo discosta dal previgente, in virtù del quale "ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2, è disciplinata dal codice del processo amministrativo" (*ibidem*).

32. *Ibidem*.

Europea, adita dal Consiglio di Stato (con la sentenza da ultimo citata dalla decisione di cui sopra) a pronunciarsi in via pregiudiziale al fine stabilire se le federazioni sportive (ed in particolare la FIGC), sulla base dei rapporti intercorrenti tra le medesime ed il CONI (organismo di diritto pubblico) siano eventualmente qualificabili al pari di organismi di diritto pubblico<sup>33</sup>, come tali tenuti ad applicare le norme sull'evidenza pubblica nell'affidamento a terzi di contratti di appalto di servizi e, pertanto, soggetti alla giurisdizione nazionale amministrativa, per i giudizi di impugnazione contro gli atti di affidamento di tali contratti ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) c.p.a.<sup>34</sup>.

Senza troppo addentrarsi nella complessa soluzione fornita dalla Corte di Giustizia UE<sup>35</sup>, il Consiglio di Stato, nel recepire la relativa decisione e dirimere la questione, ha valorizzato il criterio relativo ai sostanziali poteri di vigilanza del CONI sulla gestione della Federazione, idoneo o meno a creare una dipendenza di quest'ultimo nei confronti dei poteri pubblici tale influire sulle decisioni della Federazione medesima in materia di appalti pubblici; nel caso in argomento, estremamente semplificando, il g.a. ha ritenuto "ad un complessivo esame delle risultanze di causa, che i poteri di direzione e controllo del CONI nei confronti della FIGC non siano tali da imporre a quest'ultima – per la quale, va ricordato, non opera (a differenza della maggior parte delle Federazioni sportive nazionali) il decisivo principio del finanziamento pubblico maggioritario – regole di gestione dettagliate e pervasive", sicché, in definitiva, "la Federazione Italiana Giuoco Calcio non è riconducibile al novero degli organismi di diritto pubblico, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016 ed all'art. 2, comma primo, p.to 4 della Direttiva UE n. 24 del 2014. Ne consegue il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in favore di quello civile, in ordine alla specifica vertenza per cui è causa, con conseguente applicazione del regime processuale di cui all'art. 11 Cod. proc. amm."<sup>36</sup>.

33. Secondo la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia Ce, 20/09/1998, causa 31/87) si parla di organismo di diritto pubblico allorché questo possieda, cumulativamente, i seguenti tre requisiti: 1) sia istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; 2) sia dotato di personalità giuridica; 3) esplichi attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito per più della metà da membri designati dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. Tali requisiti sono stati trasposti nel nostro ordinamento con il vecchio codice appalti (d.lgs. 163/2006 art. 3 comma 26) e sono oggi espressamente elencati all'art. 3 comma 1 lett. d) del Nuovo Codice Appalti di cui al d.lgs. 50/2016.

34. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2019 n. 1007.

35. Sulle questioni sollevate dal Consiglio di Stato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronunciava con sentenza del 3 febbraio 2021 (cause riunite C-155/19 e C-156/19).

36. Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2021 n. 5348.



La FIGC, come evidenzia lo stesso Consiglio di Stato, è però un'eccezione per la quale non opera (a differenza della maggior parte delle Federazioni sportive nazionali) il decisivo principio del finanziamento pubblico maggioritario, indirettamente adducendo che per la maggior parte delle federazioni sportive, come quella del caso poc'anzi citato, opera tale ingerenza da parte del CONI, organismo di diritto pubblico, presupposto da cui, per l'effetto, può conseguire la rilevanza indiretta, di ordine pubblicistico, per l'ordinamento generale degli atti delle federazioni medesime.

PARTE QUARTA

TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA  
E DIRITTO SANZIONATORIO  
DEL SETTORE FINANZIARIO.  
TEORIA E PRASSI NELL'ORDINAMENTO  
EUROPEO E IN QUELLO ITALIANO



# IL SISTEMA SANZIONATORIO NEL SETTORE ASSICURATIVO: PRINCIPI E TUTELE

CLAUDIO RUSSO\*

SOMMARIO: 1. Il sistema sanzionatorio nel settore assicurativo: lineamenti generali – 2. L'apparato punitivo – 3. L'iter procedurale ed il principio del contraddittorio rafforzato.

## 1. Il sistema sanzionatorio nel settore assicurativo: lineamenti generali

Approfittando del recepimento della Direttiva sulla distribuzione assicurativa (IDD), il legislatore italiano – al chiaro fine di allinearne i principi fondamentali con quelli vigenti nei settori finanziario e bancario – ha riformato il sistema sanzionatorio previsto dal Codice delle Assicurazioni Private (CAP), rafforzando i poteri dell'Autorità di vigilanza settoriale<sup>1</sup>.

La novella è stata poi integrata da, e deve essere quindi letta in modo coordinato con, la normativa secondaria emanata dall'IVASS con il Regolamento n. 39 del 2 agosto 2018 che, ai sensi dell'art. 3, disciplina la procedura sanzionatoria per le violazioni accertate dall'IVASS nell'esercizio delle proprie funzioni che sono dirette a garantire l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative attraverso il perseguimento della sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e riassicurazione, della trasparenza e correttezza dei comportamenti nei confronti della clientela da parte delle stesse imprese, degli intermediari assicurativi e riassicurativi ed intermediari assicurativi a titolo accessorio e degli altri operatori del settore, della stabilità del sistema e dei mercati finanziari nonché la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

Il quadro che ne emerge evidenzia una serie di principi di cui è necessario dare conto al fine di potere apprezzare adeguatamente gli interventi successivi da parte della medesima Autorità ad integrazione e modifica dello stesso Regolamento.

\* Sapienza Università di Roma.

1. Cfr. d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68, art. 1, co. 54 ss.

1. la rilevanza della violazione. L'IVASS avvia il procedimento sanzionatorio se l'irregolarità accertata riveste carattere rilevante, come definito puntualmente dall'art. 11 del Regolamento. La *ratio* è chiara: evitare la sanzione allorché il bene tutelato dalla norma che si assume formalmente violata sia rimasto sostanzialmente integro. Si tratta di un'applicazione di settore del principio di proporzionalità tra condotta e reazione punitiva;
2. l'estensione delle sanzioni alle persone fisiche. In passato, l'IVASS poteva avviare procedure sanzionatorie solo nei confronti dell'impresa di assicurazione (persona giuridica). La riforma normativa assoggetta ai poteri sanzionatori dell'IVASS anche gli esponenti aziendali, e cioè coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo e i dipendenti o coloro che operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione dell'impresa anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato;
3. sanzioni pecuniarie più elevate e paramtrate al fatturato per le imprese e le società di intermediazione;
4. sanzioni di natura non patrimoniale. Queste sanzioni sono applicabili in alternativa a quelle pecuniarie (ad esempio: l'ordine di porre termine alle violazioni: *cease and desist*; la dichiarazione pubblica in materia di antiriciclaggio) oppure in via accessoria (ad esempio: l'interdizione temporanea dallo svolgimento delle funzioni di amministrazione, direzione e controllo per gli esponenti aziendali e il personale delle imprese destinatari di sanzioni pecuniarie; la dichiarazione pubblica in caso di violazioni in materia di distribuzione di prodotti di investimento assicurativo) o autonoma (ad esempio, l'interdizione temporanea dallo svolgimento delle funzioni per i componenti il consiglio di amministrazione delle società di intermediazione);
5. l'introduzione di un "accertamento unitario", finalizzato al contenimento del numero dei procedimenti sanzionatori verso le imprese e gli intermediari. È ora consentito di contestare con un unico atto, irrogando un'unica sanzione, più violazioni con caratteristiche omogenee, compiute entro un predefinito arco temporale;
6. la possibilità del "contraddittorio rafforzato" che consente ai destinatari di una procedura sanzionatoria un ulteriore momento di interlocuzione, sia pure solo documentale, con il vertice dell'IVASS cui spetta la decisione sulla sanzione.
7. per gli intermediari, il superamento del c.d. "doppio binario", cioè della coesistenza per la medesima fattispecie contestata di un procedimento sanzionatorio pecuniario e di un procedimento disciplinare. Le nuove norme prevedono pertanto l'apertura di un solo procedimento sanzionatorio la cui istruttoria è affidata al Collegio di Garanzia, costituito presso l'IVASS, tranne nel caso dei procedimenti aperti per violazioni in materia di antiriciclaggio, essendo tale materia affidata in via esclusiva alla competenza istruttoria del Servizio Sanzioni e Liquidazioni dell'IVASS.

Come precisato nel secondo comma del medesimo art. 3 del Regolamento, la disciplina e l'attività sanzionatoria tendono ad assicurare l'effettività delle regole di condotta. Esse hanno carattere afflittivo nei confronti dei soggetti responsabili della violazione, il fine correttivo della lesione dello specifico interesse protetto nonché effetti di prevenzione speciale e generale. D'altro canto, si è puntualmente rilevato che la sanzione risulta consustanziale alla cura dell'interesse pubblico propria delle funzioni di vigilanza, dacché la sanzione è considerata come l'atto che completa e rafforza l'attività di controllo, traducendo e perfezionando nel caso concreto l'attività di regolazione del settore<sup>2</sup>. Invero, l'attività sanzionatoria, di là dalla sua finalità dissuasiva, è anzitutto portato complementare della "(...) della funzione di regolazione propria delle Autorità, fino a qualificarsi come attività di regolazione *ex post* e *singulatim*, vale a dire come verifica dell'efficacia, ricalibratura nel caso concreto e assestamento rispetto ai singoli operatori dell'attività di regolazione svolta *ex ante* e *generaliter*"<sup>3</sup>.

L'IVASS accerta le violazioni, svolge l'istruttoria, irroga le sanzioni ovvero comunica agli interessati l'archiviazione del procedimento avviato nei loro confronti, tenuto conto dei principi di cui al terzo comma, del già richiamato art. 3, vale a dire:

- a. dissuasività e prevenzione, al fine di scoraggiare la violazione delle norme e la reiterazione della condotta illecita;
- b. proporzionalità dell'intervento sanzionatorio, in relazione alla gravità dell'illecito;
- c. oggettività per garantire l'omogeneità di giudizio nella concreta valutazione della fattispecie rilevata;
- d. trasparenza nei confronti dei soggetti interessati le cui controdeduzioni integrano e completano il quadro conoscitivo acquisito a mezzo dell'analisi documentale e dell'attività ispettiva;
- e. contraddittorio.

2. Cfr. M. Brocca, *Il procedimento sanzionatorio dell'Isvap (ora Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni – Ivass)*, 327, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Mucchi, 2013, 329.

3. M. Monteduro, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative, Tessuto delle fonti e nodi problematici*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), cit., 133. In questo senso è si espressa anche la giurisprudenza di prossimità, ove si è rilevato che il provvedimento sanzionatorio è "volto a tutelare interessi generali e, in particolare, quelli dell'equilibrato sviluppo del mercato e della sicurezza degli utenti e degli operatori economici nel delicato settore delle assicurazioni" (TAR Puglia, Bari, sez. I, 6 settembre 2011, n. 1294, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2839).

L'assetto disciplinare restituito all'interprete delineato dalla riforma se, da un lato, appare così informato a scoraggiare condotte foriere di pregiudizi per gli assicurati e gli aventi diritto, ovvero di effetti negativi sul piano micro e macroprudenziale, dall'altro, tende, sulla falsariga dei principi che animano il diritto penale, ad evitare l'irrogazione delle sanzioni quando il bene tutelato dalla norma che si assume formalmente violata sia rimasto sostanzialmente integro.

Da quest'angolo visuale, l'attenzione alla concreta offensività della fattispecie è rappresentata dall'essenziale cambio di paradigma che anima la propulsione all'esercizio dell'attività sanzionatoria, ovvero il principio della rilevanza della violazione (artt. 311-*bis* e 324-*ter*, cod. ass.). Nel previgente regime, infatti, era previsto che "L'IVASS, 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 (...)". Una maggior sensibilità all'effettivo declinarsi della violazione nel singolo caso di specie impone ora, invece, una valutazione sulla rilevanza dell'illecito – siccome emergente da una pluralità di criteri concorrenti<sup>4</sup> – sì da autorizzare la contestazione degli addebiti nel caso in cui la condotta in esame abbia raggiunto una soglia di serietà e gravità tale da imporre un intervento di carattere punitivo.

D'altronde, la contiguità teleologica con la normativa di matrice penale, per quanto diretta non tanto a ricostituire l'ordine generale, ma il corretto assetto di mercato, emerge sul piano positivo, laddove viene previsto, agli artt. 311-*sexies*, cod. ass. (per le violazioni non inerenti alla distribuzione) e all'art. 324-*septies*, co. 1 e 5, cod. ass. (per le violazioni in materia distributiva, rispettivamente poste in essere dal personale delle compagnie ovvero delle società di intermediazione),

4. Cfr. art. 11, Reg. 39/2018, il quale stabilisce che "Nell'esame delle relative fattispecie la rilevanza delle violazioni può essere desunta da almeno uno dei seguenti elementi:

- dalla loro idoneità a determinare significativi rischi legali o reputazionali tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto;
- dal loro carattere diffuso o sistematico anche in relazione all'articolazione territoriale o all'operatività dell'impresa o dell'intermediario;
- dalla mancata ottemperanza a richiami o ad indicazioni di tipo prescrittivo, interpretativo od orientativo dell'Autorità di Vigilanza;
- dall'inadeguatezza dei presidi organizzativi e di controllo adottati per assicurare il rispetto della normativa;
- dall'incidenza della condotta sulla tutela degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative, sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti nei confronti della clientela e del mercato nonché sulla sana e prudente gestione;
- dal numero delle infrazioni, dalla durata del ritardo o dell'omissione nonché dall'entità, se determinabile, del pregiudizio arrecato a terzi;
- dal pregiudizio arrecato all'esercizio delle funzioni di vigilanza".

che la sanzione amministrativa alle persone fisiche venga irrogata “salvo che il fatto non costituisca reato”.

In effetti, la nozione di “illecito amministrativo di natura sostanzialmente penale” è ormai considerata diritto vivente ed è recepita dalla Giurisprudenza delle Corti Europee e da quella della Corte di legittimità, che sovente si sono cimentate con la questione del doppio binario sanzionatorio e del conseguente problema della violazione del divieto di *bis in idem*, cioè della possibilità di sanzionare attraverso procedure parallele lo stesso fatto due volte con provvedimenti, uno di natura penale e l'altro solo formalmente amministrativo ma, per la sua portata afflittiva, a sua volta di natura sostanzialmente penale<sup>5</sup>.

Il problema dell'offensività della violazione, peraltro, implica una variazione sul tema della discrezionalità punitiva, dacché al variare di esso non solo dipende l'*an* e il *quantum* della sanzione, ma anche eventualmente la tipologia dell'intervento punitivo. Nella divisata prospettiva, particolare attenzione meritano gli artt. 311-ter, cod. ass., per le violazioni in materia non distributiva, poste in essere dall'impresa e l'art. 324-quater, cod. ass., per le violazioni in materia distributiva da parte di imprese e intermediari, rispetto alle quali è prevista la possibilità di un ordine di porre termine alle violazioni, secondo specifiche modalità ed entro un orizzonte temporale stabilito dalla stessa Autorità<sup>6</sup>.

## 2. L'apparato punitivo

Il potere sanzionatorio dell'IVASS è previsto in via generale dall'art. 5 comma 1 del codice, per cui esso “svolge le funzioni di vigilanza sul settore assicurativo mediante l'esercizio dei poteri di natura autorizzativa, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva previsti dalle disposizioni del presente codice”.

Che tali poteri comprendano quello di applicare sanzioni amministrative, lo si ricava poi a semplice lettura dagli artt. 324 ss. L'apparato sanzionatorio a disposizione dell'Istituto è particolarmente articolato. Sul punto, è appena il caso di evidenziare sin d'ora che la riforma viene a disporsi essenzialmente lungo due distinti versanti che finiscono per convergere: da un lato – come accennato – il binario ora è unico, ovvero la procedura sanzionatoria è uniforme per l'irrogazione delle

5. Per un'ipotesi applicativa, cfr. cass. pen., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, in *De-jure*.

6. Sotto il profilo procedimentale, è previsto che i Servizi che accertano e contestano le violazioni provvedano, nel caso in cui il Collegio di garanzia abbia proposto nei confronti dell'intermediario l'applicazione della sanzione sostitutiva dell'ordine di porre termine alle violazioni, a predisporre una relazione recante l'individuazione nel concreto delle misure correttive da adottare per l'eliminazione delle infrazioni e il termine per l'adempimento. (art. 24, lett. j), Reg. IVASS 39/2018).



sanzioni disciplinari e per quelle pecuniarie e, dall'altro – su un piano, potremmo dire, “strutturale” –esse sono state integralmente ricondotte nella classe delle sanzioni amministrative *lato sensu* intese<sup>7</sup>. La notazione, si badi bene, non ha solo un rilievo teorico: da tale considerazione si ritiene possa discendere, infatti, l'applicabilità dei principi di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 1981 – che rappresenta un sistema normativo generale in tema di sanzioni amministrative – sia pure nel rispetto dei limiti ivi stabiliti<sup>8</sup>.

Distinzione di rilievo in merito all'apparato sanzionatorio previsto dalla disciplina settoriale è quella tra sanzioni inerenti fattispecie rispettivamente estranee ovvero inerenti alla distribuzione assicurativa. Nel primo caso, le sanzioni amministrative, di carattere esclusivamente pecuniario, sono logicamente destinate soltanto alle imprese (cfr. art. 310 ss., cod. ass.). Sono previste, invece, sanzioni relative alle violazioni delle disposizioni in materia di realizzazione e di distribuzione dei prodotti assicurativi, inclusi i prodotti di investimento assicurativo, che possono essere commesse dagli intermediari, nonché delle imprese, come stabilito rispettivamente agli artt. 324 e 324-*bis*, cod. ass.

Ai sensi dell'art. 324-*septies*, co. 1, cod. ass., la responsabilità delle imprese nei confronti delle quali sono accertate le violazioni, per l'inosservanza delle norme richiamate nell'art. 324-*bis*, comma 1, può dar luogo a una sanzione pecuniaria da € 1.000,00 a € 700.000,00 nei confronti dei soggetti che svolgono le funzioni di amministrazione, di direzione, di controllo, nonché dei dipendenti o di coloro che operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione dell'impresa anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato, quando l'inosservanza è conseguenza della violazione di doveri propri o dell'organo di appartenenza e la condotta ha inciso in modo rilevante sul bene giuridico tutelato. Con il provvedimento di applicazione della sanzione, tenuto conto dei criteri stabiliti dall'art. 324-*sexies*, l'IVASS può applicare la sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso imprese di assicurazione e di riassicurazione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni (art. 324-*septies*, co. 3).

Quest'ultima sanzione è altresì prevista a carico degli esponenti e dei dipendenti delle società di intermediazione all'art. 324-*septies*, co. 7, cod. ass, il quale stabilisce l'applicazione della sanzione amministrativa dell'interdizione tempora-

7. S. Landini, *Le sanzioni amministrative verso gli intermediari*, in *Dir. mer. ass. fin.*, 2018, 516.

8. Si veda, in particolare, l'art. 12, l. 689/81, a mente del quale “Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari”.

nea dall'esercizio di funzioni di gestione dei componenti dell'organo di amministrazione considerati responsabili per il predetto periodo di tempo.

A proposito degli intermediari, si osserva che è previsto un ventaglio di opzioni sanzionatorie non solo pecuniarie, ma anche disciplinari. Infatti, viene stabilito all'art. 324, cod. ass., che per le fattispecie di illecito in materia distributiva all'intermediario, possano essere irrogate le seguenti sanzioni: a) richiamo; b) censura; c) sanzione amministrativa pecuniaria: 1) per le società, da cinquemila euro a cinque milioni di euro oppure, se superiore, pari al cinque per cento del fatturato complessivo annuo risultante dall'ultimo bilancio disponibile approvato dall'organo di amministrazione; 2) per le persone fisiche, da € 1.000,00 a € 700.000,00; d) radiazione o, in caso di società di intermediazione, cancellazione. Le sanzioni disciplinari come il richiamo, la censura e la radiazione risultano ovviamente predicabili solo per le persone fisiche: il richiamo, consistente in una dichiarazione scritta di biasimo motivato, è disposto per fatti di lieve manchevolezza. La censura è disposta per fatti di particolare gravità. La radiazione o la cancellazione della società di intermediazione è disposta per fatti di eccezionale gravità (art. 342, co. 2, cod. ass.).

Insomma, si assiste a un sistema procedurale chiaramente improntato sul rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, come peraltro affermato esplicitamente, tra gli altri, dall'art. 3, co. 3, del Regolamento. Previsione che – merita di considerarsi – costituisce, non a caso, uno dei parametri essenziali di misurazione e verifica del corretto esercizio del potere da parte del giudice amministrativo, orientato a esercitare un sindacato forte, all'interno del quale giunge a sostituire la propria valutazione a quella dell'organo tecnico, potendo procedere, eventualmente, a una nuova quantificazione delle stesse<sup>9</sup>.

### 3. L'iter procedurale ed il principio del contraddittorio rafforzato

In precedenza, erano previsti due distinti procedimenti sanzionatori, l'uno relativo alle sanzioni pecuniarie, l'altro inerente alle sanzioni disciplinari: le prime sanzioni avevano come destinatari le imprese e gli intermediari responsabili delle violazioni, salve alcune ipotesi di sanzioni (quelle di cui all'*ex* capo V del tito-

9. Cfr. F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss. Si rammenta, per inciso, che in relazione ai provvedimenti, anche sanzionatori, adottati dall'I-VASS, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, lett. i), co. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice proc. amm.*), mentre per le sanzioni irrogate da Banca d'Italia e Consob è competente il giudice ordinario.

lo XVIII), applicabili direttamente alle persone fisiche e salva l'azione di rivalsa dell'impresa nei confronti del dipendente o collaboratore di cui è dimostrata la responsabilità; le sanzioni disciplinari riguardavano direttamente le persone fisiche iscritte nel registro degli intermediari o nel ruolo dei periti di assicurazione, salva l'ipotesi più grave della radiazione che nel caso di attività esercitata in forma societaria si traduce nella cancellazione della società.

Ora che il binario è unico e, sul piano dinamico, la procedura è uniforme.

Sul piano procedurale, l'*iter* amministrativo si origina dalla fase di accertamento e contestazione delle violazioni, quale attività rimessa alla competenza del Servizio Ispettorato, del Servizio Vigilanza Prudenziale, del Servizio Tutela del Consumatore, Servizio Vigilanza Condotta di mercato e del Servizio Studi e Gestione Dati (art. 6, co. 1, Reg. 39/2018). Di particolare interesse è l'iniziativa che può scaturire a valle della presentazione di un reclamo presso il Servizio Tutela del Consumatore. Al riguardo, si è di recente evidenziato in sede giurisprudenziale che il reclamo "(...) consiste in una mera sollecitazione dei poteri istituzionali dell'Istituto in ordine al rispetto delle prescrizioni del c.a.p., sollecitazione che non può in alcun modo essere assimilata a una istanza di parte destinata ad essere conclusa con un provvedimento amministrativo con effetti diretti nella sfera del reclamante. Ne discende, da un lato, che l'Istituto può indiscutibilmente iniziare procedimenti sanzionatori in assenza di segnalazione di parte e, dall'altro, che laddove il privato abbia sollecitato l'esercizio del potere di vigilanza, l'eventuale procedimento sanzionatorio, del quale il reclamante non è parte, si svolgerà nei soli confronti dell'impresa di assicurazione. Anche laddove il reclamante sia in concreto il soggetto danneggiato o il suo procuratore, di conseguenza, il reclamo non è destinato a concludersi con l'attribuzione, da parte di Isvap, del richiesto risarcimento o di altra utilità diretta, il conseguimento delle quali, ove non autonomamente disposto dalla compagnia assicuratrice, dovrà essere chiesto dal danneggiato a mezzo di un'azione civile. In ogni caso in cui l'aspetto privatistico, per fatti imputabili alla compagnia assicuratrice, non viene definito nei termini di legge resta, di conseguenza, ferma la possibilità di un intervento sanzionatorio dell'Isvap, che potrà, al più, produrre, sul soggetto tenuto al risarcimento, un effetto deterrente (in ordine alla protrazione del ritardo) e acceleratorio, ciò che in via solamente mediata può tradursi in una utilità per il danneggiato"<sup>10</sup>.

I Servizi di cui al comma 1 trasmettono al Servizio Sanzioni e Liquidazioni – che è l'unità organizzativa responsabile dei procedimenti sanzionatori – secondo le rispettive attribuzioni e per la successiva fase istruttoria anche davanti al Collegio di garanzia, gli atti relativi al procedimento. In particolare, l'IVASS, attraverso

10. Cfr. TAR Lazio, sez. II-ter, 3 dicembre 2021, n. 12511, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it) [consultato il 7 ottobre 2023].

i Servizi autorizzati, avvia la procedura sanzionatoria nei casi in cui accerta la violazione delle norme per le quali è prevista l'irrogazione di un'eventuale sanzione, una volta acquisiti gli elementi necessari a valutarne la sussistenza. L'Istituto provvede all'accertamento unitario delle violazioni della stessa indole delle norme richiamate negli artt. 311-*quater*, comma 1, 324-*quinquies*, commi 1 e 6, del cod. ass. Si considerano della stessa indole le violazioni della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono o per le modalità della condotta, presentano una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni, così come previsto dall'art. 8-*bis* della l. n. 689 del 1981.

Ai predetti Servizi è attribuita la competenza nell'avvio del procedimento sanzionatorio, che ha infatti inizio con la contestazione formale dell'IVASS, loro tramite, nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili delle violazioni riscontrate. Entro 60 giorni dalla data di notifica dell'atto di contestazione i destinatari possono esercitare il diritto di difesa attraverso la partecipazione al procedimento sanzionatorio, presentando al Servizio Sanzioni e Liquidazioni o al Collegio di garanzia ai sensi dell'art. 16, preferibilmente tramite posta elettronica certificata (PEC), scritti difensivi ed altri documenti in ordine ai fatti addebitati. I destinatari possono richiedere, con specifica istanza debitamente motivata, una breve proroga. La proroga, di norma non superiore a 30 giorni, può essere concessa secondo criteri di proporzionalità anche in relazione alle caratteristiche operative/dimensionali dei destinatari stessi e alla complessità degli addebiti. Particolarmente interessante, ed in linea con il principio di economicità del procedimento, è quanto previsto all'art. 15, co. 4, secondo cui l'attività difensiva si svolge nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti nel procedimento amministrativo. In tale ottica, le controdeduzioni devono essere svolte, anche al fine di favorire la migliore comprensione delle argomentazioni difensive presentate, in modo essenziale, rispecchiando l'ordine delle contestazioni; ove superiori alle 50 pagine, devono contenere un sommario e concludersi con una sintesi delle principali argomentazioni difensive.

L'istruttoria – come anticipato – è di competenza del Servizio Sanzioni e Liquidazioni, incaricata degli adempimenti di cui all'art. 18, ovvero del Collegio di Garanzia, che si avvale del Supporto tecnico del predetto Servizio, nel caso di procedimenti relativi agli intermediari assicurativi e riassicurativi, anche a titolo accessorio (art. 4, co. 1, lett. re g), h), i), o ai componenti dell'organo di amministrazione della società di intermediazione (art. 4, co. 2, lett. d)).

Il Servizio Sanzioni e Liquidazioni, a conclusione della fase istruttoria, predispone la proposta di irrogazione della sanzione prevista ai sensi di legge o di archiviazione del procedimento che è trasmessa, previo visto del Segretario generale, al Direttorio integrato o ai soggetti da questo delegati<sup>11</sup>.

11. Nel caso in cui l'istruttoria sia curata dal Collegio di Garanzia, spetta comunque al Servizio

È bene evidenziare che, nel caso in cui i destinatari della contestazione abbiano presentato controdeduzioni scritte o, nella medesima fase, abbiano partecipato all'audizione, qualora richiesta e accordata, debbono ricevere la proposta di sanzione (art. 18, co. 5 e 26, co. 4) e, del pari, entro 30 giorni dalla predetta ricezione, possono presentare osservazioni scritte in merito alla proposta formulata (art. 27, co. 1).

Da ultimo, spetta ancora al Direttorio integrato, o dei soggetti a tanto delegati, l'adozione provvedimento conclusivo del procedimento di irrogazione della sanzione ovvero di archiviazione, successivamente notificato ai sensi dell'art. 30.

Nell'approssimazione dell'approccio, mette conto rilevare come, nella dinamica disegnata dalla novella, emerga un'attenzione della normativa di settore diretta a garantire il principio del cd. "giusto procedimento", in forza del quale ogni procedimento amministrativo deve svolgersi nel rispetto di un nucleo irriducibile di garanzie procedurali che assicurino, fra l'altro, la partecipazione degli interessati e il conseguente contraddittorio endoprocedimentale, la conoscenza degli atti del procedimento, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione. Un tanto deve all'evidenza valere nel caso di specie, ove funzione istruttoria e funzione decisoria, sebbene affidate a organi tra loro distinti (Servizio Sanzioni e Liquidazione o Collegio di Garanzia), sono, comunque, da un punto di vista, soggettivo-strutturale concentrate in capo alla medesima Autorità.

In tale prospettiva, può apprezzarsi come, a recepimento dei rilievi in materia di procedimenti amministrativi sanzionatori, formulati tanto in seno alla Corte EDU<sup>12</sup>, quanto dalla giurisprudenza interna<sup>13</sup>, rispetto ai quali – pur nell'ambito di un contraddittorio che rimane essenzialmente verticale – in quanto vigente tra l'interessato sottoposto e l'Amministrazione titolare del potere, quindi collocata su un piano non paritario, il contraddittorio assume una tonalità non soltanto collaborativa, quanto in primo luogo difensiva. Apprezzabile, appare, quindi, il fatto che gli interessati abbiano la possibilità di esprimere le proprie difese non soltanto a valle della contestazione formulata dai Servizi competenti, ma debbano essere notiziati della proposta di sanzione, onde poter presentare al riguardo le

Sanzioni e Liquidazioni, come previsto dall'art. 24-bis, lett. e), trasmettere al Direttorio integrato o ai soggetti da questo delegati la proposta formulata dal Collegio di garanzia corredata, ove previsto, dalla relazione di cui all'art. 24, comma 1, lettera i) o lettera j).

12. Cfr. sentenza n. 18640 del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

13. Il riferimento è, in particolare, alle pronunce gemelle del Consiglio di Stato, n. 1595 e 1596 del 2015, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 511 ss., con commento di B. Raganelli, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, a proposito del previgente Regolamento sul procedimento sanzionatorio Consob, del 21 giugno 2005, n. 15086, annullato *in parte qua*, laddove non prevedeva la possibilità di controdeduzioni dell'interessato alla relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione. Sul punto, tra gli altri, cfr. B. Raganelli, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 512 ss.

proprie deduzioni al Servizio Sanzioni e Liquidazioni e, infine, le proprie osservazioni al Direttorio.

Invero, la Corte EDU sceverando all'interno della più ampia categoria di "accusa penale", ha distinto puntualmente tra un diritto penale in senso stretto ("*hard core of criminal law*") e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale, stabilendo per quest'ultima classe di ipotesi che non tutte le garanzie di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase processuale, che tuttavia deve avere i caratteri della *full jurisdiction*<sup>14</sup>.

Il nostro ordinamento (non diversamente dagli ordinamenti di molti altri Stati membri) ha, quindi legittimamente, scelto di strutturare, in linea generale, i procedimenti di irrogazione delle sanzioni amministrative senza assicurare le garanzie del giusto processo.

Cionondimeno, nell'ambito di un procedimento, qual è, tra gli altri, quello in esame, volti all'irrogazione di sanzioni di carattere assimilabile a quello penale, si impone un concetto più stringente di contraddittorio, volto ad imporre, in un'ottica difensiva, l'introduzione di garanzie ulteriori. Trova coerente collocazione, dunque, la disciplina di settore, che giustappunto consente la difesa in favore dell'interessato in modo da poter interagire con l'"accusa" in tutte le fasi del procedimento, secondo modalità destinate a connotare in termini più dialettici il procedimento e a trasformarlo da procedimento inquisitorio a procedimento accusatorio, in cui l'interessato deve avere, in particolare, la possibilità di conoscere la proposta del Servizio Sanzioni e Liquidazioni e di replicare prima che il Direttorio decida<sup>15</sup>.

14. Su questa nozione, si veda ancora l'arresto *Grande Stevens*, § 139, ove ulteriori riferimenti.

15. Cfr., *mutatis mutandis*, la già richiamata decisione del Consiglio di Stato 1596/2015, § 29.

# TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA E DIRITTO SANZIONATORIO IN MATERIA BANCARIA A SEGUITO DEL REGOLAMENTO SSM

RAFFAELE D'AMBROSIO\*

SOMMARIO: 1. La cornice normativa europea: la Comunicazione della Commissione del 2010 e le norme sanzionatorie contenute nel plesso normativo CRR/CRD – 2. Alcuni aspetti problematici della loro trasposizione nel TUB: a) le sanzioni alle persone fisiche; b) la tecnica di individuazione del precetto; c) la distinzione tra provvedimenti di vigilanza, misure amministrative e sanzioni – 3. Il procedimento di irrogazione delle sanzioni in ambito SSM: riparto di competenze, procedimento e tutela dei diritti della difesa – 4. La tutela giurisdizionale riguardo all'applicazione delle sanzioni – 5. Alcune considerazioni conclusive.

## **1. La cornice normativa europea: la Comunicazione della Commissione del 2010 e le norme sanzionatorie contenute nel plesso normativo CRR/CRD**

La necessità di rafforzare il complesso degli strumenti sanzionatori dell'Unione in materia bancaria e finanziaria risale alla Comunicazione della Commissione del 2010<sup>1</sup>. Quest'ultima rileva divergenze e debolezze nei sistemi sanzionatori dei Paesi membri, ne lamenta gli effetti distorsivi sull'efficacia della vigilanza, sulla tutela dei consumatori e sulla concorrenza, suggerisce le iniziative da intraprendere per porvi rimedio.

Lungo le linee tracciate da detta comunicazione vengono congegnati i principali plessi normativi sanzionatori nel settore dei mercati finanziari. Molti degli atti legislativi dell'Unione successivi alla comunicazione seguono i suggerimenti in essa contenuti, indicando ai legislatori nazionali le condotte meritevoli di sanzione e le forme di reazione alle violazioni così individuate. In altri casi il diritto

\* L'Autore è avvocato presso la Consulenza legale della Banca d'Italia. Le opinioni espresse sono proprie dell'Autore e non sono riferibili all'Istituto di appartenenza.

1. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni n. 12/2010 dell'8 dicembre 2010, COM(2010) 716 definitivo, *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*.

dell'Unione rimette al legislatore nazionale il compito di prevedere sanzioni adeguate per la violazione di precetti contenuti in regolamenti dell'Unione o in norme nazionali traspositive di direttive.

In sintesi, il plesso normativo CRD/CRR (come anche quello MiFID/MiFIR) segue in buona sostanza le indicazioni in essa contenute, pur non giungendo ad individuare (come invece avviene per il plesso normativo MAD/MAR) criteri puntuali, per distinguere tra fattispecie sanzionatorie penali e amministrative, compito lasciato, invece, al legislatore nazionale.

Più generiche sono invece le indicazioni contenute in altri atti legislativi dell'Unione in materia, ad esempio, di gestioni collettive del risparmio, vendite allo scoperto<sup>2</sup> e offerte pubbliche d'acquisto<sup>3</sup>, per menzionarne solo alcuni. La tecnica legislativa seguita in tali casi spazia dal mero rinvio alla legge nazionale a suggerimenti meno generici che non arrivano però mai alla indicazione precisa delle *key provisions* meritevoli di sanzione e all'individuazione delle misure e/o sanzioni applicabili.

La CRD prevede: quali precetti devono essere sanzionati dai legislatori nazionali (*key provisions*)<sup>4</sup>; quali sanzioni e misure amministrative devono essere incluse nel set minimo disponibile alle autorità di vigilanza<sup>5</sup>; a quali soggetti vanno applicate<sup>6</sup>; quali criteri devono essere seguiti nella scelta tra le singole misure e/o sanzioni e nella determinazione dell'importo delle sanzioni pecuniarie<sup>7</sup>; quali criteri presiedono alla pubblicazione delle sanzioni<sup>8</sup>.

2. Cfr. l'art. 41(1) del Regolamento (UE) n. 236/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2012 relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap).

3. Cfr. l'art. 17 della Direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto.

4. Gli artt. 66 e 67 CRD prevedono sanzioni e misure amministrative per la violazione di norme della CRR e di norme nazionali attuative della CRD, in materia di requisiti prudenziali, qualitativi (*ratios* patrimoniali) e quantitativi (*governance*, organizzazione e controlli interni), delle banche e delle imprese di investimento.

5. I medesimi art. 66 e 67 della CRD prevedono poi anche una serie di sanzioni e misure amministrative da applicare a fronte di violazioni delle *key provisions*. Detti articoli non specificano quali tra gli strumenti da essi elencati sono da qualificarsi sanzioni e quali misure amministrative, lasciando tale compito ai legislatori nazionali.

6. Il paragrafo 2 dell'art. 65 CRD prevede che: "Gli Stati membri assicurano che, quando gli obblighi di cui al paragrafo 1 si applicano a enti, società di partecipazione finanziaria e società di partecipazione finanziaria mista in caso di violazione delle disposizioni nazionali di recepimento della presente Direttiva o del Regolamento (UE) n. 575/2013, le sanzioni possano essere applicate, alle condizioni previste dal diritto nazionale, ai membri dell'organo di gestione e ad altre persone fisiche responsabili della violazione a norma del diritto nazionale".

7. Detti criteri sono elencati nell'art. 70 CRD.

8. Cfr. l'art. 68 della CRD.



Quanto alla tutela giurisdizionale la CRD si limita a prevedere il diritto al ricorso avverso le decisioni dell'autorità, a prescindere dalla loro qualificazione quali provvedimenti di vigilanza, misure amministrative o sanzioni in senso stretto<sup>9</sup>, senza precisare però il tipo di sindacato giurisdizionale (se di sola legittimità o anche pieno) cui debbano essere sottoposte le sanzioni amministrative pecuniarie.

La proposta di CRDVI prevede alcune importanti modifiche al regime sanzionatorio in materia bancaria<sup>10</sup>.

In particolare, prevede l'introduzione (nuovo testo degli artt. 66 e 67), in aggiunta alle sanzioni in senso stretto e alle misure amministrative (che sono ora specificamente ricondotte alla categoria di rispettiva appartenenza, sollevando il legislatore nazionale dal compito di qualificare i singoli strumenti quali misure o sanzioni), le cc.dd. sanzioni per la reiterazione dell'inadempimento. La qualificazione di queste ultime era prima dubbia, non essendo sempre chiaro se esse avessero una finalità ripristinatoria e pertanto riconducibili al novero delle misure ovvero punitiva e pertanto riconducibili a quello delle sanzioni.

Inoltre, la proposta introduce "garanzie procedurali per l'applicazione efficace delle sanzioni, in particolare in caso di cumulo di sanzioni amministrative e penali per la medesima violazione. A tal fine l'art. 70 della CRD è modificato per disporre che gli Stati membri siano tenuti a stabilire norme riguardanti la cooperazione tra le autorità competenti e le autorità giudiziarie in caso di duplicazione di procedimenti e sanzioni penali e amministrativi relativi alla medesima violazione... intese a garantire alla persona fisica o giuridica sottoposta a tale duplicazione di procedimenti un livello di protezione sufficiente, conformemente al "principio *ne bis in idem*"<sup>11</sup>. Si prevede che (art. 70, par. 3) che "la severità di tutte le sanzioni e le altre misure amministrative imposte in caso di cumulo di procedimenti amministrativi e penali è limitata a quanto necessario alla luce della gravità della violazione in questione".

9. Cfr. l'art. 72 della CRD.

10. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2013/36/UE per quanto riguarda i poteri di vigilanza, le sanzioni, le succursali di paesi terzi e i rischi ambientali, sociali e di *governance*, e che modifica la Direttiva 2014/59/UE (COM(2021) 663 final).

11. *Explanatory memorandum*, 20-21.

## 2. Alcuni aspetti problematici della loro trasposizione nel TUB: a) le sanzioni alle persone fisiche; b) la tecnica di individuazione del precatto; c) la distinzione tra provvedimenti di vigilanza, misure amministrative e sanzioni

a) Nel recepire la CRD, il TUB prevede ora, ribaltando l'impostazione anteriormente seguita, la responsabilità, innanzitutto, degli intermediari vigilati e, solo in seconda battuta, anche quella dei relativi esponenti, subordinatamente al ricorrere di determinati presupposti. Il recepimento di questo nuovo modello nelle legislazioni bancarie nazionali risente delle specificità nazionali.

L'art. 144-ter del TUB stabilisce che, *“Fermo restando quanto previsto per le società e gli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni, per l'inosservanza delle norme richiamate dall'articolo 144, comma 1, lettera a), si applica la sanzione amministrativa pecuniaria”* nei confronti di esponenti e dipendenti quando ricorrono talune condizioni. La norma si presta a una duplice interpretazione.

Per una prima interpretazione, l'art. cit., nel prevedere la sanzionabilità delle persone fisiche alle condizioni indicate, intende far salvo *“quanto previsto”* in merito alla sanzionabilità degli enti creditizi, stabilendo semplicemente una relazione tra norme. Tale clausola di salvaguardia consentirebbe alla Banca d'Italia di applicare, al ricorrere dei relativi presupposti, le sanzioni all'ente vigilato e/o ai suoi esponenti aziendali, senza che l'avvio (o l'eventuale conclusione) di una delle due procedure sanzionatorie costituisca necessario presupposto per l'altra.

Per una diversa interpretazione, il riferimento letterale, nell'*incipit* dell'art. 144-ter, a *“violazioni”* che siano *“accertate”* a carico dell'ente potrebbe indurre a enfatizzare la circostanza che la sanzione alla persona fisica sia subordinata al previo accertamento di una violazione in capo alla banca, deducendone eventualmente anche la condizione che per tale violazione l'ente sia sottoposto a sanzione.

La giurisprudenza finora formatasi con riferimento all'analogia disposizione contenuta nell'art. 190-bis del TUF sembra aderire alla prima interpretazione, valutando autonomamente e indipendentemente i presupposti per l'irrogazione delle sanzioni alla persona giuridica e alle persone fisiche responsabili delle violazioni<sup>12</sup>.

L'individuazione delle persone fisiche destinatarie della sanzione è operata secondo un criterio sostanziale, avallato già dalla giurisprudenza formatasi nel vigore delle norme previgenti, includendovi coloro che svolgano, anche di fatto, funzioni amministrative e di controllo presso i soggetti vigilati.

12. Cfr. Corte d'Appello di Bari, sentenza del 2 settembre 2019, n. 1856, relativa a sanzioni CONSOB irrogate alla Banca Popolare di Bari nonché a suoi esponenti e dipendenti ai sensi dell'art. 190-bis TUF, norma contenente una clausola di salvaguardia analoga a quella di cui all'art. 144-ter TUB.

**b)** La tecnica di individuazione del precetto meritevole di sanzione, di regola tramite rinvio a fonti sotto ordinate della Banca d'Italia, ha sollevato dubbi circa il rispetto del principio di legalità, fugati, tuttavia, dalla Corte di cassazione sulla scorta dell'insegnamento della Corte costituzionale.

Ciò in base all'assunto che il principio di stretta legalità (art. 25, co. 2, Cost.), inteso come tipicità e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, si riferisce alla sola materia penale e non si estende all'illecito amministrativo, soggetto a differenti parametri costituzionali. Così la Corte costituzionale<sup>13</sup>, in ragione delle "importanti diversità che esistono tra le due categorie di illecito"<sup>14</sup>.

Alle sanzioni amministrative trova, invece, applicazione l'art. 23 Cost., che prevede una riserva relativa, la quale non esige che la prestazione sia imposta "per legge" (da cui risultino espressamente individuati tutti i presupposti e gli elementi), ma richiede solo che essa sia istituita "in base alla legge"<sup>15</sup>.

La citata riserva relativa "deve ritenersi rispettata anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione (...), purché la concreta entità della prestazione imposta sia chiaramente desumibile dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione"<sup>16</sup> ed "è soddisfatta purché la legge (...) stabilisca gli elementi fondamentali dell'imposizione, anche se demanda a fonti secondarie o al potere dell'amministrazione la specificazione e l'integrazione di tale disciplina"<sup>17</sup>.

Coerentemente, la Corte di Cassazione<sup>18</sup> ha spiegato che il principio di tipicità dei procedimenti sanzionatori amministrativi – sancito dalla legge ordinaria n. 689/1981 – è legittimamente derogabile da disposizioni di pari forza e grado, quali le norme dettate dal TUB, che derogano perciò legittimamente all'art. 1 della l. 689/1981, laddove attribuiscono all'autorità di vigilanza la facoltà di integrare la disciplina sanzionatoria primaria con l'adozione di provvedimenti di natura secondaria; e ha sancito la conformità al principio di tipicità e riserva di legge sia delle sanzioni *ex art. 144 TUB*, laddove esso rinvia, tra l'altro, all'art. 53 del medesimo testo unico<sup>19</sup>, sia delle sanzioni previste dalle corrispondenti norme del TUF che ricalcano la stessa tecnica di individuazione del precetto del citato art. 144 TUB<sup>20</sup>.

13. Cfr. Corte Cost., ord. n. 150/2002, sent. n. 356/1995, sent. n. 159/1994, ord. n. 250/1992, ord. n. 541/1988, sent. n. 447/1938, sent. n. 100/1981.

14. Corte Cost., ord. n. 420/1987.

15. Corte Cost., sent. nn. 90/1994, 236/1994, 180/1996.

16. Corte Cost., sent. n. 190/2007.

17. Corte Cost., sent. n. 435/2001.

18. Cfr. S.U., sentenza 30 settembre 2009, n. 20933.

19. Cass., sez. II, 16 ottobre 2014 n. 21952 che richiama Cass., sez. I, 23 marzo 2004 n. 5743.

20. Cfr. Cass., sez. I, 2 marzo 2016 n. 4114.

Tale schema ha subito rilevanti mutamenti a seguito dell'introduzione delle ESAs e la possibilità per dette agenzie dell'Unione di proporre alla Commissione l'adozione di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione specificative di disposizioni contenute nel plesso normativo CRD/CRR.

Cosicché l'individuazione delle norme meritevoli di sanzione amministrativa è destinato ad espandersi e passa sempre più dall'esame delle disposizioni dell'Unione di terzo livello che da quello delle disposizioni secondarie delle autorità nazionali di vigilanza.

c) L'analisi delle misure sanzionatorie in senso lato previste dal TUB pone un problema definitorio di individuazione dei criteri da utilizzare per distinguere tra: provvedimenti di vigilanza da un lato e misure amministrative e sanzioni dall'altro (il criterio è individuato dalla Direttiva nella previa violazione di un precetto); tra misure e sanzioni amministrative (il criterio, dapprima legato alla qualificazione contenuta nella legge nazionale, sembra ora, per giurisprudenza della CGUE, diventare finalistico (finalità ripristinatoria o punitiva); tra sanzioni amministrative e sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali (criteri *Engels*).

La distinzione tra misure e sanzioni da un lato e provvedimenti di vigilanza dall'altro, trova un appiglio letterale nel disposto dell'art. 65(1) CRD, che accomuna le prime per il fatto di configurarsi quali risposte a una violazione. Ne consegue che, laddove non vi sia una previa violazione, ma semplicemente l'imposizione di un requisito (prudenziale, comportamentale o informativo), ritenuto dall'autorità di vigilanza più rispondente alla situazione concreta, si ha un provvedimento di vigilanza e non una sanzione o misura amministrativa.

La questione è, però, più complessa. Infatti, i provvedimenti di Pillar 2 possono essere adottati non solo a seguito di SREP o della previsione di una violazione (nel qual caso ne va esclusa la natura sanzionatoria), ma anche in caso di violazione di norme prudenziali (caso in cui, invece, lo strumento si configura quale sanzione).

L'irrelevanza di una precedente violazione ai fini dell'adozione di un determinato strumento a disposizione dell'autorità di vigilanza è poi uno dei criteri, unitamente alla finalità di preservare la sana e prudente gestione della banca, che porta a considerare la rimozione di uno o più esponenti aziendali *ex art. 53-bis*, co. 1, lett. e), TUB ("*removal*") quale provvedimento di vigilanza e a distinguerlo dalla dichiarazione di decadenza degli esponenti aziendali *ex art. 26* TUB da un lato (ascrivibile alle misure amministrative, quanto meno nel caso in cui venga disposta per violazione dei limiti al cumulo degli incarichi) e dalla interdizione dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso i soggetti autorizzati dall'altro (espressamente qualifica-

to, come visto, dall'art. 144-ter, comma 3, TUB quale sanzione accessoria)<sup>21</sup>. Il Consiglio di Stato ha, più di recente, escluso la natura sanzionatoria anche del *removal* c.d. collettivo, qualificandola più appropriatamente quale misura di *early intervention*<sup>22</sup>.

La distinzione tra misure e sanzioni amministrative, individuata dalla giurisprudenza della CGUE<sup>23</sup> nella finalità ripristinatoria o punitiva e già seguita per le sanzioni/misure irrogate ai sensi del Regolamento sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione<sup>24</sup>, trova, innanzitutto, applicazione alle forme di reazione a precedenti violazioni previste da norme dell'Unione direttamente applicabili e, quindi, a quelle adottate dalla BCE nei confronti delle banche significative.

Fuori dei casi di diritto dell'Unione direttamente applicabile, la distinzione tra sanzioni e misure amministrative, affidata tradizionalmente al legislatore nazionale (il TUB ha qualificato espressamente come sanzione l'ordine di porre termine alle violazioni – l'art. 144-bis – che, avendo una funzione ripristinatoria, rientrerebbe, più correttamente, tra le misure amministrative) è ora affare della CGUE. Quest'ultima ha, infatti, recentemente qualificato l'addebito di interessi previsto dalla legge bancaria austriaca (l'art. 97, co. 1, punto 4, del BWG) come misura amministrativa ai sensi dell'art. 65(1) CRD<sup>25</sup>. Pur non essendo riconducibile a nessuno degli strumenti espressamente menzionati dall'art. 67(2) CRD, la Corte ha ritenuto che l'addebito di interessi previsto dal BWG rientrasse tra gli strumenti previsti dal diritto nazionale in attuazione di tale norma.

La sentenza prefigura la possibilità che la Corte possa riqualificare quale misura o quale sanzione amministrativa qualunque strumento introdotto dal diritto nazionale traspositivo dell'art. 67(2) CRD ancorché non riconducibile a quelli espressamente elencati nelle cennate disposizioni e, soprattutto, a prescindere dalla qualificazione adottata dai legislatori nazionali<sup>26</sup>.

21. TAR Lazio, sez. II-bis, n. 8867 del 7 agosto 2018.

22. Cons. st., sez. VI, sent. 654/2022 del 19 luglio 2022.

23. Cfr. le pronunce della Corte sulle cause riunite C-260/14 e C-261/14, *Județul Neamț e Județul Bacău*, §§ 47-51, e sulla causa C-489/10, *Bonda*, § 40, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), nonché la pronuncia sulla causa C-210/00, *Kaserei Champignon Hofmeister*, § 41, in Racc. giur. C. giust., 2002 I-06453.

24. Regolamento del Consiglio n. 2988/95 del 18 dicembre 1995 sulla protezione degli interessi finanziari delle comunità europee.

25. La sentenza, che decide la causa C-52/17, *VTB Bank*, è pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) della giurisprudenza della CGUE. La Corte qualifica lo strumento previsto dal legislatore nazionale quale misura amministrativa in applicazione dei criteri da essa già seguiti in materia di sanzioni/misure irrogate ai sensi del Regolamento sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione: cfr. i §§ 40-42 della decisione.

26. Il problema non è sfuggito al rapporto della Commissione sull'SSM del 2017. Si veda al riguardo la relazione dello staff, SWD(2017) 336 final, 46.

A rischio è la qualificazione del nostro *cease and desist order* quale sanzione anziché quale misura, vista la sua natura prettamente ripristinatoria, anche se la proposta di CRDVI risolve formalmente il problema, in quanto include ora espressamente detto strumento tra le misure.

La necessità di procedere a tali distinzioni deriva dal fatto esse hanno una ricaduta rilevante (se non sull'individuazione dell'autorità, giurisdizionale o amministrativa, competente ad irrogarle, caso prospettato dinanzi alla Corte costituzionale austriaca e risolto nel seno della competenza della FMA ad applicare le sanzioni previste dalla CRD<sup>27</sup>), sul novero delle garanzie procedurali riservate ai destinatari dei diversi tipi di provvedimento.

Si assiste, infatti, a un progressivo accrescimento della tutela dei destinatari dell'atto, man mano che si passa dai procedimenti di vigilanza in senso stretto a quelli volti all'applicazione delle misure e delle sanzioni amministrative pecuniarie, fino ad arrivare alle sanzioni formalmente amministrative ma ritenute dalla giurisprudenza sostanzialmente penali.

Le autorità di vigilanza hanno in alcuni casi (ma ad oggi la Banca d'Italia non ne dispone) anche il potere di applicare penalità di mora (PPP), per punire una violazione continuata o per costringere un soggetto vigilato a conformarsi a una decisione di vigilanza. Non è chiaro se le PPP debbano essere considerate misure o sanzioni amministrative.

Una soluzione potrebbe essere quella di considerarle misure amministrative, se adottate per costringere il destinatario a conformarsi a una decisione di vigilanza, ovvero sanzioni amministrative, se adottate allo scopo di punire il trasgressore che ha commesso una violazione continuata.

Per quanto riguarda le PPP applicate dalla BCE, ai sensi dell'art. 1, punto 6, del Reg. 2532/98, modificato dal Reg. 2015/159<sup>28</sup>, "per 'penalità di mora' si intendono le somme di denaro che, in caso di continuazione dell'infrazione, un'impresa è tenuta a pagare a titolo di sanzione o al fine di costringere le persone interessate a conformarsi ai regolamenti e alle decisioni di vigilanza della BCE". Alla luce di quanto sopra, le PPP potrebbero essere considerate alternativamente come misure o sanzioni a seconda del loro scopo. Con l'avvertenza, tuttavia, che il medesimo articolo configura, poco dopo (punto 7), le penalità di mora – sebbene ai fini dell'applicazione del citato regolamento – in ogni caso come sanzioni, introducendo così ulteriori elementi di complessità alla qualificazione giuridica delle stesse.

27. VfGH, 13 dicembre 2017, cause riunite 408/2016, G 412/2016, G 2/2017, G 21/2017, G 54/2017.

28. Norma che prevale (cfr. il considerando 6 del Reg. 2015/159 cit.) sull'art. 129, par. 1, del Reg. che considera le PPP solo come misure amministrative.

Il testo degli artt. 66 e 67 di cui alla proposta di CRDVI complica la situazione in quanto qualifica detti strumenti come sanzioni per la reiterazione dell' inadempimento.

### **3. Il procedimento di irrogazione delle sanzioni in ambito SSM: riparto di competenze, procedimento e tutela dei diritti della difesa**

a) Preliminare all'analisi del procedimento di irrogazione delle sanzioni e delle garanzie assicurate ai destinatari di esse (oltre che a quella della relativa tutela giurisdizionale) è l'esame del nuovo assetto di competenze delineatosi a seguito del Reg. SSM.

Secondo l'art. 18 Reg. SSM la BCE è competente ad applicare sanzioni pecuniarie alle banche significative, in caso di violazioni di norme del diritto dell'Unione direttamente applicabili (CRR), nonché a tutte le banche, in caso di violazioni di propri regolamenti e decisioni.

La Banca d'Italia è competente, invece, ad applicare sanzioni alle banche meno significative e anche alle banche significative, ma per violazioni colpite da sanzioni non pecuniarie o violazioni del diritto nazionale o ancora violazioni imputate ai relativi esponenti.

Quanto alle banche significative, la Banca d'Italia può attivare la procedura sanzionatoria solo su richiesta della BCE, ai sensi dell'art. 18(5) Reg. SSM (cfr. anche l'art. 134 del Reg. quadro della BCE e gli artt. 6-bis, co. 3, e 144-septies, TUB).

Sebbene non incluse nel novero dei casi di cui all'art. 134 del Reg. quadro, la competenza della Banca d'Italia ad irrogare sanzioni in materia di *licensing* e *qualifying holdings* dovrebbe essere sempre "ancorata" a una previa richiesta della BCE ai sensi dell'art. 18(5) Reg. SSM, a prescindere dalla natura significativa o meno significativa della banca interessata.

b) L'art. 18(5) Reg. SSM prevede che la BCE può richiedere alla Banca d'Italia di "avviare procedimenti volti a intervenire per assicurare che siano imposte sanzioni appropriate". Se ne ricava che la Banca d'Italia non deve necessariamente attivare la procedura sanzionatoria ma che deve piuttosto prendere le iniziative necessarie per valutarne l'attivazione<sup>29</sup>.

Ove i fatti individuati dalla BCE nella richiesta *ex art.* 18(5) cit. non siano sufficienti – già nella loro materialità – ad integrare la fattispecie sanzionatoria, si pone il problema se la Banca d'Italia debba chiedere alla BCE di integrare l'i-

29. Arg. anche dal considerando 36, in fine, Reg. SSM.

istruttoria su detti fatti o possa procedere direttamente a tale integrazione. In tale secondo caso, la domanda successiva è in base a quali poteri, visto che la vigilanza sulle banche significative è attribuita dal Reg. SSM alla BCE.

Dubbio è se possa invocarsi l'art. 6(5), secondo *sub*-paragrafo, Reg. SSM, che consente alle NCAs di esercitare poteri investigativi nei confronti di tutte le banche ovvero lo stesso art. 18(5) laddove indica quale oggetto della richiesta BCE quello di “avviare procedimenti volti a intervenire per assicurare che siano imposte sanzioni appropriate”, espressione sufficientemente ampia da includervi il potere di disporre integrazioni di istruttoria.

In alcuni ordinamenti il potere della NCA di procedere a una istruttoria autonoma dei fatti suscettibili di sanzione è addirittura necessario, per garantire all'interessato garanzie analoghe a quelle previste in sede di indagini penali (è il caso della BaFin, che deve rispettare l'*OWiG-Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*)<sup>30</sup>.

Tuttavia, anche ammesso che la fattispecie sia completa nella sua connotazione oggettiva, essa potrebbe non configurare una violazione di una norma nazionale, oppure potrebbe darsi che la violazione non sia imputabile agli esponenti della banca nei confronti dei quali la BCE richiede l'attivazione della procedura, perché non ne ricorrono i presupposti.

c) Il termine per la notifica degli addebiti decorre ai sensi dell'art. 14, co. 2, l. 689/1981 dal momento in cui la Banca d'Italia (autorità competente ad irrogare la sanzione) accerta la violazione.

L'accertamento – come riconosciuto anche dai giudici nazionali<sup>31</sup> – presenta elementi di complessità aggiuntivi rispetto alla normalità dei casi, per la novità della materia e la lingua (l'inglese) in cui è redatto l'accertamento del fatto. Quest'ultimo non rileva, però, per la decorrenza del termine di notifica della contestazione (giurisprudenza consolidata).

Il Reg. SSM e il Reg. quadro non indicano nessun termine per l'inoltro della richiesta BCE alla Banca d'Italia *ex* art. 18(5) Reg. SSM. Ciò potrebbe riflettersi sulla legittimità della procedura sanzionatoria nazionale in relazione a un'eventuale violazione del diritto di difesa, che verrebbe leso, nel caso in cui trascorra un lasso di tempo irragionevolmente lungo tra l'accertamento dei fatti e l'attivazione della procedura, rendendo difficoltoso per il sanzionando procurarsi i mezzi di prova a discolpa.

30. Cfr. l'art. 46 dell'*OWiG*.

31. Per un esame accurato delle diverse questioni emerse nell'ambito dei procedimenti sanzionatori attivati dalla Banca d'Italia a seguito di una richiesta BCE *ex* art. 18(5) Reg. MVU cfr. Corte app. Roma n. 7062 del 9 novembre 2018, la prima in materia.



Il principio di buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali) dovrebbe far sì che la BCE si faccia carico del buon fine anche della fase nazionale che segue a una sua richiesta *ex art. 18(5) Reg. SSM*.

**d)** La giurisprudenza europea e nazionale richiede la separazione nell'ambito del procedimento sanzionatorio tra fase istruttoria e fase decisoria e il rispetto delle garanzie procedurali in entrambe le fasi. La disciplina di detto procedimento dettata da un lato dalla BCE e dall'altro dalla Banca d'Italia segue tali indicazioni, ma la prima solo per alcuni aspetti, lasciando aperti alcuni problemi.

Secondo la citata giurisprudenza lacune nel set di garanzie nella fase procedimentale amministrativa possono essere tollerate solo se queste sono poi "recuperate" nella fase giurisdizionale dinanzi a un giudice con giurisdizione piena in udienza pubblica<sup>32</sup>.

Senza voler entrare nel merito delle singole norme procedurali, va osservato che le disposizioni della Banca d'Italia<sup>33</sup>, oltre a distinguere tra fase istruttoria e decisoria, prevedono senza eccezioni il pieno esercizio del *right to be heard* in entrambe le fasi senza limitazione alcuna. Non è prevista l'udienza pubblica, ma a ciò sopperisce la fase giurisdizionale.

La Corte di Cassazione esclude per i procedimenti sanzionatori in materia bancaria e finanziaria la rilevanza del superamento di qualsivoglia altro termine che non sia quello quinquennale di prescrizione della pretesa punitiva, stabilito dall'art. 28 l. 689/1981. Il costante orientamento dei giudici di legittimità – avvalorato da Cass. SS.UU., 30 settembre 2009, n. 20935 – ritiene inconciliabile l'art. 2 l. 241/1990 con la disciplina delle sanzioni amministrative, la quale si pone in rapporto di specialità rispetto a quella generale dei procedimenti amministrativi.

**e)** Il procedimento sanzionatorio BCE prevede anch'esso la distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie (artt. 125 ss. Reg. quadro), ma, a differenza della disciplina dettata dalla Banca d'Italia, non contempla una completa tutela del *right to be heard* nella fase decisoria (limitandolo ai soli casi in cui ci sia una diversa qualificazione giuridica del fatto o una diversa base fattuale (art. 127(7) Reg. quadro). Anche per l'applicazione delle sanzioni BCE, come già per quelle applicate dalla Banca d'Italia, non è prevista l'udienza pubblica, ma a ciò non sopperisce (quanto meno non sempre) la fase giurisdizionale.

32. Corte EDU, caso *Grande Stevens* (ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10).

33. Disposizioni in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa adottate con provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012 e riviste nel maggio del 2016, in occasione del recepimento della Direttiva CRDIV e dell'avvio dell'SSM.

#### 4. La tutela giurisdizionale riguardo all'applicazione delle sanzioni

a) La tutela giurisdizionale avverso le sanzioni irrogate dalla BCE avviene dinanzi alla CGUE, che ha normalmente nei confronti degli atti delle Istituzioni e agenzie dell'Unione una giurisdizione di sola legittimità (art. 263 TFUE). La giurisdizione piena dev'essere invece espressamente prevista (art. 261 TFUE). Per la BCE ciò è previsto dall'art. 5 Reg. n. 2532/98.

Il rapporto tra l'art. 18 Reg. SSM e il citato art. 5 Reg. n. 2532/98 non è però chiaro. Per l'art. 18(4) Reg. SSM, la BCE deve applicare l'art. 18 in conformità alle norme procedurali contenute nel Reg. 2532/98 del Consiglio, solo se opportuno, ciò che la BCE ha escluso, in quanto ha dettato norme ad hoc nel Reg. quadro.

L'art. 18(7) Reg. SSM si riferisce all'intero Reg. 2532/98 cit., per quanto riguarda il potere della BCE di imporre sanzioni. Anche in questo caso, si potrebbe dubitare che fosse richiamato anche l'art. 5 Reg. 2532/98 sulla giurisdizione piena.

Secondo una diversa ricostruzione, il Reg. 2532/98, nella versione modificata dal Reg. 2015/159, menziona espressamente<sup>34</sup>, a differenza della versione originale, le ammende e le penalità di mora applicate dalla BCE in materia di vigilanza per la violazione di propri regolamenti e decisioni. Si può così sostenere che almeno queste sanzioni siano soggette alla giurisdizione piena della CGUE, senza che sia rilevante la disposizione di cui all'art. 18(7), Reg. SSM.

Il problema è invece ancora aperto per le sanzioni applicate dalla BCE ai sensi dell'art. 18(1) Reg. SSM.

Alla CGUE non è ancora stata posta la questione se e in che misura essa eserciti una giurisdizione piena sulle sanzioni della BCE, ciò che sarebbe in ogni caso conforme al principio di tutela effettiva. In mancanza di un chiarimento sul punto, per sopperire alla carenza di *full jurisdiction* alla Corte resterebbe il solo vaglio di proporzionalità.

La mancanza di chiarezza sull'ambito del sindacato di *full jurisdiction* pone problemi di disparità di trattamento tra le diverse fattispecie sanzionatorie (se ex art. 18(1) Reg. SSM o art. 4-bis Reg. 2532/98 nel testo modificato) e non può che avere riflessi sull'adeguatezza della tutela dei diritti della difesa in seno al procedimento previsto per l'irrogazione delle sanzioni dal Reg. quadro BCE.

Limitato ai profili di legittimità è il sindacato dell'ABoR sui provvedimenti, anche sanzionatori, della BCE<sup>35</sup>, che include però il controllo circa la conformità alle garanzie del giusto processo<sup>36</sup>.

34. Art. 4-bis.

35. Cfr. il considerando 64 e l'art. 24 Reg. SSM.

36. Cfr. il considerando 58 Reg. SSM.

b) Avverso i provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia in materia bancaria è ammesso, oltre al ricorso straordinario al Capo dello Stato e al reclamo al CICR, il ricorso al giudice ordinario e precisamente alla Corte d'appello di Roma. Con la sentenza che decide il giudizio, la Corte d'appello può rigettare l'opposizione o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione (giurisdizione piena). L'opposizione è trattata in udienza pubblica. Caratteristiche che pongono al riparo da eventuali censure circa il rispetto della giurisprudenza *Grande Stevens*.

## 5. Alcune considerazioni conclusive

In linea con i principi di Basilea le autorità di vigilanza guardano ai poteri sanzionatori con approccio non dissimile rispetto alla generalità dei poteri di vigilanza a esse attribuiti. Provvedimenti di vigilanza, misure amministrative e sanzioni sono, così, accomunate dal perseguimento degli obiettivi affidati alle loro cure. Con l'unica differenza, che, peraltro, tende a sfumare nella concreta azione di vigilanza, tra provvedimenti di vigilanza in senso stretto, volti ad adeguare i requisiti generali di stabilità al caso concreto, da un lato, e sanzioni e misure, volte, invece, a rimediare alla violazione di un requisito generale o particolare prefissati, dall'altro.

Diversa è, invece, l'ottica delle Corti. I poteri sanzionatori vengono, infatti, da esse riguardati sotto la lente dell'incidenza della loro adozione sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari incisi. Non sorprende, pertanto, in tale prospettiva, non solo, in generale, la progressiva estensione delle garanzie dei diritti fondamentali e del giusto processo alle persone giuridiche, ma anche, in particolare, la tendenziale equiparazione delle sanzioni amministrative a quelle penali, nella misura in cui le prime sono caratterizzate da una finalità punitiva invece che ripristinatoria ovvero si connotano per la loro particolare severità.

Le due prospettive conducono a ricostruzioni sistematiche divergenti della materia sanzionatoria. Nell'ottica delle autorità di vigilanza, l'enfasi viene incentrata sulla discrezionalità dell'azione sanzionatoria e sulla sua efficacia rispetto alle finalità e priorità dell'autorità. Nell'ottica delle Corti, invece, il rispetto rigoroso, già nella fase procedimentale amministrativa, dei diritti fondamentali in genere e di *due process* in particolare fa premio sull'efficacia dell'azione punitiva. La necessità di assicurare il diritto di difesa si riflette anche, nell'ottica delle Corti, su quegli aspetti del procedimento sanzionatorio, che non sono espressamente disciplinati o la cui disciplina può lasciar adito a dubbi interpretativi (si pensi alla giurisprudenza della CGUE sulla congruità del termine che deve intercorrere tra l'accertamento della violazione e la contestazione degli addebiti, pena la compro-

missione del diritto di difesa dell'interessato; come pure alla giurisprudenza della nostra Corte di cassazione sulla ragionevole durata dell'accertamento della violazione, al fine di non compromettere proprio il diritto di difesa).

La tensione tra le due diverse prospettive può trovare un equo componimento nell'attribuzione alle Corti della giurisdizione piena sulle sanzioni. Tale prospettiva, seguita dal nostro legislatore ma non (o non del tutto) da quello europeo con riguardo alle sanzioni BCE, consente, infatti, di sacrificare in parte sull'altare dell'efficienza e della discrezionalità amministrativa talune garanzie procedurali, a patto di recuperare la valenza nella fase giurisdizionale dinanzi a un giudice in grado di rivalutare appieno la legittimità e la congruità della pretesa sanzionatoria.

# L'EVOLUZIONE DEL MODELLO DI SANZIONE NEL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI E IL SUO VAGLIO GIURISDIZIONALE

SIMONE ALVARO, ALESSANDRA BIANCONI, CHIARA LIETO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'evoluzione del modello di sanzione nel diritto dei mercati finanziari – a) la sanzione è applicata dalla CONSOB – b) le norme che individuano le fattispecie sanzionatorie che configurano gli illeciti sono (quasi sempre) norme di origine europea o internazionale ed i criteri di determinazione della sanzione sono stati stabiliti dalla Direttiva CRD IV – c) La sanzione non è più esclusivamente pecuniaria – d) La sanzione non ha più natura (prevalentemente) retributiva, ma, sempre più spesso, preventiva, di deterrenza rispetto al ripetersi di determinate condotte – 3. L'evoluzione del procedimento sanzionatorio ed i suoi meccanismi di garanzia a tutela del diritto di difesa – 4. Gli strumenti difensivi a disposizione della parte – 5. La delibera sanzionatoria della CONSOB e il giudizio di opposizione – 6. La tutela giurisdizionale effettiva nell'interpretazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, della Corte di giustizia europea e della Corte costituzionale – 7. Illeciti amministrativi e illeciti penali in materia finanziaria: il tema del *ne bis in idem* processuale e sostanziale – 8. Il diritto al silenzio (*nemo tenetur se detegere*) nella interpretazione della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

## 1. Introduzione

Il diritto dei mercati finanziari prevede, accanto alle norme che disciplinano i mercati, una specifica disciplina dedicata al relativo apparato sanzionatorio che può essere concettualmente divisa in due distinte parti: le norme che individuano le fattispecie sanzionatorie che configurano gli *illeciti* del mercato finanziario e le norme che definiscono le modalità attraverso cui l'Autorità preposta a garantirne il rispetto esercita la propria *potestà sanzionatoria*.

Negli anni, all'interno del nostro Paese, entrambi questi due gruppi di norme hanno subito una profonda modificazione di cui occorre necessariamente dare conto nei due paragrafi che seguono per comprendere appieno come si è, di pari passo, evoluta anche la tutela giurisdizionale effettiva nel diritto sanzionatorio del settore finanziario.

\* Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB). Le opinioni espresse nello scritto riflettono esclusivamente le opinioni dei tre Autori e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza

## 2. L'evoluzione del modello di sanzione nel diritto dei mercati finanziari

In Italia il diritto dei mercati finanziari (e con esso il diritto sanzionatorio) nacque con la legge 7 giugno 1974, n. 216 la cui finalità – come si legge nella relazione governativa al d.d.l. di conversione del d.l. n. 95/1974 – fu quella di “restituire all’investimento azionario la fiducia dei risparmiatori” al fine di “riattivare il flusso degli investimenti nei settori produttivi particolarmente provati dalla congiuntura” economico e finanziaria dell’epoca.

La legge n. 216/1974 portò con sé due grandi novità: l’istituzione, per la prima volta nel nostro Paese, di un organo esterno alle società quotate di supervisione delle informazioni diffuse dalle società medesime (la CONSOB), nonché l’idea che il rafforzamento del mercato dipende non solo dalla quantità e qualità di dette informazioni, ma anche dalla organizzazione e dal funzionamento tecnico del mercato stesso<sup>1</sup>.

Tale legge vide la luce in un’epoca storica in cui si era in presenza (nel nostro Paese come in quasi tutto il mondo) di un modello di Stato centrale “forte” che accentrava in sé molte funzioni e che in sostanza governava anche l’economia.

Per questa ragione all’epoca della sua istituzione la CONSOB fu concepita come un organo dello Stato, incardinato presso il Ministero del Tesoro; le disposizioni da essa dettate in materia di borse valori [e di cui all’art. 1/3 lett. d), e) ed f) della legge 216/1974] dovevano, infatti, venire rese esecutive proprio dal Ministro per il Tesoro e, più in generale, i relativi atti erano direttamente imputabili allo Stato amministrazione<sup>2</sup>. Questo assetto è rimasto immutato per alcuni anni, ossia sino a quando alla CONSOB non fu riconosciuta dalla legge maggiore autonomia organizzativa, funzionale e contabile.

In ogni caso si può dire che sino al 1998, ossia sino al varo del Testo unico della finanza (d.l.gs. 28 febbraio 1998, n. 58)<sup>3</sup>, le sanzioni conseguenti alla violazione di norme del diritto dei mercati finanziari erano concepite come:

1. In questi termini P. Marchetti, *La regolamentazione delle società quotate*, in *Dall’Unità ai giorni nostri: 150 anni di borsa in Italia*, CONSOB, 2011, 61. Sull’argomento, per tutti, si vedano anche: G. Cottino, *La Commissione per le società e per la borsa: luci ed ombre della mini-riforma*, in *Giur. comm.*, 1974, 439; G. Minervini, *L’istituzione del “controllo pubblico” sulle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1974, 539.

2. Cfr. E. Galanti, R. D’Ambrosio e A.V. Guccione, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa*, Banca d’Italia, 2011, 197 ss.

3. Nel suo impianto originario del 1998 il TUF prevedeva che le sanzioni per le violazioni in materia di intermediari, mercati ed emittenti fossero irrogate dal Ministero dell’Economia e delle Finanze con decreto motivato emanato su proposta della CONSOB, formulata solo a seguito della contestazione degli addebiti e valutate le deduzioni presentate dai destinatari del procedimento (cfr. art. 195 del TUF all’epoca vigente). Alla CONSOB era attribuito il potere di applicare direttamente sanzioni amministrative limitatamente alle violazioni poste in essere dalle società

- sanzioni applicate dallo Stato centrale, ossia dal Ministero del Tesoro (seppur su proposta della CONSOB);
- sanzioni derivanti dalla violazione di una legge nazionale ed i cui criteri di determinazione erano governati da una legge generale dello Stato, ossia la legge 689 del 1981 (il cui art. 11 evocava l'art. 133 c.p.), che disciplina qualsiasi tipo di illecito amministrativo: dalle violazioni al codice della strada, alle sanzioni fiscali, fino, appunto, alle sanzioni in materia finanziaria;
- sanzioni quasi esclusivamente di natura pecuniaria e di valore non elevatissimo, quasi sempre individuate in una forbice ricompresa tra un minimo e un massimo;
- sanzioni aventi natura retributiva e, da questo punto di vista, concettualmente assimilabili a quelle irrogate in ambito penale.

Il modello di sanzione e lo stesso concetto di sanzione nei mercati finanziari si sono notevolmente evoluti nel tempo dal 1998 sino ai giorni nostri<sup>4</sup>.

Tant'è che oggi:

- a. la sanzione è applicata dalla CONSOB;
- b. le norme che individuano le fattispecie sanzionatorie che configurano gli *illeciti* del mercato finanziario spesso non sono norme nazionali ed i criteri di determinazione della sanzione sono stabiliti da una direttiva europea (la Direttiva n. 2013/36/UE attuata in Italia con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 – Direttiva CRD IV);

di revisione e dai promotori finanziari (cfr. l'art. 196 del TUF all'epoca vigente). Per la gran parte delle violazioni, dunque, l'*iter* di applicazione delle sanzioni contemplava un riparto di competenze tra un soggetto tecnico preposto allo svolgimento della fase istruttoria e uno politico, deputato all'assunzione della decisione. In concomitanza con l'ampliamento delle attribuzioni della CONSOB sul versante sia della vigilanza sia dell'*enforcement*, l'art. 9 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (c.d. Legge Comunitaria per il 2004) ha accentratato la potestà sanzionatoria in capo all'Autorità di Vigilanza, a cui è stata devoluta la competenza per l'irrogazione delle sanzioni amministrative nei settori dalla stessa vigilati. Tale legge ha introdotto sia un nuovo testo dell'art. 195 del TUF (che ha attribuito alla CONSOB il potere di applicare direttamente tutte le sanzioni contemplate dal TUF), sia i principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie all'interno del procedimento sanzionatorio. Successivamente la CONSOB, con delibera n. 15086 del 21 giugno 2005, ha dettato disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e ha istituito l'Ufficio Sanzioni Amministrative.

4. In generale sull'emergere nel tempo di una "nuova generazione" di sanzioni amministrative (soprattutto in materia bancaria e creditizia, di mercati finanziari e di concorrenza) si vedano: F. Mazzacupa, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017; F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2020, 1175 ss.

- c. la sanzione non è più esclusivamente di natura pecuniaria;
- d. la sanzione non ha più finalità (prevalentemente) retributiva, ma ha sempre più spesso una funzione preventiva di deterrenza rispetto al ripetersi di determinate condotte.

Per comprendere questa evoluzione vale la pena ricordare, in modo molto sintetico, i fattori economici e politici che hanno mutato il contesto giuridico di riferimento. Nel fare ciò si cercherà di seguire la quadripartizione sopra compiuta.

### *a) la sanzione è applicata dalla CONSOB*

A partire dai primi anni '90 del secolo scorso, dopo la caduta dei regimi dell'Est e la crisi del socialismo reale e, con essa, dell'idea dello Stato produttore in grado di garantire benessere, iniziò il periodo delle c.d. privatizzazioni caratterizzato dalla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni nonché dalla vendita delle imprese pubbliche ai privati<sup>5</sup>. Si trattò della *privatizzazione formale*, ossia della privatizzazione dell'assetto giuridico degli enti pubblici economici.

Con il d.l. 31 maggio 1994, n. 332<sup>6</sup> l'Italia diede corso anche alla *privatizzazione sostanziale*, ossia alla privatizzazione dell'assetto proprietario delle menzionate imprese. In questo modo lo Stato, pur riservandosi il ruolo di regolatore del mercato, si sottopose *in toto* al regime privatistico della società per azioni.

In estrema sintesi si può dire che si passò da uno *Stato imprenditore* a uno *Stato regolatore*.

Così, attraverso il ripensamento dello stesso assetto organizzativo dello Stato basato sulla ottocentesca tripartizione dei poteri, si diede vita a uno Stato caratterizzato da una organizzazione "distribuita" o "divisa", ossia più complessa (e, in un certo senso, più evoluta) anche tramite la creazione di numerose Autorità indipendenti<sup>7</sup>.

In particolare, le ragioni dell'istituzione della CONSOB furono ravvisate dal Legislatore italiano del 1974 nella necessità di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina (pubblicistica) e un assetto istituzionale capaci di rispondere alle esigenze del mercato in tempi più rapidi rispetto a quelli del Parlamento e, soprat-

5. Con il d.l. 11 luglio 1992, n. 333 (convertito nella l. 8 agosto 1992, n. 359) furono trasformate in società per azioni l'IRI, l'ENI, l'INA, l'ENEL e con il d.l. 23 aprile 1993, n. 118 (convertito nella l. 23 giugno 1993, n. 202), fu soppresso il Ministero delle partecipazioni statali).

6. Decreto-legge 31 maggio 1994 n. 332, convertito in Legge 30 luglio 1994, n. 474, recante "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", noto come "Legge sulle Privatizzazioni".

7. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, 2002.



tutto, di fornire adeguata e rapida tutela al risparmiatore che si avvicina al mercato finanziario (dando così una più efficace attuazione al disposto di cui all'art. 47 Cost.).

Del resto, il risparmio non era evidentemente più quello cui volevano dare particolare garanzia i Costituenti dopo le crisi bancarie degli anni '20 e '30 del secolo scorso, ossia solo il *risparmio statico* (rappresentato dall'accumulazione del risparmio in prodotti senza rischio quali sono i depositi bancari o certe obbligazioni statali acquistate sul mercato primario), ma esso aveva nel tempo assunto altresì la forma del *risparmio dinamico* (rappresentato dall'investimento in prodotti finanziari, come può essere l'acquisto e la detenzione di azioni, obbligazioni o di quote fondi d'investimento).

Nell'ottica del Legislatore italiano la tutela del risparmio *statico* si deve infatti realizzare principalmente tramite la protezione dell'integrità patrimoniale degli intermediari finanziari (*in primis* delle banche), mentre il cosiddetto risparmio *dinamico* (*i.e.* dell'investimento finanziario) poggia invece su una tutela dei mezzi necessari a rendere consapevole la scelta d'investimento (garanzia della correttezza dei comportamenti degli attori che operano sui mercati finanziari e trasparenza delle operazioni).

In sintesi, il Legislatore italiano – in linea con gli altri Paesi europei oltre che con tutti i principali Paesi del mondo ad economia avanzata – ha affidato a una Autorità Indipendente (la CONSOB) il potere di vigilare sui mercati finanziari e, laddove necessario, di irrogare sanzioni amministrative.

*b) le norme che individuano le fattispecie sanzionatorie che configurano gli illeciti sono (quasi sempre) norme di origine europea o internazionale ed i criteri di determinazione della sanzione sono stati stabiliti dalla Direttiva CRD IV*

Un secondo aspetto della evoluzione del modello di sanzione in Italia (cui si è già fatto cenno) consiste nel fatto che, dalla nascita in Italia del diritto dei mercati finanziari sino ad oggi, se da un lato si è registrato un notevole aumento del numero delle norme che individuano le fattispecie sanzionatorie che configurano gli illeciti, dall'altro la fonte di tali norme si è col tempo modificata in modo significativo: da fonte nazionale a fonte sovranazionale (quasi sempre europea, ma anche internazionale).

Infatti, la gran parte delle norme che oggi individuano le fattispecie sanzionatorie è spesso contenuta in fonti normative europee (il Regolamento sugli abusi di mercato – MAR, il Regolamento sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni – EMIR, la Direttiva *Markets in financial instruments directive* – MIFID, ecc.), ma anche in fonti sovra-nazionali (si pensi ai Principi Contabili Internazionali che sovrintendono la materia della

revisione legale dei conti e i principi incorporati nei Codici di *Corporate Governance* che riflettono *best practices* internazionali).

Oggi, inoltre, le sanzioni applicate dalla CONSOB a seguito dell'accertamento di un illecito, in linea generale, devono essere determinate non più seguendo i criteri un tempo fissati dalla legge n. 689/1981, bensì secondo i criteri fissati dall'art. 194-*bis* del TUF con cui è stata data attuazione in Italia alla già menzionata Direttiva CRD IV<sup>8</sup>.

Vale la pena segnalare qui che, tra i tratti che caratterizzano la Direttiva CRD IV e che la distinguono dall'impostazione della legge n. 689/1981, vi è innanzitutto la volontà di applicare prioritariamente le sanzioni alle persone giuridiche, subordinandone invece l'irrogazione alle persone fisiche al ricorrere di specifiche condizioni di legge e ciò principalmente al fine di imporre alla società di dotarsi di assetti organizzativi idonei a prevenire la commissione di illeciti.

La direttiva ha altresì previsto, tra le altre cose, che tra i criteri guida per la determinazione dell'entità della sanzione debba esservi:

- la capacità finanziaria del responsabile della violazione<sup>9</sup>;
- il livello di cooperazione del responsabile della violazione con la CONSOB;

8. L'art. 194-*bis* del TUF (dapprima inserito dall'art. 5 del d.lgs. n. 72 del 12.5.2015 e poi modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 25 del 15.2.2016, dall'art. 1 del d.lgs. n. 71 del 18.4.2016 e dall'art. 2 del d.lgs. n. 19 del 13.2.2019) prevede che: "1. Nella determinazione del tipo, della durata e dell'ammontare delle sanzioni previste dal presente decreto, la Banca d'Italia o la CONSOB considerano ogni circostanza rilevante e, in particolare, tenuto conto del fatto che il destinatario della sanzione sia persona fisica o giuridica, le seguenti, ove pertinenti: a) gravità e durata della violazione; b) grado di responsabilità; c) capacità finanziaria del responsabile della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile; f) livello di cooperazione del responsabile della violazione con la Banca d'Italia o la CONSOB; g) precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto; g-*bis*) la criticità dell'indice di riferimento per la stabilità finanziaria; h) potenziali conseguenze sistemiche della violazione; h-*bis*) misure adottate dal responsabile della violazione, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi".

9. Il nostro ordinamento giuridico non fornisce una definizione giuridica di capacità finanziaria dell'impresa limitandosi, piuttosto, ad indicare in talune disposizioni normative le modalità attraverso le quali è possibile rilevare tale misura. Nella prassi operativa la capacità economica, patrimoniale e finanziaria di una impresa viene valutata generalmente facendo riferimento a uno o ad entrambi i seguenti fattori: a) la consistenza del patrimonio netto (PN); b) la capacità di produrre reddito. Nel settore finanziario dove la capitalizzazione societaria è in larga parte imposta dalla legislazione di settore, il criterio più utilizzato è quello della consistenza del patrimonio netto; viceversa nel settore industriale/commerciale/servizi (quest'ultimo comprensivo, ai nostri fini, delle società di revisione) dove la capitalizzazione assume un valore maggiormente relativo ed è determinato dal codice civile, il criterio maggiormente utilizzato è quello dei ricavi o del margine operativo lordo (MOL) o quello del reddito *ante* imposte o del margine operativo prima di calcolare interes-

- la valutazione delle misure adottate dal responsabile della violazione, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi.

*c) La sanzione non è più esclusivamente pecuniaria*

Ormai da diversi anni la legislazione europea in materia finanziaria<sup>10</sup> ha messo a disposizione delle Autorità nazionali di vigilanza “un arsenale completo di poteri sanzionatori” tali da metterle “in condizione di rispondere ai diversi tipi di illecito con sanzioni appropriate”<sup>11</sup> e che consistono in: sanzioni amministrative principali, sanzioni amministrative accessorie e misure amministrative.

Tale nuovo apparato sanzionatorio che potremmo definire a “geometria variabile” (in quanto volto a conseguire l’obiettivo di una maggiore proporziona-

si, tasse, svalutazioni ed ammortamenti (in inglese: *Earnings Before Interest Taxes Depreciation and Amortization* o EBITDA).

10. Come già accennato in precedenza nel testo, si fa riferimento, a titolo meramente esemplificativo, alle seguenti normative europee: Regolamento 2014/596/UE, art. 30, comma 1: “Fatti salvi le sanzioni penali e i poteri di controllo delle autorità competenti a norma dell’art. 23, gli Stati membri, conformemente al diritto nazionale, provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate in relazione almeno alle seguenti violazioni: (...)”; Direttiva 2014/65/UE, art. 70, comma 6 (MIFID II): “Gli Stati membri provvedono affinché, nei casi di violazione di cui ai paragrafi da 3, 4 e 5, e in conformità del diritto nazionale, le autorità competenti abbiano il potere di adottare e imporre almeno le seguenti sanzioni amministrative e misure: (...)”; Direttiva 2009/65/CE, come modificata dalla Direttiva 2014/91/UE (UCITS V), art. 99, comma 6: “Conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri assicurano che, in tutti i casi di cui al par. 1, le sanzioni amministrative e altre misure amministrative che possono essere applicate includano almeno quanto segue: (...)”; Regolamento (UE) N. 909/2014 (CSDR), art. 61, comma 1: “Fatto salva la facoltà degli Stati membri di prevedere e imporre sanzioni penali, gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni e altre misure amministrative da applicare, nelle circostanze definite all’art. 63, a quanti si rendano responsabili di violazioni delle disposizioni del presente Regolamento, provvedendo affinché le loro autorità competenti possano imporre tali sanzioni e altre misure amministrative, e adottano tutti i provvedimenti necessari a garantirne l’applicazione. Tali sanzioni e altre misure sono efficaci, proporzionate e dissuasive”; Regolamento (UE) N. 1286/2014, art. 24, comma 2 (PRIIPs): “Le autorità competenti devono avere il potere di irrogare, in conformità del diritto nazionale, almeno le seguenti sanzioni e misure amministrative: (...)”.

11. Con riferimento, ad esempio, agli abusi di mercato si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – “Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari”, dicembre 2010, capitolo 3. La Comunicazione della Commissione è stata poi richiamata dagli stessi Considerando 70 e 71 del Regolamento MAR i quali, operando una connessione tra la solidità del quadro normativo comunitario in materia di condotta degli affari per il settore finanziario e la forza del connesso regime di vigilanza, di indagine e sanzionatorio, dichiarano opportuno che il Regolamento medesimo metta a disposizione degli Stati membri una serie di sanzioni amministrative e altre misure amministrative che assicurino un approccio comune e ne potenzino l’effetto deterrente.

lità della risposta sanzionatoria al tipo di fatto illecito di volta in volta accertato dall'Autorità) è stato introdotto in Europa dopo che era stato rilevato che “i divergenti regimi sanzionatori vigenti negli Stati membri inducono all'arbitraggio normativo e minano gli obiettivi di fondo d'integrità e trasparenza del mercato all'interno del mercato unico per i servizi finanziari. Un esame dei regimi nazionali vigenti ha rivelato, ad esempio, che i livelli di sanzioni pecuniarie divergono notevolmente da uno Stato membro all'altro, che alcune autorità competenti non dispongono di determinati importanti poteri sanzionatori e che altre non possono comminare sanzioni a persone fisiche e giuridiche”<sup>12</sup>.

In questo modo sono state introdotte, al fianco della tradizionale sanzione amministrativa pecuniaria (la cui entità edittale è peraltro gradualmente e significativamente aumentata negli anni)<sup>13</sup>, ulteriori tipi di sanzioni (principali ed accessorie) nonché misure amministrative.

L'introduzione di nuovi tipi di sanzioni non monetarie si prefigge proprio lo scopo di accrescere l'effetto deterrente della risposta sanzionatoria, approntando un sistema in cui l'ampia disponibilità di tipologie di misure sanzionatorie in senso lato consente di calibrare al meglio la reazione al caso di specie, secondo un approccio “*tailor made*”.

Per comprendere questo nuovo apparato sanzionatorio messo a disposizione delle Autorità di vigilanza vale la pena ricordare, ad esempio, come in materia di abusi di mercato e con particolare riferimento alle ipotesi di “*internal dealing*” (ossia di operazioni di compravendita dei titoli di un emittente da parte di coloro che esercitano funzioni di amministrazione, di controllo o di direzione dell'emittente, nonché delle persone a loro strettamente associate) l'art. 30, par. 2, del Regolamento MAR ha previsto la possibilità di applicare, oltre a una sanzione amministrativa pecuniaria, anche:

- a. un'ingiunzione diretta al soggetto responsabile della violazione di porre termine alla condotta in questione e di non reiterarla;
- b. la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione, per quanto possano essere determinati;
- c. un avvertimento pubblico che indica il responsabile della violazione e la natura della stessa;
- d. la revoca o sospensione dell'autorizzazione di una società di investimento;
- e. l'interdizione temporanea, nei confronti di chiunque eserciti responsabilità di direzione in una società di investimento o di qualsiasi altra persona fisica rite-

12. Comunicazione citata nella nota precedente.

13. Sul punto si veda F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2020, 1175 ss.

nuta responsabile della violazione, dall'esercizio di funzioni dirigenziali in società di investimento;

- f. nel caso di violazioni ripetute dell'art. 14 o dell'art. 15, l'interdizione permanente, nei confronti di chiunque eserciti responsabilità di direzione in una società di investimento o di qualsiasi altra persona fisica ritenuta responsabile della violazione, dall'esercizio di funzioni dirigenziali in società di investimento;
- g. l'interdizione temporanea, nei confronti di chiunque eserciti responsabilità di direzione in una società di investimento o di qualsiasi altra persona fisica ritenuta responsabile della violazione, da attività di negoziazione per conto proprio.

Sempre in materia di abusi di mercato l'art. 187-ter.1, comma 9, TUF prevede che quando le infrazioni sono connotate da scarsa offensività o pericolosità, in luogo della sanzione pecuniaria la CONSOB può applicare un *ordine di eliminare le infrazioni* contestate (con eventuale indicazione delle misure da adottare e del termine per l'adempimento) e di astenersi dal ripeterle o una *dichiarazione pubblica* avente ad oggetto la violazione commessa e il soggetto responsabile (quando l'infrazione contestata è cessata).

Al tempo stesso l'art. 187-ter.1, comma 8, del TUF precisa che “la CONSOB, anche unitamente alle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente articolo, può applicare una o più delle misure amministrative previste dall'art. 30, par. 2, lettere da a) a g), del Regolamento (UE) n. 596/2014”. Una siffatta formulazione, letta alla luce della citata norma generale di cui all'art. 30, par. 2, del Regolamento MAR, consente all'Autorità nazionale di disporre delle più ampie possibilità reattive, ricorrendo alle misure amministrative sia unitamente alle sanzioni pecuniarie, sia disgiuntamente rispetto ad esse e graduando il trattamento sanzionatorio con maggior granularità rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del caso di specie. Esso può dunque consistere in una sanzione pecuniaria, in una sanzione pecuniaria abbinata a una o più misure amministrative, ovvero anche solo in una o più misure amministrative<sup>14</sup>.

Con riferimento, poi, alle fattispecie connotate da minore offensività o pericolosità, la disciplina europea ha richiesto altresì agli Stati Membri – laddove

14. Invero, l'unico limite all'applicabilità in via esclusiva delle misure amministrative pare essere quello imposto dal comma 9 dell'art. 187-ter.1 del TUF, che circoscrive il ricorso alle misure dell'“ordine di eliminare le infrazioni” (art. 187-ter.1, comma 9, lett. a), del TUF) nonché della “dichiarazione pubblica” (art. 187-ter.1, comma 9, lett. a), del TUF) ai soli casi di scarsa offensività o pericolosità delle infrazioni. Questa norma di chiusura, in particolare, illumina la *ratio* seguita dal Legislatore nell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle previsioni del MAR, nel senso sopra detto di consentire massima graduabilità del trattamento sanzionatorio lì dove esso appaia non adeguato alla fattispecie concreta facendo ricorso alle sole sanzioni pecuniarie.

compatibili con la Direttiva 2013/36/UE – di introdurre efficaci strumenti per la deflazione del contenzioso o per la semplificazione dei procedimenti di applicazione della sanzione, anche conferendo alle Autorità di vigilanza la facoltà di escludere l'applicazione della sanzione per condotte prive di effettiva offensività o pericolosità.

In Italia questo è stato fatto con l'art. 194-*sexies* del TUF (rubricato *Condotte inoffensive*) che prevede che in talune materie (ossia nei casi previsti dall'art. 194-*quinquies* del TUF) la CONSOB non procede alla contestazione delle violazioni nei casi di assoluta mancanza di pregiudizio per la tutela degli investitori e per la trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali, ovvero per il tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza.

In molti casi, inoltre, è previsto che le “*misure amministrative*” – quale l'ordine di porre termine a determinati comportamenti e di non ripeterli – possano sia essere utilizzate come *strumenti di amministrazione attiva*, sia costituire l'oggetto di *provvedimenti sanzionatori*.

*d) La sanzione non ha più natura (prevalentemente) retributiva, ma, sempre più spesso, preventiva, di deterrenza rispetto al ripetersi di determinate condotte*

Una delle principali finalità che caratterizza la recente disciplina europea in materia finanziaria è quella di assicurare che le sanzioni amministrative abbiano un effetto dissuasivo sia rispetto alla (prima) commissione di illeciti, sia rispetto alla reiterazione degli stessi. Una finalità che si potrebbe definire special-preventiva.

Le Autorità di vigilanza sono infatti chiamate sempre più spesso a dettare regole che orientano in modo proattivo i comportamenti di coloro che operano sui mercati finanziari, piuttosto che limitarsi a sanzionare *ex post* coloro che hanno violato le regole.

Culturalmente questa linea di tendenza poggia le basi sulla più ampia revisione – effettuata sia in economia quanto nella materia dell'analisi economica del diritto – del concetto di “controllo”.

Così, per quanto riguarda le società per azioni nei *controlli interni* si è dato maggior rilievo ai controlli che si possono compiere *ex ante* mediante la predisposizione di assetti organizzativi adeguati o mediante l'adozione di una corretta politica di *risk management* piuttosto che solo al più “tradizionale” modello di controllo contabile *ex post*.

Analogamente anche i *controlli esterni* alle società per azioni non mirano più ad accertare e a retribuire staticamente la violazione delle leggi (come fa tipicamente il Giudice), ma mirano sempre più ad orientare in modo proattivo i comportamenti della collettività verso determinati risultati efficienti.

Il risultato di questo lungo percorso ha portato alla diffusa convinzione che

oggi nei mercati finanziari la sanzione non deve essere più vista, come invece era un tempo, alla stregua di uno strumento avente finalità esclusivamente retributiva e natura pecuniaria, ma anche (soprattutto) come uno strumento avente (anche) finalità deterrente e special-preventiva<sup>15</sup>.

### 3. L'evoluzione del procedimento sanzionatorio ed i suoi meccanismi di garanzia a tutela del diritto di difesa

Per quanto riguarda la potestà sanzionatoria, come si è già avuto modo di ricordare, la legge italiana ha attribuito sin dal 2005 il generale *potere di applicare sanzioni amministrative* alla CONSOB, la quale lo esercita muovendosi all'interno di un sistema giuridico caratterizzato da una *pluralità di fonti normative*.

Con riferimento alla normativa speciale nazionale, essa è (per lo più) contenuta nella Parte V del TUF (rubricata "*Sanzioni*") nel cui ambito trovano collocazione (oltre alla gran parte delle fattispecie sanzionatorie cui si è fatto cenno in precedenza) le disposizioni concernenti lo svolgimento del *procedimento sanzionatorio*, ovvero, innanzitutto, l'art. 187-*septies* per gli illeciti amministrativi in materia di abusi di mercato e l'art. 195 per le violazioni attinenti alle altre materie.

Nonostante la giurisprudenza abbia più volte affermato che "i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa e il giusto processo riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge avanti al giudice, e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi" e che la eventuale "incompleta equiparazione del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale non viola in alcun modo la Costituzione"<sup>16</sup>, sia il Legislatore che la CONSOB hanno voluto garantire appieno il diritto di difesa e il giusto processo anche nell'ambito del procedimento amministrativo sanzionatorio.

Si può dire che tutta la *disciplina procedimentale* oggi sostanzialmente ruota attorno alla predisposizione di meccanismi di garanzia volti a salvaguardare il più possibile i diritti soggettivi e gli interessi legittimi dei soggetti coinvolti in procedimenti sanzionatori e soprattutto finalizzati a tutelare il diritto di difesa del destinatario dell'iniziativa sanzionatoria, anche in relazione al fatto che tanto l'attività istruttoria, quanto l'attività decisoria è stata radicata dalla legge

15. Cogliendo in qualche modo la polivalente funzione delle sanzioni, già oltre sessanta anni fa, Bobbio diceva che l'area della sanzione ricopre tutte quelle "misure di conservazione del sistema che sono caratterizzate da una qualche forma di reazione e di risposta alla violazione" (N. Bobbio, *Sanzione* (voce), in *Nov. Dig. it.*, vol. XVI, 1957, 537).

16. Cass., 15 febbraio 2018, n. 3734; Cass., 17 maggio 2018, n. 12110.

in capo alla CONSOB. Da questo punto di vista particolarmente chiaro risulta l'art. 24 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, secondo cui il procedimento sanzionatorio deve svolgersi “nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione”. La medesima legge ha altresì delegato la CONSOB a individuare le “modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione”, stabilendo che sia l'Autorità a definire “con propri regolamenti l'applicazione dei principi” sopra richiamati.

In attuazione di tali previsioni, con delibera n. 15086/2005 la CONSOB ha definito le modalità organizzative interne e l'*iter* procedimentale per l'accertamento delle violazioni e l'applicazione delle sanzioni di propria competenza, delineando un modello procedimentale connotato da una fase istruttoria a struttura *bifasica* – che si svolgeva prima davanti alla Divisione di vigilanza che aveva formulato le contestazioni e poi davanti all'Ufficio Sanzioni Amministrative (istituito con la medesima delibera) – e da una fase *decisoria* di competenza della Commissione.

La successiva emersione, a livello nazionale e sovranazionale, di tendenze che individuavano nella semplificazione e nell'accelerazione dei procedimenti amministrativi gli strumenti idonei a far recuperare efficienza, efficacia e tempestività all'azione amministrativa nel suo complesso, ha poi portato a una profonda revisione della disciplina del procedimento sanzionatorio. Revisione che è stata attuata con la delibera CONSOB 19 dicembre 2013 n. 18750 recante, appunto, il “Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB ai sensi dell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005 n. 262 e successive modificazioni”.

Con la nuova disciplina è stata sostituita la configurazione bifasica dell'istruttoria del procedimento (che appesantiva eccessivamente l'*iter* procedimentale) con un modello istruttorio *a fase unica*, accentrata in capo all'Ufficio Sanzioni Amministrative.

Sull'*iter* procedimentale è infine intervenuta la delibera n. 19158/2015 che, nell'ottica del rafforzamento del diritto di difesa, ha modificato il Regolamento sul procedimento sanzionatorio, introducendo il contraddittorio nel corso della fase decisoria di competenza della Commissione e ha, conseguentemente, ampliato il termine di conclusione del procedimento, portandolo a duecento giorni e facendolo decorrere dal trentesimo giorno successivo al perfezionamento della notifica della lettera di contestazione. Tale ultimo intervento normativo è segnalativo del rilievo che le garanzie difensive assicurate ai destinatari del procedimento, sotto il profilo della loro effettività e del loro contenuto, hanno assunto negli ultimi anni; ciò, in particolare, sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale che



ha contribuito a definire i contorni dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, già posti dalla citata l. n. 262/2005 a fondamento dell'esercizio della potestà sanzionatoria attribuita alla CONSOB.

Al fine di assicurare all'interno della CONSOB la terzietà e l'imparzialità dell'organo decidente e, quindi, la parità delle parti nel procedimento, la normativa primaria ha stabilito che il procedimento sanzionatorio si debba innanzitutto svolgere nel rispetto del principio della *distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*.

Nella disciplina regolamentare della CONSOB tale principio è stato attuato attraverso la previsione di un'articolata organizzazione del procedimento, per cui, nelle sue linee essenziali (contenute, come detto, nel *Regolamento sul procedimento sanzionatorio*):

- la *Divisione di vigilanza* che rileva un'irregolarità avvia le relative indagini, raccoglie le informazioni (c.d. *fase preistruttoria*) e formula le contestazioni;
- l'*Ufficio Sanzioni Amministrative* svolge l'istruttoria del procedimento sanzionatorio e presenta alla Commissione una propria *Relazione finale* contenente la proposta motivata di applicazione della sanzione o di archiviazione del procedimento;
- la *Commissione* assume la decisione finale.

Venendo a considerare più da vicino la *disciplina del procedimento sanzionatorio* che si svolge davanti alla CONSOB – ed all'interno del quale, come detto, sono stati costruiti i meccanismi di tutela del diritto di difesa del destinatario dell'iniziativa sanzionatoria – occorre ricordare che esso è preceduto da una *preliminare attività pre-istruttoria* (svolta dalla Divisione di vigilanza competente per materia e, in linea di massima, senza l'intervento diretto del presunto autore della violazione) nel corso della quale la Divisione di vigilanza, utilizzando i poteri attribuiti dal Legislatore alla CONSOB, provvede all'apprensione materiale dei fatti inerenti ad ipotesi di violazione della legge, ossia alla loro *constatazione*.

Ogniquale, dall'accertamento compiuto sulla base degli elementi acquisiti e dei fatti emersi a seguito dell'attività di vigilanza svolta, nonché dalle successive valutazioni, la Divisione di vigilanza ritenga sussistere una violazione di legge, procede a chiudere la fase di pre-istruttoria di propria competenza inviando al presunto autore della violazione una *lettera di contestazione degli addebiti*, la cui notificazione dà formalmente il via al vero e proprio procedimento sanzionatorio.

La lettera di contestazione serve, in sostanza, per comunicare all'interessato quelli che sono gli estremi della violazione constatata, ossia: l'identifica-

zione dei fatti costitutivi della violazione, le relative circostanze di tempo e di luogo, l'enunciazione delle risultanze dell'attività di vigilanza (eventuali verifiche ispettive e documentazione acquisita), la loro rilevanza rispetto ai fatti contestati, nonché l'indicazione delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie.

La contestazione degli addebiti è effettuata entro il termine di centottanta giorni (ovvero trecentosessanta giorni se gli interessati risiedono o hanno la sede all'estero) dal compiuto accertamento (cfr. artt. 187-*septies* e 195 TUF, nonché art. 4 del Reg. Proc. Sanzionatorio).

Questo termine decadenziale è ispirato a due contrapposte esigenze.

Da un lato esso serve a concedere agli Uffici della CONSOB un tempo adeguato per poter approfondire i fatti che astrattamente possono configurare violazioni sanzionabili; approfondimento da realizzare sul duplice fronte dello svolgimento – ove necessario – di ulteriore attività di indagine (magari ampliando l'arco temporale o il novero di soggetti presi a riferimento) e della completa valutazione delle risultanze ispettive<sup>17</sup>.

Dall'altro lato, tale termine serve anche per evitare che venga legittimata una ingiustificata inerzia da parte della CONSOB nello svolgimento di indagini che possa finire per frustrare lo scopo stesso della decadenza.

La notifica della lettera di contestazione degli addebiti formulata dalla Divisione di vigilanza competente per materia (e sottoscritta dal responsabile della medesima Divisione unitamente al Direttore Generale della CONSOB) determina due effetti: il decorrere del termine (ordinatorio) per la sua conclusione (che, ai sensi dell'art. 4, del Reg. Proc. Sanzionatorio, come ricordato, è di duecento giorni decorrenti dal trentesimo giorno successivo alla data di perfezionamento della notifica della lettera di contestazione che, nel caso di procedimenti plurisoggettivi, deve intendersi come la data di perfezionamento dell'*ultima* notifica); nonché il riconoscimento all'incolpato del diritto ad avvalersi, anche tramite l'assistenza di un legale (di "terzi" in genere), di una serie di strumenti difensivi, previsti dall'art. 5 del Regolamento ("Diritto di difesa"), per replicare alla ricostruzione dei fatti e alla loro qualificazione giuridica come operate dalla Divisione medesima. Nel corso della fase istruttoria egli può infatti esercitare il proprio di-

17. Come ha, infatti, chiarito la giurisprudenza formatasi sul punto (tra le altre si vedano Cass., 4 febbraio 2021, n. 2639; Cass., 31 maggio 2022, n. 17673) la pura "constatazione" dei fatti nella loro materialità non coincide quasi mai con l'accertamento. L'accertamento degli illeciti nella complessa materia del diritto dei mercati finanziari presuppone quasi sempre non soltanto la raccolta e l'acquisizione di dati nella loro materialità (*fase acquisitiva*), ma anche l'esame e l'elaborazione e valutazione degli stessi per apprezzarne la rilevanza ai fini della ravvisabilità della violazione sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo e della formulazione della relativa contestazione (*fase valutativa*).

ritto di difesa mediante: *i*) l'accesso agli atti del procedimento, *ii*) la presentazione di deduzioni scritte e documenti, nonché *iii*) l'audizione personale.

Tuttavia, non sempre la chiusura della fase preliminare del procedimento e l'invio della lettera di contestazione degli addebiti determina il successivo svolgimento del procedimento sanzionatorio.

Il Testo unico della finanza, infatti, contempla un particolare strumento di chiusura alternativa e anticipata dei procedimenti sanzionatori di competenza della CONSOB: l'istituto del *pagamento in misura ridotta* di cui all'art. 194-*quinquies* TUF medesimo (rubricato "Pagamento in misura ridotta" e che, ai sensi dell'art. 195-*quinquies*, rappresenta una deroga alla previsione della inapplicabilità, in questo ambito, del medesimo istituto previsto dall'art. 16 della l. 689/1981). Tale articolo consente al soggetto destinatario di una lettera di contestazione [e che, quindi, ha assunto il ruolo di soggetto passivo nell'obbligazione sanzionatoria (sia esso una persona fisica o una persona giuridica, un trasgressore o un obbligato in solido)] di estinguere le sole violazioni tassativamente ivi indicate attraverso la dazione di una somma di denaro, pari al *doppio del minimo della sanzione edittale* comminata per l'illecito, entro il termine di trenta giorni dalla notifica della lettera di contestazione.

L'istituto in esame (che non è altro che uno strumento deflattivo che consente di snellire il procedimento sanzionatorio in quanto evita il dispendio di risorse da parte dell'Amministrazione) riconosce al trasgressore un vero e proprio *diritto potestativo all'estinzione anticipata della violazione* tramite il versamento di una somma di danaro, evitando così il rischio di vedersi applicare una sanzione di importo più rilevante. Il pagamento in misura ridotta consente inoltre al trasgressore di evitare una ulteriore conseguenza: quella di vedere pubblicata sul Bollettino della CONSOB la delibera sanzionatoria.

Il pagamento in misura ridotta, peraltro, non è consentito nel caso in cui il soggetto interessato abbia già usufruito di tale misura nei dodici mesi precedenti la violazione.

#### **4. Gli strumenti difensivi a disposizione della parte**

Il diritto dell'incolpato ad avere *accesso agli atti* riguardanti il procedimento sanzionatorio avviato nei suoi confronti ha ad oggetto sia gli atti che la Divisione ha posto a base delle contestazioni formulate, sia gli atti che sono confluiti nel fascicolo istruttorio successivamente all'avvio del procedimento; in questo secondo caso può trattarsi tanto di documentazione tardivamente acquisita dalla Divisione che ha formulato le contestazioni, quanto di documenti eventualmente presentati dagli altri destinatari del medesimo procedimento o di documentazione

comunque prodotta in relazione al procedimento (ad esempio, i verbali delle sedute di Commissione in cui il procedimento è esaminato)<sup>18</sup>.

All'accesso trovano generale applicazione, in quanto compatibili, i principi dettati al riguardo dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (come dispone l'art. 24 della l. n. 262/2005), tra cui quelli relativi al termine previsto per l'ostensione degli atti (trenta giorni dalla richiesta), all'individuazione del responsabile del procedimento di accesso (che coincide con il Responsabile dell'Unità Organizzativa che detiene il documento e che può delegare a ciò funzionari dell'Ufficio medesimo) e al regime delle esclusioni di cui all'art. 24 della l. n. 241/1990.

Sotto quest'ultimo profilo, relativamente ad c.d. accesso difensivo, particolare rilievo assume il tema dell'opponibilità da parte della CONSOB del *segreto d'ufficio* e del diritto alla riservatezza dei terzi, stante la necessità di trovare un equo bilanciamento tra, da un lato, l'esercizio del diritto di difesa dell'incolpato, di rilevanza anche costituzionale (art. 24 Cost.) e, dall'altro, sia gli interessi sottesi alla previsione di cui all'art. 4, comma 10, TUF, che impone di serbare il segreto d'ufficio in merito a “[t]utte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della CONSOB in ragione della sua attività di vigilanza”, sia la tutela della riservatezza di terzi (attinti dal medesimo procedimento o ad esso estranei).

In proposito, la giurisprudenza ha riconosciuto al c.d. accesso difensivo confini più ampi di quelli generalmente derivanti dall'applicazione della l. n. 241/1990 per l'ostensione degli atti dell'Autorità di vigilanza, affermando che le esigenze di segretezza di cui all'art. 4, comma 10, TUF risultano “*recessive*” rispetto al diritto di accesso “defensionale”, purché gli atti di cui si chiede l'accesso “abbiano una diretta e immediata incidenza sul procedimento stesso, vieppiù se riguardanti soggetti terzi” (Cons. Stato, 30 luglio 2020, n. 4842)<sup>19</sup>.

18. Qualora l'istanza di accesso agli atti posti a base delle contestazioni sia formulata entro trenta giorni dalla notifica della lettera di contestazione, il termine per la presentazione delle deduzioni difensive è sospeso, per una sola volta, dalla data di presentazione dell'istanza sino alla data in cui la documentazione richiesta è messa a disposizione della parte; tale previsione regolamentare, che riconosce lo stretto nesso di strumentalità tra la conoscenza degli atti istruttori e l'esercizio del diritto di difesa, tuttavia non opera qualora l'istanza di accesso agli atti sia formulata oltre i trenta giorni dalla notifica delle contestazioni oppure abbia ad oggetto gli atti che siano confluiti nel fascicolo istruttorio successivamente all'avvio del procedimento: atti, questi ultimi, che non hanno formato il compendio probatorio utilizzato per la formulazione degli addebiti.

19. In tale prospettiva sono stati ritenuti ostensibili anche gli atti contenuti nel fascicolo di un procedimento sanzionatorio formalmente diverso rispetto a quello di cui era parte il richiedente, ma avviato a fronte di una situazione sostanziale in cui, secondo gli accertamenti svolti, una pluralità di soggetti, tutti in possesso di azioni di una medesima società e tutti in possesso di un'informazione privilegiata, riguardante la società e suscettibile di favorire l'individuazione del momento più appropriato per la cessione dei titoli in tempo utile sul mercato, li avevano venduti nello stesso arco temporale, utilizzando la medesima informazione privilegiata (Cons. Stato, 18 novembre 2016, n. 4826).

Quanto al bilanciamento con il *diritto alla riservatezza*, si è affermato che, salva la particolare tutela da accordare ai dati c.d. supersensibili (stato di salute e vita sessuale) e di quelli c.d. sensibili e giudiziari, dinanzi alla dimostrazione della sussistenza sia della legittimazione, sia dell'interesse ad acquisire tutte le informazioni contenute nei documenti richiesti con l'istanza di accesso, le necessità difensive riconducibili all'effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost. devono ritenersi prevalenti anche rispetto a quelle della riservatezza (Cons. Stato, 28 ottobre 2019, n. 7379); in applicazione di tale principio, allorché si verta in tema di accesso ai verbali delle sedute della Commissione, non risultano dunque sottratte all'ostensione le parti dei verbali che consentano di identificare i componenti del Collegio relativamente alle opinioni espresse nel corso della discussione ed alla deliberazione sugli argomenti posti all'ordine del giorno (Cons. Stato, 26 aprile 2022, n. 3162).

Secondo un'ideale e ordinata scansione logico/temporale dello sviluppo procedimentale, una volta esercitato il diritto di accesso agli atti e presa consapevolezza degli elementi probatori a sostegno dell'addebito, l'incolpato è nelle condizioni di elaborare le proprie argomentazioni difensive e *contraddire* con gli uffici dell'Autorità; in breve: esercitare il proprio diritto al contraddittorio.

Nel corso della fase istruttoria davanti all'Ufficio Sanzioni Amministrative, l'incolpato può svolgere le proprie argomentazioni difensive mediante la *formulazione di deduzioni scritte ed il deposito di documenti*, da presentarsi entro trenta giorni dalla notifica della lettera di contestazione (è comunque possibile ottenere, a seguito di motivata richiesta, una proroga di detto termine per un periodo non superiore a trenta giorni).

Egli può altresì chiedere la fissazione di un'*audizione personale*, mediante una richiesta formulata entro trenta giorni dalla notifica della lettera di contestazione; all'audizione, che si svolge dinanzi all'Ufficio Sanzioni Amministrative, possono prendere parte, oltre al destinatario del procedimento e a chi lo assiste (generalmente un avvocato o un consulente), anche funzionari della Divisione che ha formulato le contestazioni.

A seguito della modifica dell'*iter* procedimentale operata con la delibera n. 19158/2015, l'incolpato ha in taluni casi la possibilità di interloquire direttamente con la Commissione. Ed invero, la circostanza che egli abbia mostrato *interesse* per il procedimento e si sia avvalso di uno degli strumenti difensivi (presentazione di deduzioni difensive e documenti o partecipazione all'audizione personale) a sua disposizione per *contraddire* in merito ai fatti oggetto di contestazione, determina l'attivazione di un'ulteriore *step* difensivo rappresentato dall'instaurazione del contraddittorio direttamente con la Commissione.

Per tali casi, infatti, l'art. 8 del Regolamento stabilisce che al destinatario del procedimento sia trasmessa la Relazione finale predisposta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative – contenente la proposta motivata in merito alla sussistenza del-

la violazione contestata e alla specifica determinazione del tipo e dell'entità della sanzione, ovvero in merito all'archiviazione – e che gli sia riconosciuto un termine di trenta giorni per la formulazione di controdeduzioni scritte, rivolte alla Commissione, in replica alle considerazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative<sup>20</sup>.

La facoltà, attualmente riconosciuta all'incolpato, di indirizzare le controdeduzioni alla Commissione gli consente di interloquire su tutti i profili rilevanti in tema di responsabilità per fatto illecito: la ricostruzione dei fatti, la qualificazione giuridica degli stessi, l'imputazione soggettiva, il riconoscimento delle condizioni per l'ascrizione di responsabilità alle persone fisiche ai sensi dell'art. 190-*bis* TUF, l'individuazione e determinazione delle sanzioni principali e/o accessorie applicabili, le determinazioni in merito al regime di pubblicazione dell'eventuale provvedimento da adottare.

Da ultimo, nella disamina dei principi previsti dalla l. n. 262/2005, deve menzionarsi il *principio della verbalizzazione*, che comporta che le varie fasi del procedimento sanzionatorio siano documentate mediante redazione di processi verbali. Relativamente alla fase istruttoria, la verbalizzazione riguarda la trascrizione in

20. Va ricordato che l'estensione del diritto al contraddittorio anche alla fase decisoria è stata introdotta a seguito di alcuni interventi della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il contraddittorio richiamato dagli artt. 195 e 187-*septies* TUF deve essere inteso in un'accezione "più stringente" rispetto alla tradizionale ottica endo-procedimentale con finalità partecipativa e collaborativa, sancita per il procedimento amministrativo dalla disciplina generale contenuta nella l. n. 241/1990. La sua connotazione nei termini di un "contraddittorio rafforzato" esigerebbe dunque che esso si espliciti secondo uno "standard più elevato", che assicuri all'interessato "il diritto di controdedurre rispetto all'addebito contestatogli", con possibilità di interagire con l'accusa "in tutte le fasi del procedimento"; in ragione di ciò, il Consiglio di Stato aveva pertanto ravvisato nell'*iter* procedimentale disegnato dal Regolamento *ante* modifica la violazione del principio del contraddittorio, "in ragione della preclusione all'interessato della possibilità di interloquire sulla relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni, nella quale pure possono essere contenute valutazioni (*in primis*, la definitiva qualificazione giuridica dell'Istituto) non necessariamente oggetto di confronto durante la fase istruttoria" (Cons. Stato, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596). Più orientata verso una lettura sostanzialista del diritto al contraddittorio, quale corollario del diritto di difesa, continua invece ad essere la Corte di Cassazione che, ancora di recente, ha confermato il proprio consolidato orientamento secondo cui le garanzie del contraddittorio nell'ambito del procedimento sanzionatorio della CONSOB devono essere ricondotte "al livello proprio del contraddittorio procedimentale e non al livello del contraddittorio di matrice processuale", con la conseguenza che esse sono soddisfatte "se, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; senza che sia all'uopo necessaria né la trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della CONSOB, né la personale audizione dell'interessato innanzi alla Commissione" (Cass., 11 febbraio 2022, n. 4518); orientamento, questo, coerente con l'impostazione accolta dalla Suprema Corte in relazione ai procedimenti sanzionatori dinanzi alle pubbliche autorità, per cui "la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa, specificamente conculcato o compreso nel procedimento sanzionatorio" (Cass., 30 luglio 2020, n. 16422).

forma sintetica del contenuto dell'audizione personale svolta su richiesta dell'incolpato, ovvero dell'accesso agli atti nelle ipotesi (attualmente residuali) in cui il richiedente l'accesso o un suo delegato sia convocato di persona per ritirare copia in formato digitale della documentazione richiesta; relativamente alla fase decisoria, la verbalizzazione attiene alle sedute di Commissione in cui il procedimento sanzionatorio viene esaminato e deciso dal Collegio, al cui verbale l'interessato può chiedere di avere accesso.

## 5. La delibera sanzionatoria della CONSOB e il giudizio di opposizione

Terminata la propria attività istruttoria, l'Ufficio Sanzioni Amministrative – chiudendo così la fase istruttoria e dando inizio alla *fase decisoria* del procedimento sanzionatorio – redige una *relazione per la Commissione* contenente la ricostruzione dell'istruttoria di vigilanza, le contestazioni, le difese rese dalla parte, le proprie considerazioni finali e la proposta sanzionatoria (o di archiviazione). Contestualmente alla trasmissione alla Commissione tale relazione è anche trasmessa ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti che abbiano presentato deduzioni scritte o abbiano partecipato all'audizione davanti all'Ufficio Sanzioni Amministrative.

Questi ultimi possono presentare alla Commissione proprie controdeduzioni scritte in replica alle considerazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative (in merito tanto alla sussistenza e alla gravità della violazione, quanto alla determinazione della sanzione) entro il trentesimo giorno successivo alla data di ricezione della relativa relazione.

La Commissione può chiedere all'Ufficio Sanzioni Amministrative una *relazione integrativa* ogni qualvolta ne ravvisi la necessità (per avere un approfondimento su un determinato tema o per poter rispondere alle nuove argomentazioni presentate nelle controdeduzioni dai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti).

Il procedimento sanzionatorio si conclude infine con l'adozione da parte della Commissione di una delibera contenente il *provvedimento sanzionatorio* (che viene *pubblicato* dalla CONSOB per estratto sul proprio Bollettino – ai sensi dell'art. 195-*bis* del TUF – subito dopo l'ultima notificazione ai soggetti interessati) oppure di un *atto di archiviazione*.

Soltanto eccezionalmente la delibera di applicazione della sanzione può essere *pubblicata in forma anonima* allorquando: a) abbia ad oggetto dati personali la cui pubblicazione appaia sproporzionata rispetto alla violazione sanzionata; b) possa comportare rischi per la stabilità dei mercati finanziari o pregiudicare lo svolgimento di un'indagine penale in corso; c) possa causare un danno sproporzionato ai soggetti coinvolti, purché tale danno sia determinabile.

Altrettanto eccezionalmente la CONSOB può escludere la pubblicità del provvedimento sanzionatorio nel caso in cui la pubblicazione in forma anonima sia ritenuta insufficiente ad assicurare: a) che la stabilità dei mercati finanziari non sia messa a rischio o b) la proporzionalità della pubblicazione delle decisioni rispetto all'irrogazione della sanzione.

Una volta adottato il provvedimento sanzionatorio, questo deve essere ritualmente notificato alla parte. Dal perfezionamento della notifica eseguita nei confronti di ciascuno dei destinatari del provvedimento decorrono i termini per la proposizione del ricorso in opposizione, secondo quanto previsto dagli artt. 187-*septies* (per i provvedimenti in materia di abusi di mercato) e 195 TUF (per i provvedimenti riguardanti gli altri settori), che fissano il termine in trenta giorni se il ricorrente risiede o ha la sede legale in Italia ed in sessanta giorni se il ricorrente risiede o ha la sede legale all'estero.

Entro i termini sopra ricordati (trenta o sessanta giorni) il ricorso deve essere notificato alla CONSOB e, nei successivi trenta giorni, depositato nella cancelleria del giudice competente unitamente ai documenti offerti in comunicazione.

Secondo quella che è l'interpretazione corrente degli artt. 24 e 111 Cost., la piena ed effettiva tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei cittadini (e così evidentemente anche dei soggetti coinvolti in procedimenti sanzionatori) deve sempre avvenire attraverso l'instaurazione di un vero e proprio giudizio davanti a una autorità giudiziaria.

Per questa ragione la giurisprudenza ritiene che *il procedimento davanti alla CONSOB debba essere considerato come una sorta di "prima fase", di natura amministrativa*, di un più ampio procedimento caratterizzato anche da una "seconda fase", di carattere giurisdizionale, rappresentata dall'eventuale giudizio di opposizione attivato dal soggetto sanzionato avverso il provvedimento e in cui può essere esercitato un pieno controllo di merito sul provvedimento, nell'ambito di un giudizio in cui sono previste sia l'udienza pubblica prescritta dall'art. 6 della CEDU, sia la possibilità per il soggetto sanzionato di essere audito personalmente<sup>21</sup>.

L'ordinamento giuridico italiano ha previsto che la cognizione sulle sanzio-

21. Secondo la Corte EDU, 4 marzo 2014, n. 18640, poiché l'osservanza dell'art. 6 della CEDU "non esclude (...) che in un procedimento di natura amministrativa, una 'pena' sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa", ma presuppone che "la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'art. 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione", l'attribuzione alla Corte d'appello, quale giudice dell'opposizione, della cognizione anche nel merito della sanzione applicata dalla CONSOB, soddisfacendo le esigenze sottese alla disciplina convenzionale, rende il procedimento sanzionatorio conforme, sotto questo profilo, al disposto dell'art. 6 della CEDU (cfr. anche Cons. Stato, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596; Cass., 31 luglio 2020, n. 16528; Cass., 11 luglio 2020, n. 3457).



ni sia attribuita al giudice ordinario<sup>22</sup>, normativamente individuato nella Corte d'appello nella cui circoscrizione l'opponente ha la sede legale o la residenza (art. 187-*septies*, comma 4, TUF)<sup>23</sup>.

In linea generale, l'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento; tuttavia, su istanza di parte ed in presenza di gravi motivi, la Corte d'appello, con ordinanza non impugnabile, può disporre la sospensione dell'esecutività della delibera, avuto riguardo sia alla sanzione principale, sia alla sanzione accessoria, sia (benché non si tratti una sanzione) alla pubblicazione della delibera nel sito della CONSOB. In proposito, sulla base della situazione complessivamente prospettata dal ricorrente e dell'entità e della gravità delle conseguenze delle sanzioni inflitte con la delibera opposta, in sede di cognizione sommaria la Corte deve operare un bilanciamento tra l'interesse, di rilievo anche pubblico, all'immediata esecuzione della delibera impugnata e il pregiudizio che alla parte opponente deriverebbe dalla immediata esecuzione del provvedimento. Ad esempio, in caso di applicazione di una sanzione interdittiva la Corte d'appello deve valutare se l'interesse pubblico sia suscettibile di essere soddisfatto anche all'esito dell'eventuale rigetto dell'opposizione, a fronte della particolare lesività della misura interdittiva applicata e delle ripercussioni sull'attività lavorativa del ricorrente, in termini di perdita di incarichi attuali e di occasioni future di lavoro.

Il giudizio di opposizione si svolge in udienza pubblica, nella quale vengono disposti anche d'ufficio i mezzi di prova che la Corte ritiene necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta.

La giurisprudenza ha precisato che l'opposizione non ha ad oggetto l'atto, ma il rapporto; essa, pertanto, non configura un'impugnazione dell'atto, ma piuttosto introduce un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'Autorità,

22. È interessante qui ricordare la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2012 di declaratoria dell'illegittimità costituzionale degli artt. 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'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui avevano attribuito 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 CONSOB, e dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abrogava le disposizioni del TUF che attribuivano alla Corte d'appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla CONSOB. Analoga pronuncia è stata adottata dalla Consulta con riferimento alla giurisdizione sulle sanzioni adottate dalla Banca d'Italia (sentenza n. 94/2014).

23. Se l'opponente non ha la sede legale o la residente in Italia, è competente la corte del luogo in cui la violazione è stata commessa. Si ricorda che l'art. 195, a sua volta, fa riferimento alla Corte del luogo in cui ha sede la società o l'ente a cui appartiene l'autore della violazione ovvero, qualora tale criterio non sia applicabile, alla corte del luogo in cui la violazione è stata commessa.

devolvendo al giudice la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della stessa, e consentendo dunque una completa rivalutazione dei presupposti sostanziali degli illeciti e delle sanzioni<sup>24</sup>.

Con la sentenza emessa all'esito del giudizio – impugnabile con ricorso per Cassazione secondo le regole generali di impugnazione della sentenza della Corte d'appello – la Corte può dunque rigettare l'opposizione o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione applicata.

Copia della sentenza è trasmessa alla CONSOB, anche ai fini della pubblicazione dell'esito del giudizio di opposizione, prevista dall'art. 195-*bis*, comma 1, TUF.

## **6. La tutela giurisdizionale effettiva nell'interpretazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, della Corte di giustizia europea e della Corte costituzionale**

Sull'assetto complessivo della disciplina del potere sanzionatorio della CONSOB e sulle regole del procedimento sanzionatorio – quali espressioni del principio di tutela effettiva dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei soggetti coinvolti in procedimenti sanzionatori – ha inciso profondamente la giurisprudenza sovranazionale e nazionale, che ha esteso istituti di matrice penalistica (*ne bis in idem*, retroattività della *lex mitius*, ecc.) ad alcuni illeciti amministrativi dei mercati finanziari e ha ampliato il contenuto delle garanzie difensive da assicurare alle parti nel corso del procedimento sanzionatorio (ad esempio, in relazione al c.d. accesso difensivo di cui si è già detto). Si tratta, evidentemente, di un aspetto del più ampio fenomeno dell'espansione dei diritti umani riconosciuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo al settore dell'economia e della finanza; espansione che, però, ha riguardato solo gli illeciti configuranti abusi di mercato, in quanto tutti gli altri illeciti in materia finanziaria dovrebbero essere considerati come aventi natura meramente amministrativa<sup>25</sup>.

Senza potere trattare di seguito tutti gli interventi compiuti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale<sup>26</sup>

24. Cass., 30 giugno 2020, n. 13150; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3943.

25. In questo senso si esprime la giurisprudenza di legittimità e di merito italiana. Si veda da ultimo: Cass. n. 19558/2020, *Plattner*; Cass. n. 8787/2020, *Trulli*; Cass. n. 3457/2020, *Alia*; Cass. n. 2200/20, *Chiapparelli*; Cass. n. 23814/2019 *Barbieri*; Cass. 16324/19 *Conti*; Cass. n. 12799/2019, *Granai*; Cass. n. 11364/2019, *Calvanico*; Cass. 11363/19, *Laroche*; Cass. 9908/2019, *Gennari*, Cass. 9906/2019, *Gennaioli*; Cass. 5606/19, *Mossetto*.

26. Centrale è stato l'apporto della Consulta nel ripensamento del tradizionale impianto delle sanzioni amministrative connotate da un carattere spiccatamente affittivo. A tal riguardo può qui

che hanno avuto impatti sulla materia finanziaria, di seguito si tratteranno due delle principali tematiche incise da dette pronunce: il tema del *ne bis in idem* e il tema del diritto al silenzio.

## 7. Illeciti amministrativi e illeciti penali in materia finanziaria: il tema del *ne bis in idem* processuale e sostanziale

Alcune considerazioni più specifiche merita il tema del rapporto tra gli illeciti amministrativi e gli illeciti penali, in particolare, sotto il profilo della compatibilità del regime del c.d. doppio binario sanzionatorio rispetto al canone del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, Protocollo 7 della CEDU e dall'art. 50 della Carta di Nizza. Si tratta di una questione di grande rilievo nella materia degli abusi di mercato, ove si delinea una sostanziale identità tra le fattispecie astratte che individuavano – prima del d.lgs. n. 107/2018 – e tuttora, in larga misura, definiscono i due diversi tipi di illecito<sup>27</sup>.

essere ricordata la sentenza n. 68/2017, ove – pur dichiarando inammissibili le questioni sollevate rispetto all'art. 187-*sexies* TUF e all'art. 9, c. 6, l. n. 62/2005 – è stata riconosciuta la connotazione prevalentemente affittiva e la natura eminentemente sanzionatoria della confisca amministrativa per equivalente (prevista dall'art. 187-*sexies* del TUF), tali da implicare il divieto di applicazione retroattiva ai sensi dell'art. 25, comma 2 della Costituzione (sul punto, si veda altresì la sentenza della Corte costituzionale n. 139/2019 ove viene ribadito che il principio di legalità è un parametro applicabile alle sanzioni penali e a quelle amministrative di natura “sostanzialmente punitiva”) e la medesima conclusione è stata ribadita dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 223/2018 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, c. 6, l. n. 62/2005, nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* TUF, si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio conseguente all'intervento di depenalizzazione risulti in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente. Alle richiamate pronunce si aggiungono le sentenze che hanno riconosciuto la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative previste nel TUF nella materia degli abusi di mercato e ciò ai fini dell'applicazione dei principi costituzionali (oltre che convenzionali della Carta EDU) di retroattività *in mitius* (Corte costituzionale, 21 marzo 2019 n. 63 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2 del d.lgs. n. 72/2015 nella parte in cui escludeva l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 – c.d. dequintuplicazione degli importi delle sanzioni – alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-*bis* del TUF), della proporzionalità della sanzione (Corte costituzionale, 6 marzo 2019 n. 112, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* del TUF, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a, della legge 18 aprile 2005, n. 62, nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto) e del c.d. diritto al silenzio, cui si farà cenno nel prosieguo della esposizione.

27. F. Mucciarelli, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in id.*, la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità, in *Dir. pen. contemporaneo*, 17 ottobre 2018.

La *disciplina europea* degli abusi di mercato è mutata nel tempo passando da una *prima fase* nella quale (con la Direttiva 2003/6/CE c.d. MAD I) veniva, da un lato, imposto agli Stati membri di adottare opportune “*misure amministrative*” o “*sanzioni amministrative*” e, dall’altro, lasciata piena discrezionalità in ordine alla previsione di eventuali sanzioni penali aggiuntive, a una *seconda fase* nella quale (con la Direttiva 2014/57/UE c.d. MAD II ed il Regolamento (UE) n. 596/2014, c.d. MAR) gli Stati membri sono stati obbligati a prevedere sanzioni penali “almeno per le forme più gravi di abuso di mercato”, ma sempre con la facoltà di mantenere o introdurre anche sanzioni amministrative.

Nella versione previgente al d.lgs. n. 107/2018 – recante le norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 596/2014 – l’illecito di cui all’art. 187-*bis* del TUF (abuso di informazioni privilegiate) era delineato in modo identico rispetto alla figura delittuosa individuata dall’art. 184 del TUF, mentre la definizione delle condotte costituenti l’illecito amministrativo della manipolazione di mercato (art. 187-*ter* del TUF), differente rispetto a quella contenuta nell’art. 185 del TUF, poteva costituire una specificazione dei comportamenti rilevanti sul piano penale.

Il citato d.lgs. n. 107/2018 è intervenuto sugli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del TUF, introducendo il rinvio espresso agli artt. 14 e 15 del Regolamento MAR. Questi ultimi hanno definito le condotte in modo particolarmente dettagliato, inquadrandosi all’interno di un *corpus* normativo (Regolamento e Direttiva) che prevede le corrispondenti fattispecie di illecito penale, caratterizzate anch’esse dall’analitica e puntuale descrizione delle condotte (si vedano gli artt. 3, 4 e 5 della Direttiva 2014/57/UE), tratteggiate in maniera differente rispetto a quelle che integrano i corrispondenti illeciti amministrativi.

L’attenzione della giurisprudenza europea sui sistemi punitivi a doppio binario ha origine dalla elaborazione della nozione di *matière pénale* da parte della Corte EDU con la nota sentenza *Engel c. Paesi Bassi*<sup>28</sup>, considerata *una delle più vistose applicazioni del principio di effettività* del diritto convenzionale<sup>29</sup>, da cui è derivata la graduale estensione della portata delle garanzie riservate dalla Convenzione EDU al diritto penale, tra le quali, quella che deriva dall’applicazione del richiamato principio del *ne bis in idem*.

Nello specifico, l’art. 4, Protocollo n. 7, dispone che “Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza defi-

28. CEDU, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71.

29. C. Deodato, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all’applicazione delle sanzioni CONSOB in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi.it*, n. 23 del 18 dicembre 2019.

nitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato” (comma 1). Il medesimo contenuto della norma convenzionale è ripreso nell’art. 50<sup>30</sup> della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea), che è disposizione di diritto primario dell’Unione Europea ed è, come tale, direttamente applicabile nell’ambito del diritto UE.

La prima accezione del principio del *ne bis in idem* è quella di preclusione processuale, volta a evitare la duplicazione dei procedimenti per un medesimo fatto – naturalisticamente inteso<sup>31</sup> – a carico dello stesso soggetto, che può trovare applicazione in presenza di misure punitive che, nonostante la qualificazione formale come amministrative nell’ambito degli ordinamenti nazionali, si caratterizzano per la loro particolare afflittività, potendosi considerare “sanzioni sostanzialmente penali”. Detta classificazione è stata ancorata a una nozione di pena o di sanzione penale differente da quella propria dell’ordinamento interno (fondata solo sul criterio di qualificazione giuridico-formale), che considera anche criteri di tipo funzionale e sostanziale, fondata su alcuni parametri (i c.d. criteri Engel), tra loro alternativi e non cumulativi: a) la qualificazione giuridico-formale dell’infrazione nel diritto interno (o dell’Unione); b) la natura dell’offesa e degli interessi tutelati; c) la natura e il grado di severità della sanzione.

A tal riguardo, con riferimento alle competenze sanzionatorie della CONSOB, è con la sentenza del 4 marzo 2014 resa sul caso *Grande Stevens* che la Corte EDU ha considerato le fattispecie di abuso di mercato di cui all’art. 187-ter del TUF come illeciti amministrativi aventi natura sostanzialmente penale, conseguentemente catalogando le relative sanzioni come sostanzialmente penali. Nel caso *Grande Stevens*, la Corte EDU ha interpretato l’art. 4, prot. n. 7 della CEDU come previsione che genera una preclusione all’avvio di un secondo procedimento in presenza di un provvedimento definitivo sulle medesime condotte, senza pertanto escludere la contemporanea apertura e prosecuzione di procedimenti paralleli, ma imponendo l’interruzione del procedimento in corso al momento della definizione in via definitiva del procedimento pendente<sup>32</sup>.

30. “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

31. Corte EDU, 10 febbraio 2009, ricorso n. 1493/03, *Zoluthukin c. Russia*.

32. La sentenza *Grande Stevens* propone una lettura del principio del *ne bis in idem* di natura essenzialmente processuale, tale per cui sussisterebbe la sua violazione ogniqualvolta, in presenza di una sentenza passata in giudicato di applicazione di una sanzione avente natura penale, in relazione al medesimo fatto storico sia avviato un secondo procedimento di applicazione di sanzioni che possano rientrare nel paradigma della “materia penale”, sicché in tale contesto la violazione del *ne bis in idem* potrebbe essere evitata solo prevedendo un meccanismo di interruzione del secondo procedimento. Sotto tale profilo, a nulla rileverebbe il sistema compensativo di cui all’art. 187-terdecies del TUF. Sul punto, V. Calandra Buonauro, *Commentario breve al testo unico della finanza*, CEDAM, 2020. Si tratta di una impostazione seguita anche in successive sentenze della

L'orientamento esplicitato dalla sentenza *Grande Stevens* appare successivamente ridimensionato nella sentenza *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016; escludendo l'automatismo che era presente nella sentenza *Grande Stevens* al cospetto dei doppi binari vigenti negli ordinamenti interni, la Grande Camera ha riconosciuto che la tutela del principio del *ne bis in idem* è rimessa al Giudice dell'ordinamento interno chiamato a svolgere quello che viene definito un "test di connessione" sulla base di taluni criteri dalla stessa enunciati. Si tratta, nello specifico, di verificare:

- a. il perseguimento di scopi complementari da parte dei due diversi procedimenti, che devono pertanto concernere diversi aspetti del comportamento illecito in questione;
- b. l'esistenza di una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra i due procedimenti (penale e amministrativo) unitamente alla "prevedibilità" astratta e concreta di tale doppio procedimento da parte del trasgressore;
- c. l'esistenza di un coordinamento, specie sul piano probatorio, tra i due procedimenti con eliminazione, per quanto possibile, di duplicazioni istruttorie;
- d. il coordinamento e la contiguità temporale tra i procedimenti;
- e. la previsione di meccanismi che consentano, nel secondo procedimento, di tenere in considerazione la sanzione eventualmente già inflitta nel primo procedimento, in modo da evitare che l'interessato sia sottoposto a un trattamento sanzionatorio complessivo eccessivamente gravoso, ossia non proporzionato rispetto alla gravità dell'illecito commesso.

La previsione normativa di procedimenti amministrativi e penali – e la conseguente applicazione delle relative sanzioni – non confligge di per sé con il principio convenzionale del *ne bis in idem* nella cui nozione confluiscono elementi estranei alla logica meramente processuale del principio, quali la proporzionalità complessiva della sanzione e la vicinanza temporale dei due procedimenti. Accanto alla nozione di *ne bis in idem* processuale si delinea, pertanto, una nozione di *ne bis in idem* sostanziale posto a garanzia del divieto di doppia sanzione per il medesimo fatto.

La sentenza *A e B. c. Norvegia* sembrerebbe pertanto aver determinato una sovrapposizione di meccanismi di natura sostanziale al principio di carattere pro-

Corte EDU, tra le quali è utile citare *Nykaien/Finlandia* del 20 maggio 2014, *Lucki/Svezia* del 27 novembre 2014, *Kiivari/Finlandia* del 10 febbraio 2015; quest'ultima – intervenuta nella materia tributaria – ha rimarcato che ai fini di reputare integrata la violazione del diritto al *ne bis in idem* occorre avere riguardo all'identità del fatto storico. Nella sentenza *Butnaru/Romania* del 23 giugno 2015 è stato statuito che l'efficacia preclusiva dell'art. 4, Protocollo 7 della CEDU impedisce l'instaurazione di un secondo procedimento per il medesimo fatto.

cessuale, sicché la legittimità del cumulo procedimentale – e, dunque, il rispetto del *ne bis in idem* processuale – è subordinata al rispetto del *ne bis in idem* sostanziale<sup>33</sup>. In estrema sintesi, la Corte ha affermato che il sistema punitivo a doppio binario cumulativo risulta legittimo a condizione che lo stesso sia costituito da “un insieme integrato di procedimenti e di relative sanzioni caratterizzati dalla prevedibilità e proporzionalità”.

A partire dalla sentenza *A e B c. Norvegia*, al fine di mitigare gli effetti dell’applicazione del divieto di *ne bis in idem* processuale – sancito dalla sentenza *Grande Stevens* – l’attenzione è stata quindi incentrata sul principio dello stretto nesso materiale e temporale, anche attraverso il riferimento a *sub*-criteri, tra i quali ha assunto particolare rilievo il canone della proporzionalità del cumulo delle sanzioni complessivamente irrogate rispetto alla gravità dell’illecito. La sottoposizione di un soggetto a un processo penale per il medesimo fatto per cui sia già stato definitivamente sottoposto a sanzione amministrativa di carattere punitivo (secondo i “criteri Engel”) integra una violazione del *ne bis in idem*, a meno che tra i due procedimenti che sanzionano il medesimo fatto sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto. Sussistendo altri indici rivelatori dello stretto nesso materiale e temporale, vengono considerati legittimi l’avvio, la prosecuzione e la definizione di paralleli procedimenti, purché essi definiscano un quadro sanzionatorio integrato caratterizzato dalla prevedibilità, sulla base di un accertamento da compiere in concreto da parte del Giudice nazionale<sup>34</sup>.

La matrice processuale del *ne bis in idem* – punto di forza delle prime pronunce della Corte di Strasburgo – viene dunque “contaminata” dall’elemento valutativo tipico del *ne bis in idem* sostanziale (cui la Corte di Giustizia aveva già fatto riferimento nella sentenza *Fransson*, cui nel prosieguo si farà cenno), ovvero la proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva<sup>35</sup>.

La valutazione della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti si rinviene nelle pronunce della Corte EDU immediatamente successive alla sentenza *A e B c. Norvegia*; è possibile ricordare, a tal proposito, la sentenza *Johannesson e a. c. Islanda* del 18 maggio 2017, ove è stata riconosciuta all’unanimità la violazione della garanzia convenzionale<sup>36</sup>; la sen-

33. G. Ardizzone, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria: un’occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem “europeo”*, in *Sistemapenale.it*.

34. Corte di Cassazione, sez. V pen., 10 ottobre 2018 n. 45829 che rappresenta la prima decisione in cui vengono applicati i principi di diritto elaborati dalle Corti europee e da quelle nazionali, mediante una analitica ricostruzione del dibattito che ha avuto origine dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia*.

35. V. Calandra Buonaura, *Commentario breve al testo unico della finanza*, cit.

36. F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 5/2017. La sentenza è intervenuta in materia di *ne bis in idem* e dop-

tenza del 6 giugno 2019 *Nodet c. Francia*; la sentenza del 21 luglio 2020, *Velkov c. Bulgaria* e la più recente sentenza del 6 aprile 2021, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, ove la Corte EDU ha ritenuto di non dover prendere in considerazione l'esame del parametro temporale al fine di verificare la sussistenza della violazione del principio del *ne bis in idem*.

Anche la Corte di giustizia dell'UE è intervenuta sul tema del doppio binario sanzionatorio e del divieto del *bis in idem*, facendo leva su un criterio di valutazione focalizzato su una lettura più sostanziale, che processuale, del principio del *ne bis in idem*.

Occorre ricordare che con la sentenza *Spector Photo Group* del 23 dicembre 2009 – relativa a un caso di abuso di informazioni privilegiate – è stato statuito che dall'art. 14 della Direttiva 2003/6/CE<sup>37</sup> non discende il divieto di prevedere sanzioni penali e amministrative per uno stesso fatto, purché le sanzioni risultino efficaci, proporzionate e dissuasive.

Merita, quindi, di essere menzionata la pronuncia *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, ove è stata riconosciuta la libertà per gli Stati membri di definire tipologia e *quantum* delle sanzioni per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione; dal che discende che gli stessi sono legittimati a ricorrere contestualmente a misure amministrative e penali (talché in linea di principio non vi sarebbe – nell'art. 50 della Carta di Nizza – una preclusione alla previsione del cumulo di sanzioni penali e amministrative per il medesimo fatto), purché la formale qualificazione di misura amministrativa non celi una indebita duplicazione punitiva, che risulterebbe non in linea con il divieto di doppio giudizio. La valutazione della compatibilità del cumulo di sanzioni con il *ne bis in idem* spetta in

pio binario sanzionatorio nella materia tributaria. Detta pronuncia si allinea alla sentenza *A e B c. Norvegia* della Grande Camera sia con riguardo alla natura sostanzialmente penale dei due procedimenti amministrativi da cui erano scaturite le sovrattasse per tributi evasi, sia rispetto alla valutazione della sussistenza dell'*idem factum*. Con riferimento alla connessione "sostanziale", la Corte ha riconosciuto che i procedimenti e le sanzioni applicate perseguissero scopi complementari e che l'applicazione delle sovrattasse amministrative come delle pene fosse in concreto circostanza prevedibile da parte dei ricorrenti. La Corte ha però anche sottolineato come l'indagine compiuta dalla polizia fosse stata svolta in modo indipendente rispetto alla verifica fiscale, con condanna dei ricorrenti a distanza di più di otto anni dal momento in cui l'Amministrazione tributaria aveva denunciato per la prima volta i fatti alla polizia. In merito alla connessione "temporale" è stato, invece, rilevato come i procedimenti avessero coperto un periodo di oltre nove anni, durante i quali le attività compiute in parallelo erano state estremamente ridotte.

37. Art. 14, par. 1: "Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive".



via prioritaria al Giudice nazionale e può essere ancorata agli *standard* di tutela interni, purché conformi al livello di protezione assicurato dalla Carta e rispettosi del primato del diritto dell'Unione Europea.

Al mese di marzo 2018 risalgono le note sentenze, della Grande Sezione della Corte di Giustizia UE, rese nei casi *Menci*<sup>38</sup>, *Di Puma e Zecca*<sup>39</sup> e *Garlsson Estate*<sup>40</sup>.

Nella sentenza *Menci*, che compie uno scrutinio alla luce dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza e in particolare dell'art. 50, richiamando la sentenza *Fransson*, è rimarcato che il principio del *ne bis in idem* pone una preclusione al cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni aventi natura penale, per gli stessi fatti e nei confronti di una stessa persona. La Corte di Giustizia ha ribadito che una limitazione del principio del *ne bis in idem* garantito all'art. 50 della Carta può essere giustificata in base al successivo art. 52, par. 1, ai sensi del quale eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. In base al secondo periodo del suddetto paragrafo 1,

38. Grande Sezione della Corte di Giustizia del 20 marzo 2018, in materia di omesso versamento dell'IVA, intervenuta sulla questione posta in via pregiudiziale dal Tribunale di Bergamo, al fine di verificare se l'art. 50 della Carta di Nizza, letto alla luce dell'art. 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'IVA dovuta entro i termini di legge, qualora a detta persona sia già stata irrogata una sanzione amministrativa definitiva per i medesimi fatti. La Corte ha così concluso: "l'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'IVA dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, purché siffatta normativa sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di IVA, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari, contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti, e preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti. Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso".

39. Nello specifico, la sentenza ha considerato l'impossibilità di instaurare, nei confronti di persone fisiche assolve in sede penale, un nuovo procedimento diretto all'inflizione di una sanzione di natura amministrativa ma sostanzialmente penale, come è quella prevista dall'art. 187-*bis* del TUF.

40. Si è trattato di un caso di manipolazione del mercato e dell'applicazione, da parte della CONSOB, della sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di soggetti che erano stati già destinatari di una sentenza definitiva del Giudice penale per il reato di cui all'art. 185 del TUF, a seguito di patteggiamento.

nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora queste siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

È stato dunque ritenuto che nel caso di specie la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali, così come procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale, fosse prevista dalla legge sulla base di condizioni fissate in modo tassativo. Con riferimento al principio di proporzionalità, si è poi osservato che detto principio richiede che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti<sup>41</sup>.

La sentenza *Garlsson Real Estate* ha avuto a oggetto condotte manipolative del mercato, sanzionate dalla CONSOB, rispetto alle quali era già intervenuta in sede penale una sentenza di patteggiamento passata in giudicato.

Nello specifico, il quesito pregiudiziale posto dalla Corte di Cassazione aveva investito la legittimità della sanzione amministrativa irrogata per il medesimo fatto per il quale il destinatario della stessa aveva patteggiato in sede penale, alla luce dell'art. 50 della CDUE; sempre in via pregiudiziale la Corte di Cassazione aveva sollevato la questione dell'applicabilità o meno, in via diretta, da parte del Giudice nazionale, dei principi unionali in relazione al principio del *ne bis in idem*, in base all'art. 50 della CDUE interpretato alla luce dell'art. 4, Protocollo n. 7 della CEDU, della giurisprudenza della Corte EDU e della normativa nazionale<sup>42</sup>.

La Grande Sezione, dopo avere ricordato l'obiettivo perseguito dalla normativa istitutiva del doppio binario sanzionatorio, consistente nella tutela dei mercati finanziari dell'Unione e della fiducia del pubblico negli strumenti finanzia-

41. In tal senso si esprimono le sentenze del 25 febbraio 2010, *Müller Fleisch*, C-562/08, EU:C:2010:93, punto 43; del 9 marzo 2010, *ERG e a.*, C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, punto 86, e del 19 ottobre 2016, *EL-EM-2001*, C-501/14, EU:C:2016:777, punti 37 e 39.

42. Rispetto ai quesiti posti, la Corte ha osservato che "l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una sentenza di condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva" e che "il principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale".

ri, reputandolo adeguato a fondare la limitazione all'applicazione dell'art. 50 CDFUE, nonché sufficientemente proporzionato a tale scopo, ha ribadito che il principio di proporzionalità implica che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale non debba superare i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva.

Di particolare rilievo è la precisazione in forza della quale il cumulo delle sanzioni deve essere accompagnato da norme che garantiscano che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato, derivando tale obbligo dall'art. 52 par. 1 della Carta e dal principio di proporzionalità delle pene sancito dall'art. 49, par. 3. Tali norme devono contemplare per le autorità procedenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, il dovere di verificare che la severità del trattamento sanzionatorio complessivo non ecceda la gravità del reato<sup>43</sup>.

Vi è poi la pronuncia “Di Puma e Zecca”<sup>44</sup> – intervenuta sulle due cause riunite che hanno avuto a oggetto le sanzioni comminate dalla CONSOB per condotte di abuso di informazioni privilegiate nei confronti di due soggetti assolti a seguito di un procedimento penale – ove viene ancora una volta ribadito che l'obiettivo di proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari è tale da giustificare un cumulo di azioni come quello previsto dalla normativa nazionale oggetto del procedimento principale, ove tali azioni e sanzioni siano intese, in vista del conseguimento di detto obiettivo, a fini complementari aventi ad oggetto, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento costitutivo dell'infrazione in esame. La prosecuzione del procedimento

43. La sentenza *Garlsson Real Estate* assume rilievo anche per la posizione espressa in merito al meccanismo di riequilibrio sanzionatorio previsto dall'art. 187-terdecies del TUF (nella sua formulazione previgente alle modifiche apportate dall'art. 4 del d.lgs. n. 107/2018), reputato inadeguato: la presenza della pena della reclusione ha indotto la Grande Sezione ad affermare che il citato art. 187-terdecies “non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione, dal momento che l'articolo 187-terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione” (è utile rammentare che il menzionato art. 187-terdecies prevedeva che, quando per lo stesso fatto erano state applicate una multa e una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della multa fosse limitata alla parte eccedente l'importo della sanzione amministrativa, senza alcuna esplicita previsione relativa all'ipotesi di applicazione della pena detentiva). L'attuale formulazione dell'art. 187-terdecies del TUF, introdotta con l'art. 4, c. 17, d.lgs. n. 107/2018, consente la ponderazione di sanzioni eterogenee (pecuniarie e detentive), mentre traslascia di considerare le sanzioni accessorie.

44. CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16.

teso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria avente natura penale, successivamente alla definizione del procedimento penale, deve superare il vaglio di proporzionalità<sup>45</sup>.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha, quindi, contribuito a fissare i parametri che possono indirizzare il Giudice nazionale nella valutazione di conformità del doppio binario sanzionatorio al diritto dell'Unione. Con riferimento specifico alla materia degli abusi di mercato, la Corte di giustizia ha rilevato la violazione dell'art. 50 della Carta di Nizza nei casi in cui la sanzione penale sia intervenuta prima della sanzione formalmente amministrativa; laddove la sanzione penale risulti già "idonea a reprimere (il) reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva" (sentenza *Garlsson*), la previsione di un ulteriore aggravamento sanzionatorio contrasterebbe con il principio di proporzionalità. La medesima obliterazione del canone di proporzionalità sarebbe altresì ravvisabile, ove il procedimento amministrativo venga proseguito a valle di un procedimento penale definito con sentenza di assoluzione divenuta definitiva (sentenza *Di Puma*)<sup>46</sup>.

Rispetto al quadro della giurisprudenza europea così brevemente riassunto va considerata la posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale; a tal proposito, può quindi essere menzionata la sentenza n. 102 del 2016 mediante la quale la Consulta, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate con riguardo all'art. 649 c.p.p. e agli artt. 187-*bis*, comma 1 e 187-*ter*, comma 1 del TUF, ha osservato che, "in base alla consolidata giurisprudenza europea (...) il divieto di *bis*

45. La sentenza ha, quindi, statuito che "l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6, letto alla luce dell'articolo 50 della Carta, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati".

46. Interessante è la recente App. Milano, sez. I civ, 25 luglio 2023, n. 2461 per le considerazioni in ordine all'applicazione del principio del *ne bis in idem* al procedimento amministrativo definito dalla CONSOB per la condotta di illecita comunicazione di informazioni privilegiate, in relazione all'intervenuta adozione, nel parallelo procedimento penale, del provvedimento di archiviazione (nel caso di specie, la richiesta di archiviazione del P.M. è stata accolta dal GIP all'esito del giudizio di opposizione promosso dalla CONSOB). Illustrando diversi argomenti a sostegno della possibilità di equiparare il provvedimento di archiviazione a un provvedimento "irrevocabile" (art. 649 c.p.), il Collegio ha anche osservato che "appare, oggettivamente, paradossale che l'indagato – ai fini degli effetti preclusivi del *ne bis in idem* – possa avvalersi di una pronuncia favorevole solo se resa con sentenza passata in giudicato, piuttosto che invocare tale principio nel caso in cui il giudice investito della notizia criminis non abbia neppure ritenuto di proseguire l'azione penale nei suoi confronti per insussistenza di indizi di colpevolezza". Nel caso di specie, la CdA ha poi ritenuto di dover comunque procedere a una valutazione delle prove versate in atti dalla CONSOB, "nella consapevolezza che le suesposte considerazioni afferiscano ancora più al de iure condendo che al de iure condito, in assenza di consolidati riferimenti giurisprudenziali in materia".

*in idem* ha carattere processuale, e non sostanziale” e “permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all’altro”, sottolineando che “spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l’ordinamento nazionale e la CEDU”.

Nella successiva sentenza n. 43 del 24 gennaio 2018 la Corte costituzionale ha preso atto del mutamento di impostazione – sopra menzionato – di cui alla sentenza della CEDU *A e B c. Norvegia* e – con riguardo alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Monza rispetto all’art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell’imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell’ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e dei relativi protocolli – ha ritenuto il venir meno dei presupposti che fondavano la questione sollevata dal Giudice remittente (cui sono stati restituiti gli atti ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale), reputando decisivo il consolidato principio del nesso strumentale e temporale sufficientemente stretto che, ove riscontrato rispetto ai due procedimenti amministrativo e penale, rende il doppio binario sanzionatorio conforme alla Convenzione EDU e, nello specifico, all’art. 4, protocollo 7<sup>47</sup>.

Un breve cenno è dovuto alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 149 depositata in data 16 giugno 2022, intervenuta sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. in relazione al cumulo tra la sanzione penale prevista dall’art. 171-ter, comma 1, lett. b) della legge n. 633/1941 e della sanzione amministrativa applicata, per i medesimi fatti, ai sensi dell’art. 174-bis della legge n. 633/1941. Prendendo le mosse dalla constatazione che la materia del di-

47. La sentenza n. 43/2018 sottolinea che “Il *ne bis in idem* convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d’atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una “close connection” è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell’altro. Inoltre neppure si può continuare a sostenere che il divieto di bis in idem convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all’entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all’applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di bis in idem pienamente operante”.

ritto di autore è compresa nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE e che, quindi, gli Stati membri sono chiamati a garantire il rispetto del principio sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza, la Consulta ha ricostruito il dibattito sorto con riferimento al principio del *ne bis in idem*, individuandone la *ratio* principale – quale diritto fondamentale della persona – nella necessità di evitare “la sofferenza” di un secondo processo per gli stessi fatti già oggetto di un precedente procedimento. Nella sentenza è stato, quindi, osservato che il sistema di doppio binario in esame non è normativamente congegnato in modo da assicurare che i due procedimenti sanzionatori previsti apprestino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria agli illeciti in materia di violazioni del diritto d'autore, già penalmente sanzionati dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941. Rilevato che “i due procedimenti originano dalla medesima condotta, ma seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al *ne bis in idem*”, la Consulta ha ritenuto di “porre almeno parzialmente rimedio (a tali violazioni) attraverso l'intervento sull'art. 649 cod. proc. pen. auspicato dal rimettente”. Da ciò è discesa la declaratoria di incostituzionalità del citato art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede che il Giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633/1941 che, per il medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge. Particolare rilievo, soprattutto per le materie di competenza della CONSOB ove si è posto e si pone il tema del diritto al *ne bis in idem*, assume l'invito al Legislatore nazionale – da parte della Consulta – a intervenire sì nella specifica materia all'esame, ma “nel quadro di un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di Giustizia e da questa stessa Corte”.

Il diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dalla Corte di giustizia come provvisto di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri è stato considerato anche dalla nostra giurisprudenza di legittimità.

In particolare, è interessante citare la sentenza della Corte di cassazione, sez. V penale, n. 49869 del 21 settembre 2018 ove sono richiamate le posizioni espresse dalle Corti europee e viene osservato come il principio del *ne bis in idem* operi sulla base di un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega il procedimento penale e quello solo formalmente amministrativo e che il criterio eminente per affermare o negare il legame tra detti procedimenti è quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata: di grande rilievo, in tal senso, è il fondamento del canone di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio che instaura una correlazione tra l'art. 50 e l'art. 49,

comma 3, della Carta di Nizza. La suddetta pronuncia della Corte di Cassazione ha escluso, innanzitutto, che le sanzioni amministrative comminate per l'abuso di informazioni privilegiate siano riconducibili al "nucleo duro" del diritto penale e ciò sulla base della giurisprudenza costituzionale in forza della quale la riconducibilità di una sanzione formalmente amministrativa alla materia penale secondo i canoni convenzionali non comporta la riferibilità *tout court* a detta sanzione dell'apparato di garanzie proprio della sanzione penale in senso stretto: infatti, "ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna", non essendo precluso al legislatore interno il riconoscimento di determinate garanzie al (solo) "nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno" (Corte cost., sent. n. 43 del 2017). La disciplina dell'illecito penale e quella dell'illecito amministrativo, inoltre, hanno scopi complementari.

La sentenza merita di essere segnalata per avere considerato il tema dell'ordine di svolgimento e conclusione dei due procedimenti – avanti al giudice penale e alla CONSOB – in relazione al giudizio di complessiva proporzionalità del quadro sanzionatorio che il Giudice interno deve valutare anzitutto rispetto alla gravità del fatto, tenendo conto del meccanismo di cui all'art. 187-terdecies del TUF (considerato nella previgente formulazione). Un giudizio di non rispondenza del complessivo trattamento sanzionatorio al canone della proporzionalità dovrà, pertanto, condurre alla diretta applicazione dell'art. 50 della Carta di Nizza, con eventuale disapplicazione, in toto ma anche solo *in mitius*, delle norme interne cui è ancorato il trattamento sanzionatorio. La Corte di cassazione ha individuato quindi due ipotesi: in primo luogo, quella in cui la sanzione definitiva e irrogata per prima sia sufficiente a "rispondere" all'intero disvalore del fatto, ove il Giudice deve disapplicare in toto la disposizione relativa alla sanzione non ancora divenuta definitiva. Si tratta di una situazione che può verificarsi quando la sanzione che sia divenuta per prima irrevocabile sia quella irrogata in sede penale. Diversa risulterebbe l'ipotesi in cui la sanzione divenuta per prima irrevocabile sia quella amministrativa, ove la disapplicazione della norma penale potrebbe aversi in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione adottata dalla CONSOB risulti idonea a coprire l'intero disvalore del fatto. Fuori da questa eventualità del tutto eccezionale, l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione in *mitius* della norma che commina dette sanzioni, non in toto, ma solo nel minimo edittole (entro il limite dell'art. 23 c.p.).

La Corte di cassazione si è occupata del tema in esame anche nella sentenza

n. 45829, sez. V pen., del 16 luglio 2018, ove è possibile rinvenire una approfondita disamina dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia e viene rilevato che “i due procedimenti (penale e amministrativo) non solo possono iniziare ma anche concludersi, mutando in tal modo profondamente la natura del *ne bis in idem* convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale. Infatti, purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio ed alle Autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione”.

La Corte di cassazione ha posto, dunque, l’attenzione sulla verifica di rispondenza al principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, che nella materia degli abusi di mercato può essere svolta anche nel giudizio di legittimità – in applicazione dell’art. 620, comma 1, lett. l) c.p.p. – qualora non sia necessario procedere a ulteriori accertamenti di fatto e facendo ricorso ai criteri di cui all’art. 133 c.p.<sup>48</sup>.

Vi sono poi le sentenze della Corte di cassazione intervenute nei giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB per fatti già giudicati in via definitiva in sede penale, ove è stato riconosciuto l’effetto diretto dell’art. 50 della Carta di Nizza; *ex multis*, nella sentenza n. 33426, sez. II civ., del 17 dicembre 2019, è stato rilevato che qualora la sanzione penale irrogata e divenuta definitiva (nel caso in esame, si era trattato di una sanzione applicata ai sensi dell’art. 444 c.p.p.) fosse di per sé proporzionata al complessivo disvalore dei fatti su cui è stato intrapreso anche il procedimento sanzionatorio amministrativo, dovrebbe trovare applicazione il principio del *ne bis in idem*”, in virtù della circo-

48. Con riferimento alla rilevanza del diritto al *ne bis in idem* in procedimenti penali concernenti fatti già oggetto di sanzioni irrogate in via definitiva dalla CONSOB, si veda altresì Corte di Cassazione, sez. V pen., 15 aprile 2019 n. 39999, ove è stato ricordato che la pronuncia *A e B c. Norvegia*, pur non sconfessando la giurisprudenza consolidata dei giudici di Strasburgo sulle nozioni di materia penale e di *idem factum*, ha utilizzato una nuova chiave di valutazione per la verifica della sussistenza di una violazione del divieto di doppio giudizio nell’ordinamento interno di uno Stato membro, nel caso in cui a una sanzione amministrativa definitiva si affianchi un procedimento penale per lo stesso fatto, nei confronti della stessa persona. I procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, possono coesistere qualora si ritenga tra loro una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” che li renda, sostanzialmente, quasi parte di unico sistema sanzionatorio “integrato”. Anche in questa pronuncia della Corte di legittimità, centrale è il criterio della proporzionalità del quadro sanzionatorio complessivo, la cui verifica è rimessa al Giudice di merito che “dovrà tener conto dell’incidenza negativa sulla fiducia degli investitori nei mercati e sulla lesione provocata al bene dell’integrità e trasparenza del mercato, nonché di tutti i fattori soggettivi ed oggettivi ulteriori che possono influire sul rapporto sanzione/disvalore del fatto”.



stanza che qualsiasi aggravamento in sede sanzionatoria “amministrativa” (ma la cui “pena” è sostanzialmente equiparabile a quella propriamente penale) rappresenterebbe una violazione del citato principio, proprio per effetto del mancato rispetto del criterio della proporzione affittiva tra cumulo sanzionatorio e fatti commessi<sup>49</sup>. Nell’ipotesi in cui non si dovessero ritenere sussistenti le condizioni per una valutazione di adeguatezza e proporzionalità della sanzione già irrogata, conseguente alla sopravvenuta condanna definitiva in sede penale, è demandato allo stesso Giudice di merito riconsiderare tutti gli aspetti della complessiva vicenda (con particolare riferimento a quelli soggettivi e oggettivi, al superamento del grado di lesione degli interessi giuridici protetti e all’entità del danno causato) per un intervento “proporzionalmente” riduttivo della misura delle sanzioni pecuniarie e personali applicate da parte della CONSOB<sup>50</sup>.

49. Si veda App. Bologna, sez. III civ., 11 ottobre 2023, n. 1993 ove il Collegio ha verificato in concreto la proporzionalità del cumulo della sanzione amministrativa, comminata per la condotta di cui all’art. 187-ter del TUF, con la pena applicata ai sensi dell’art. 444 c.p.p. con sentenza divenuta irrevocabile nelle more del giudizio di opposizione, e ha ritenuto che “la sanzione penale assorba completamente il disvalore della condotta antigiuridica rilevante sul piano penale ed amministrativo, offrendo, perciò, piena tutela all’interesse protetto dell’integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari”.

50. Il quadro giurisprudenziale così brevemente ricostruito può essere integrato dalla recente ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022 n. 68, interessante perché intervenuta con riguardo a un provvedimento sanzionatorio di un’altra Autorità indipendente – nella specie, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – e mediante la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell’art. 267 TFUE, tra le altre, sulla questione della rispondenza ai dettami dell’art. 50 della Carta di Nizza della normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria, avente natura “penale”, per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, rispetto alle quali sia intervenuta una condanna penale definitiva in un diverso Stato membro. Nel caso all’esame del Consiglio di Stato, il tema del diritto *ne bis in idem* è stato considerato in relazione alla sanzione amministrativa dell’ACGM sia sotto il profilo della qualificazione di detta sanzione come avente natura penale, sia con riferimento al profilo temporale, essendo stata – la sanzione amministrativa – irrogata ben prima della sanzione penale tedesca che però era divenuta definitiva anteriormente alla prima. La Corte di Giustizia, con la sentenza del 14 settembre 2023 (C-27/22), ha in primo luogo affermato che l’art. 50 della Carta di Nizza deve essere interpretato nel senso che la sanzione amministrativa pecuniaria – prevista dalla normativa nazionale – irrogata per pratiche commerciali sleali costituisce “sanzione penale” quando persegue una finalità repressiva e presenta un elevato grado di severità; ha, quindi, statuito che il principio del *ne bis in idem* sancito all’art. 50 della Carta di Nizza “deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente il mantenimento di una sanzione pecuniaria di natura penale irrogata a una persona giuridica per pratiche commerciali sleali nel caso in cui tale persona abbia riportato una condanna penale per gli stessi fatti in un altro Stato membro, anche se detta condanna è successiva alla data della decisione che irroga tale sanzione pecuniaria ma è divenuta definitiva prima che la sentenza sul ricorso giurisdizionale proposto avverso tale decisione sia passata in giudicato” e che il successivo art. 52, par. 1, debba “essere interpretato nel senso che esso autorizza la limitazione dell’applicazione del principio del *ne bis in idem*, sancito all’articolo 50 di tale Carta, in modo da consentire un cumulo di

## 8. Il diritto al silenzio (*nemo tenetur se detegere*) nella interpretazione della Corte di giustizia e della Corte costituzionale

Con sentenza del 2 febbraio 2021 (C-481/19) la Corte di giustizia – a seguito di un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 117/2019<sup>51</sup> – nell’ambito di un procedimento sanzionatorio della CONSOB per abuso di informazioni privilegiate, ha affermato un altro importante principio: non può essere sanzionato chi nell’ambito di procedimenti di vigilanza rifiuti di rendere dichiarazioni a sé sfavorevoli e che potrebbero risultare auto-accusatorie, così estendendo al diritto amministrativo (in particolare nell’ambito dei procedimenti sanzionatori in materia di abusi di mercato) il principio penalistico noto come “diritto al silenzio” o del *nemo tenetur se detegere*.

Il ragionamento seguito dalla Corte è, sostanzialmente, il seguente.

Nonostante l’art. 6 della CEDU non menzioni espressamente il diritto al silenzio, secondo l’interpretazione datane dalla Corte EDU in diverse pronunce, “quest’ultimo costituisce una norma internazionale generalmente riconosciuta, che si trova al centro della nozione di equo processo” (cfr. Corte EDU, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*) e che “mira a garantire che, in una causa penale, l’accusa fondi la propria argomentazione senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti mediante costrizione o pressioni, in spregio alla volontà dell’imputato” (cfr. Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68). Il diritto al silenzio risulterebbe dunque violato “in una situazione in cui un sospetto, minacciato di sanzioni per il caso di mancata deposizione, o depono o viene punito per essersi rifiutato di deporre” (cfr. Corte EDU, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 267).

Peraltro, in relazione al perimetro di operatività di detto principio, la Corte di giustizia ha precisato che il diritto al silenzio non può ritenersi esente da limiti, non potendo essere giustificata qualsiasi omessa collaborazione con le Autorità competenti, “qual è il caso di un rifiuto di presentarsi a un’audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell’audizione stessa” (§41).

procedimenti o di sanzioni per gli stessi fatti, purché le condizioni previste all’articolo 52, paragrafo 1, di detta Carta, come precisate dalla giurisprudenza, siano soddisfatte, vale a dire qualora, in primo luogo, tale cumulo non rappresenti un onere eccessivo per l’interessato, in secondo luogo, esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo e, in terzo luogo, i procedimenti di cui trattasi siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo”.

51. A sua volta, la Corte costituzionale era stata investita della questione di legittimità costituzionale – tra l’altro – dell’art. 187-*quinquiesdecies* del TUF, sollevata dalla Corte di cassazione con ordinanza n. 3831 del 16 febbraio 2018.

Quanto alla sua trasposizione nel settore degli illeciti amministrativi dei mercati finanziari, la Corte lussemburghese ha poi sancito che tale diritto deve essere riconosciuto anche nel contesto di procedure suscettibili di sfociare nell'infrazione di "sanzioni amministrative presentanti carattere penale" alla luce dei criteri Engel (qualificazione giuridica dell'illecito nell'ordinamento interno, natura dell'illecito, grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire, cfr. anche sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate* e a., C-537/16, § 28), precisando che "spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se le sanzioni amministrative in discussione nel procedimento principale abbiano natura penale".

La Corte di giustizia ha in proposito richiamato le argomentazioni già svolte dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rimessione in merito al fatto che le sanzioni amministrative inflitte dalla CONSOB per gli illeciti di *market abuse* sono state qualificate come sanzioni di natura sostanzialmente penale, in considerazione delle loro finalità repressive e dell'elevato grado di severità (sentenze del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e C-597/16, § 38, nonché del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16, punti 34 e 35, nonché Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*).

La Corte ha altresì osservato che la necessità di rispettare il diritto al silenzio nell'ambito di un procedimento di indagine condotto dalla CONSOB può comunque discendere dal fatto "evidenziato dal giudice del rinvio, che, in base alla normativa nazionale, gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura sono utilizzabili, nell'ambito di un procedimento penale intentato nei confronti (della) stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di un illecito penale".

La Corte di giustizia ha anche considerato la propria giurisprudenza in materia di concorrenza (sottolineando che la stessa è comunque riferita a procedimenti nei confronti di persone giuridiche e, quindi, non applicabile per analogia per definire la portata del diritto al silenzio di persone fisiche), secondo la quale "nell'ambito di un procedimento inteso all'accertamento di una violazione di tali norme, l'impresa interessata può essere costretta a fornire tutte le informazioni necessarie relative ai fatti di cui essa può avere conoscenza e a fornire, ove occorra, i documenti pertinenti che siano in suo possesso, anche quando questi possano servire per dimostrare, segnatamente nei suoi confronti, l'esistenza di un comportamento anti-concorrenziale (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 1989, *Orkem/Commissione*, 374/87, EU:C:1989:387, punto 34; del 29 giugno 2006, *Commissione/SGL Carbon*, C 301/04 P, EU:C:2006:432, punto 41, e del 25 gennaio 2007, *Dalmine/Commissione*, C 407/04 P, EU:C:2007:53, punto 34)", fermo restando che, anche in quel caso, "l'impresa in questione non può vedersi imporre l'obbligo di fornire risposte in virtù delle quali essa si troverebbe a dover ammettere l'esistenza di una violazione siffatta (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 1989, *Orkem/Commis-*

sione, 374/87, EU:C:1989:387, punto 35, e del 29 giugno 2006, *Commissione/SGL Carbon*, C 301/04 P, EU:C:2006:432, punto 42)”.

Alla luce di quanto precede, la Corte di giustizia è pervenuta alla conclusione secondo cui il diritto al silenzio della persona fisica “imputata” degli illeciti suindicati rappresenta una delle garanzie direttamente discendenti dall’art. 47, secondo comma, e 48 della Carta di Nizza al cui rispetto sono tenuti sia le istituzioni dell’Unione sia gli Stati membri, allorché attuino il diritto dell’Unione; tale diritto, secondo la Corte di giustizia, osta a che tale persona venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all’Autorità competente (in base alla Direttiva 2003/6 o al Regolamento (UE) n. 596/2014) risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale (§ 45).

In merito all’art. 14, par. 3, della Direttiva 2003/6 e all’art. 30, par. 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014, la Corte di giustizia, in applicazione del principio ermeneutico secondo cui il diritto derivato dell’Unione deve essere interpretato, per quanto possibile, in un modo che non pregiudichi la sua validità, oltre che in conformità con le disposizioni della Carta di Nizza, ha ritenuto che tanto la Direttiva 2003/6/UE quanto il Regolamento n. 596/2014 si prestino a un’interpretazione conforme agli artt. 47 e 48 CDFUE, secondo la quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il rifiuto di fornire all’Autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità in ambito penale (§§ 52 e 55).

Dunque, la Corte ha concluso che gli art. 14, par. 3, della Direttiva 2003/6/CE e 30, par. 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014, letti alla luce degli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell’ambito di un’indagine svolta dall’Autorità competente ai sensi di detta Direttiva o di detto Regolamento, si rifiuti di fornire risposte dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale e anzi incombe sugli Stati membri assicurare che l’Autorità competente non possa sanzionare tali condotte (§ 57 e § 58).

A seguito della pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 84/2021, ha poi definito la questione di legittimità costituzionale dell’art. 187-*quinquiesdecies*, TUF, sollevata dalla Corte di Cassazione con l’ordinanza n. 3831/2018<sup>52</sup> sopra citata in nota.

52. La suddetta ordinanza – di rimessione alla Consulta delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 187-*quinquiesdecies* del TUF e dell’art. 187-*sexies* del TUF (quest’ultimo nella parte in cui assoggettava a confisca per equivalente non solo il profitto dell’illecito, ma anche i

Nel merito, il Giudice delle leggi ha ritenuto fondate le questioni sollevate dal giudice rimettente in riferimento agli artt. 24, 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, par. 3, lettera g), Patto internazionale sui diritti civili e politici (di seguito “PIDCP”), nonché agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione all’art. 47 CDFUE, mentre ha ritenuto assorbita la questione formulata in riferimento all’art. 111 Cost.

Alla declaratoria di illegittimità costituzionale, la Corte è pervenuta seguendo il percorso argomentativo di seguito descritto.

Anzitutto, il Giudice delle leggi ha richiamato il potere della CONSOB di “procedere ad audizione personale” nei confronti di “chiunque possa essere informato sui fatti”, previsto dall’art. 187-*octies*, comma 3, lettera c), TUF, precisando che l’art. 187-*quinquiesdecies* TUF – nella versione vigente al momento dei fatti – trova applicazione anche nell’ipotesi in cui l’audizione personale sia disposta nei confronti di colui che “la CONSOB abbia già individuato, sulla base delle informazioni in proprio possesso, come il possibile autore di un illecito il cui accertamento ricade entro la sua competenza”.

La Corte ha poi richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia e in particolare le statuizioni contenute nei paragrafi 55 e 57, laddove quest’ultima ha ritenuto che le disposizioni della Direttiva 2003/6/CE e del Regolamento (UE) n. 596/2014, interpretate in senso conforme agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza, non impongono “che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all’autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale” e che, anzi, dal diritto al silenzio garantito dagli artt. 47 e 48 della predetta Carta di Nizza, come sopra interpretati, discende l’obbligo, a carico degli Stati membri, di assicurare che una persona fisica non possa essere sanzionata in circostanze siffatte; al riguardo, la Consulta ha affermato che tale interpretazione collima con la ricostruzione offerta dalla medesima “della portata del diritto al silenzio nell’ambito di procedimenti amministrativi che – come quello che ha interessato il ricorrente nel giudizio *a quo* – siano comunque funzionali a scoprire illeciti e a individuarne i responsabili, e siano suscettibili di sfociare in sanzioni amministrative di carattere punitivo”.

Dunque il diritto al silenzio, secondo la Consulta, è fondato, assieme, sull’art. 24 Cost., sull’art. 6 CEDU e sugli artt. 47 e 48 CDFUE, questi ultimi nell’interpretazione che ne ha ora fornito la Corte di giustizia; e può essere ricavato altresì dall’art. 14, par. 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici

mezzi impiegati per commetterlo) – è stata adottata nell’ambito del giudizio avente a oggetto la delibera sanzionatoria adottata dalla CONSOB per gli illeciti di cui agli artt. 187-*bis*, comma 1, lettere a) e c) e 187-*quinquiesdecies* del TUF.

(PIDCP), laddove alla nozione di “reato” contenuta nell’*incipit* del par. 3 venga assegnato un significato sostanziale, corrispondente a quello gradatamente individuato dalle due corti europee a partire dalla sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*. Tutte queste norme, nazionali e sovranazionali, “si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione” (sentenza n. 388 del 1999, nonché, di recente, sentenza n. 187 del 2019), nella definizione dello *standard* di tutela delle condizioni essenziali del diritto di difesa di fronte a un’ accusa suscettibile di sfociare nell’applicazione di sanzioni a contenuto comunque punitivo, che non possono non comprendere il diritto – con le parole dell’art. 14, par. 3, lettera g), PIDCP – a “non essere costretto a deporre contro se stesso”.

Quanto alla portata del diritto al silenzio, con riguardo alla questione in esame, la Corte costituzionale ha formulato le seguenti statuizioni:

- è incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare “una persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell’attività di vigilanza svolta da quest’ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – *a fortiori* – nell’ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale”;
- non è condivisibile la tesi proposta dall’Avvocatura generale dello Stato, secondo cui l’operatività di tale garanzia andrebbe riservata al momento della decisione circa la sussistenza dell’illecito, o comunque a un momento successivo alla contestazione formale di esso, quando l’autorità sia in grado di “valutare se le dichiarazioni doverosamente rese dall’incolpato siano utilizzabili al fine di accertare a suo carico una violazione sanzionata”; una tale interpretazione, infatti, condurrebbe a “negare l’essenza stessa del diritto al silenzio”, che “deve potersi necessariamente esplicare anche in una fase antecedente alla instaurazione del procedimento sanzionatorio, e in particolare durante l’attività di vigilanza svolta dall’autorità, al fine di scoprire eventuali illeciti e di individuarne i responsabili”;
- va peraltro ribadito quanto sottolineato dalla Corte di giustizia al par. 41 – sopra richiamato – della citata sentenza, nonché dalla precedente ordinanza n. 117 del 2019 al punto 4 del Considerato in diritto, in merito al fatto che “il diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell’attività di vigilanza della CONSOB, come il rifiuto di presentarsi a un’audizione prevista da tali autorità, ovvero manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell’audizione stessa”;

- il riconoscimento del predetto diritto al silenzio non può legittimare “l’omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della CONSOB, formulata ai sensi dell’art. 187-*octies*, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 58 del 1998”.

Infine, la Corte costituzionale ha rimesso al Legislatore “la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela” del diritto al silenzio – “non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell’ambito del procedimento e del processo penale” – “rispetto alle attività istituzionali della Banca d’Italia e della CONSOB, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dal diritto dell’Unione europea”<sup>53</sup>.

Gli esiti dei giudizi celebrati dinanzi alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale sono stati, quindi, recepiti dalla sentenza della Corte di cassazione 11 febbraio 2022 n. 4521 (resa nel giudizio da cui le suddette pronunce hanno avuto origine)<sup>54</sup>.

La ridetta pronuncia prende le mosse dall’inquadramento della sentenza n. 84/2021 quale sentenza “manipolativa” che, nel testo della disposizione oggetto di scrutinio, ha individuato due condotte distinte:

- a. da un lato, la condotta della “persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell’attività di vigilanza svolta da quest’ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – *a fortiori* – nell’ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale” (§3.6, secondo capoverso del *Considerato in diritto*);

53. La Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 187-*quinquiesdecies* TUF – nel testo vigente al momento dei fatti ed estendendo la declaratoria di illegittimità alle disposizioni dell’art. 187-*quinquiesdecies* come modificate dal d.l. n. 179/2012, conv. con mod. dalla l. n. 221/2012 e dal d.lgs. n. 129/2017 – “nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire (...) risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato”.

54. La condotta sanzionata dalla CONSOB ai sensi dell’art. 187-*quinquiesdecies* del TUF era consistita nel comportamento tenuto dall’incolpato il quale, dopo avere più volte rinviato la data dell’audizione cui era stato convocato in qualità di persona informata dei fatti, si era poi rifiutato di rispondere alle domande poste.

- b. dall'altro lato, i "comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell'attività di vigilanza della CONSOB, come il rifiuto di presentarsi a un'audizione prevista da tali autorità, ovvero manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa" o "l'omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della CONSOB, formulata ai sensi dell'art. 187-*octies*, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 58 del 1998" (§3.6, quinto capoverso del *Considerato in diritto*).

Il diritto al silenzio, costituzionalmente protetto, non potrebbe essere invocato per la condotta indicata *sub b*), rispetto alla quale la parte del contenuto dispositivo dell'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF che la sanziona ha resistito al vaglio di legittimità costituzionale.

Nel quadro così brevemente ricostruito viene considerato un ulteriore parametro, quello del tempo della commissione del fatto, che consente di modulare gli effetti della parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF.

La Cassazione ha, quindi, precisato che la condotta consistente nel rifiuto di presentarsi a una audizione o nell'adozione di manovre dilatorie volte a rinviare lo svolgimento della stessa, posta in essere dopo la pubblicazione della sentenza n. 84/2021, risulterebbe sanzionabile ai sensi dell'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF "come manipolato dalla Corte costituzionale". Ove la medesima condotta risalga ad epoca anteriore alla sentenza n. 84/2021, la sanzionabilità della stessa andrebbe affermata solo all'esito di un apprezzamento concreto delle modalità in cui essa si è svolta. In quest'ottica la Cassazione ha pertanto distinto la mera renitenza alla convocazione dalla renitenza alla convocazione perseguita mediante comportamenti ingannevoli, fraudolenti o decettivi, sottolineando che quest'ultima ipotesi deve reputarsi estranea al perimetro del diritto al silenzio, integrando un "autonomo *vulnus* all'efficace svolgimento dell'attività di vigilanza della CONSOB", sanzionabile anche se anteriore alla pubblicazione della sentenza n. 84/2021. Ove invece si tratti di ingiustificate richieste di differimento della convocazione, la condotta dovrebbe ritenersi coperta dalla tutela costituzionale del diritto al silenzio, se posta in essere antecedentemente alla pubblicazione della sentenza n. 84/2021<sup>55</sup>.

55. La Corte di cassazione ha, quindi, accolto il motivo di ricorso formulato dal soggetto sanzionato, evidenziando come la Corte di appello avesse ritenuto integrato l'illecito di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF "solo in ragione delle 'reiterate ed ingiustificate richieste di rinvio dell'audizione' poste in essere in epoca anteriore alla sentenza della Corte costituzionale n. 84/2021" e sottolineando che "Tale *ratio decidendi* sottende una interpretazione del suddetto articolo, per la parte del medesimo non caducata dall'intervento del Giudice delle leggi, difforme da quella indicata nel principio di diritto enunciato".



Una ulteriore riflessione sul c.d. diritto al silenzio è stata compiuta dalla Corte di cassazione nella sentenza dell' 11 febbraio 2022 n. 4522, ove è venuta in rilievo la condotta consistita in dichiarazioni false rese dal soggetto incolpato per abuso di informazioni privilegiate nel corso dell'audizione dinanzi alla CONSOB; in particolare, si è trattato di verificare se il diritto di rifiutarsi di rispondere a domande dalle quali possa emergere una responsabilità per illecito amministrativo (avente natura sostanzialmente penale) includa anche il diritto di rendere risposte mendaci.

A tal riguardo, la Cassazione ha anzitutto sottolineato che l'insegnamento della giurisprudenza penale, in forza del quale il diritto di mentire è un riflesso del diritto al silenzio, deve essere coordinato con la specifica disciplina del trattamento sanzionatorio degli abusi di mercato che, in attuazione del diritto dell'Unione europea, sanziona i comportamenti ostruzionistici che determinino ritardi nello svolgimento dell'attività di vigilanza da parte dell'Autorità. Il mendacio non punibile dovrebbe allora essere solo quello il cui effetto sull'indagine sia il medesimo prodotto dal rifiuto di rispondere, ossia il mendacio che consiste nella mera negazione di circostanze vere di cui la CONSOB chiede conferma; in questo caso resterebbe, infatti, a carico dell'Autorità lo stesso onere – che vi sarebbe dinanzi al rifiuto di rispondere opposto dall'incolpato – di ricercare aliunde la prova delle circostanze oggetto della richiesta di conferma<sup>56</sup>.

56. Nella vicenda all'esame, la Corte di cassazione ha escluso la configurabilità di una condotta punibile ai sensi dell'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF, come risultante all'esito della sentenza della Corte costituzionale n. 84/2021, ritenendo che le false dichiarazioni rese dall'incolpato non avessero introdotto ostacoli o ritardi ulteriori all'attività di indagine della CONSOB, ma determinato lo stesso effetto che sarebbe derivato dal suo rifiuto di rispondere alle domande dell'Autorità.

# IL POTERE SANZIONATORIO DELL'ESMA TRA NORMATIVA E PRASSI E IL SUO SINDACATO NELL'ORDINAMENTO EUROPEO

FEDERICA CAMELI\*

SOMMARIO: 1. Il potere sanzionatorio e la discrezionalità dell'ESMA – 2. La procedura sanzionatoria – 3. L'elemento soggettivo della violazione: note sulla negligenza – 4. Le sanzioni pecuniarie tra *Meroni* e proporzionalità – 5. Le misure di vigilanza (sanzionatorie) – 6. Il sindacato sulle decisioni sanzionatorie.

## 1. Il potere sanzionatorio e la discrezionalità dell'ESMA

Operativa dal 1° gennaio 2011, l'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (ESMA) è stata istituita con il fine di garantire la stabilità del sistema finanziario dell'Unione europea<sup>1</sup> e occupa oggi una posizione centrale nel Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria. All'ESMA è stata subito demandata la vigilanza nei confronti delle agenzie di *rating*<sup>2</sup> e dei repertori dei dati di negoziazione in derivati (*trade repositories* – TRs)<sup>3</sup>. Affermatasi come credibile supervisore, l'Autorità ha visto poi estendersi i suoi compiti di vigilanza nei confronti di repertori di dati sulle cartolarizzazioni (*Securitisatio Repositories*)<sup>4</sup>, di fornitori di servizi di comunicazione dati relativi alle negoziazioni (*Data Reporting Service Providers*)<sup>5</sup>, di amministratori degli indici di riferimento critici (*Critical*

\* European Securities and Markets Authority (ESMA). Le opinioni espresse sono attribuibili esclusivamente all'autrice e non rappresentano posizioni ufficiali dell'ESMA, né impegnano in alcun modo la responsabilità dell'Autorità.

1. Reg. UE n. 1095/2010.

2. Reg. UE n. 1060/2009, modificato dal Reg. UE n. 513/2011.

3. Reg. UE n. 648/2012. I TRs raccolgono e conservano in modo centralizzato le registrazioni sulle *securities financing transactions* (SFTs) in base al Reg. UE 2015/2365, che rinvia al Reg. UE n. 648/2012 in punto di sanzioni e procedure sanzionatorie.

4. Reg. UE n. 2017/2402.

5. Reg. UE n. 600/2014, modificato dal Reg. UE n. 2019/2175.

*Benchmark Administrators*)<sup>6</sup>, di controparti centrali di rilevanza sistemica stabilite nei Paesi terzi (*third-country central counterparties – TC CCPs*)<sup>7</sup>.

In queste aree di vigilanza diretta, l'ESMA è stata dotata di corrispondenti poteri sanzionatori, che sono da inquadrare nell'ambito dei principi *Meroni*. L'Autorità è infatti stata istituita nella forma di agenzia dell'Unione ai sensi dell'art. 114 TFUE e come tale risente dei noti limiti alla delegabilità dei poteri, sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>8</sup> al fine di preservare, nell'ottica di un generale equilibrio istituzionale, i poteri che le singole Istituzioni europee detengono sulla base del principio di attribuzione stabilito nei Trattati.

Se la delega di funzioni, ai fini della legittimità dell'azione delle agenzie, deve essere sottoposta alla supervisione delle Istituzioni deleganti ed è ammissibile unicamente entro definite condizioni, l'ESMA vede decisamente limitata la propria discrezionalità rispetto alle decisioni sulle infrazioni commesse da parte dei soggetti vigilati e sulla comminazione delle relative misure sanzionatorie.

Come noto, i principi *Meroni* sono oggetto di evoluzione interpretativa, anche in considerazione del proliferare di agenzie in diversi ambiti dell'Unione, dove le funzioni amministrative sono caratterizzate da un alto grado di specializzazione e di complessità tecnica. Una loro lettura più *addolcita*, rilevante ai nostri fini, si deve al caso *Short Selling*<sup>9</sup>, che riguardava proprio il potere di intervento diretto dell'ESMA<sup>10</sup> in caso di rischio per il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari. La Corte è giunta ad ammettere, tra l'altro, la compatibilità, con il sistema dei Trattati, dell'esercizio di un certo margine di discrezionalità da parte dell'ESMA, nella misura in cui la legislazione di riferimento ne circoscrive i poteri e sia possibile impugnare in sede giurisdizionale le misure adottate.

Su queste basi, la legittimità dell'attività di *enforcement* dell'ESMA si fonda sulla precisa definizione normativa delle violazioni sanzionabili e della metodologia legale di calcolo delle sanzioni, nonché sull'appellabilità delle sue decisioni. Si aggiunga che la procedura sanzionatoria (si veda *infra* par. 2) prevede un sistema di *checks and balances*, a tutela dei soggetti vigilati e della legittimità e correttezza dell'azione amministrativa sanzionatoria.

Un fondamentale chiarimento in punto di discrezionalità si deve al *Joint Board of Appeal* (JBoA) nel caso *Scope*<sup>11</sup>: l'organo di primo controllo delle deci-

6. Reg. UE n. 2016/1011, modificato dal Reg. UE n. 2019/2175.

7. Reg. UE n. 648/2012, modificato dal Reg. UE n. 2019/2099.

8. Corte giust. 13 giugno 1958, C 9/56 e C 10/56.

9. Corte giust. 22 gennaio 2014, C 270/2012.

10. Reg. UE n. 236/2012.

11. JBoA 28 dicembre 2020, decisione n. 2020-D-03.

sioni dell'ESMA, nel confermarne la decisione sanzionatoria<sup>12</sup>, ha ammesso che l'applicazione normativa a specifiche situazioni fattuali richieda un certo margine di apprezzamento tecnico da parte dell'Autorità, specialmente laddove occorra procedere all'interpretazione di previsioni normative *open-textured*.

## 2. La procedura sanzionatoria

Nella verifica delle violazioni e nell'imposizione delle sanzioni, l'ESMA segue una rigida procedura, caratterizzata da netta separazione fra attività istruttoria e attività decisoria. Il procedimento sanzionatorio si sviluppa in fasi logicamente e cronologicamente distinte e vede operare diversi attori, nella separazione tra chi indaga e propone e chi decide.

Nella descrizione che segue si assumono ad esempio le norme procedurali sanzionatorie in materia di agenzie di *rating*<sup>13</sup>. Il medesimo modello procedimentale impronta, con distinzioni che verranno rilevate, le procedure sanzionatorie nei confronti degli altri soggetti ricondotti alla vigilanza dell'ESMA.

La prima fase, formalmente preliminare al procedimento sanzionatorio in senso stretto, si svolge nell'ambito della regolare attività di vigilanza, nella quale può constatarsi l'esistenza di gravi indizi circa fatti suscettibili di costituire violazioni sanzionabili. Le evidenze raccolte in sede di vigilanza possono essere pienamente utilizzate nel prosieguo del procedimento, concorrendo a formare la base probatori della decisione.

Nel caso di constatazione di gravi indizi, si apre la fase dinanzi a un *Independent Investigating Officer* (IIO), che non deve essere stato coinvolto nell'autorizzazione o nella vigilanza dell'ente oggetto del procedimento (*Person Subject to Investigation* – PSI). L'IIO deve svolgere la propria investigazione in maniera indipendente, in particolare rispetto al *Board of Supervisors* (BoS), organo decisionale dell'ESMA.

Il diritto di difesa del PSI si svolge pienamente in questa fase: l'IIO contesta iniziali addebiti al PSI, che può presentare osservazioni difensive. Il PSI può anche essere invitato a un'audizione, ma sembra che questa possibilità non abbia ancora trovato applicazione pratica. A seguito del contraddittorio, l'IIO presenta al BoS le sue determinazioni e le sue proposte sulle misure da adottare.

La terza fase del procedimento, che si svolge dinanzi al BoS, è ulteriormente distinta in sotto-fasi: *i*) verifica della completezza del fascicolo dell'IIO, *ii*) prima considerazione del caso e contraddittorio, *iii*) fase decisoria.

12. ESMA 28 maggio 2020, decisione n. 2020/1.

13. Reg. delegato UE n. 946/2012.

Se il BoS ritiene il fascicolo non completo, può richiedere un'integrazione all'IIO. La valutazione di completezza sembra essere formale, visto il suo essere preliminare rispetto alle valutazioni di merito e visto il riferimento normativo al contenuto minimo del fascicolo. Dalle decisioni sanzionatorie adottate, risulta che il BoS procede al più presto a questo controllo.

A questo proposito, si rileva un elemento della procedura che potrebbe costituire una criticità del procedimento: il momento della valutazione della completezza formale del fascicolo rappresenta l'unica possibilità per il BoS di chiedere integrazioni investigative. Si immagina tuttavia che l'organo, dovendo assumere la sua decisione finale sulla base delle evidenze raccolte e non potendo direttamente condurre le indagini, possa avere necessità di integrazioni investigative e documentali nel corso del procedimento. Si ritiene che il BoS debba avere la facoltà di richiedere integrazioni, almeno nella fase preparatoria della decisione, e si auspica una futura revisione legislativa in tal senso.

In un momento logicamente successivo, il BoS compie prima una valutazione indipendente dei fatti. Il BoS notifica le sue iniziali determinazioni al PSI, assegnando un termine ragionevole per presentare osservazioni scritte in merito agli addebiti<sup>14</sup>. A conclusione del procedimento, il BoS adotta la propria decisione finale.

Il principio del contraddittorio, fondamentale nel procedimento, viene temporaneamente contratto solo in caso di necessità e urgenza, per impedire danni ingenti e imminenti al sistema finanziario. In questo caso infatti il BoS può adottare una *interim decision*, che dovrà essere confermata dopo aver dato modo al PSI di essere sentito al più presto. Tuttavia, la procedura descritta dovrà comunque essere espletata, fatta salva la limitazione del contraddittorio nella fase del BoS. Ciò significa che il diritto di difesa dinanzi l'IIO permane. Di certo questa scelta risponde a un approccio garantista nei confronti del PSI; tuttavia, date queste premesse, l'adozione di *interim decisions* non può di fatto essere tempestiva, così come la condizione di indifferibilità e urgenza richiederebbe. Questo almeno rispetto alle agenzie di *rating*.

Un recente intervento normativo in materia di TRs lascerebbe immaginare un cambiamento di rotta del legislatore con la previsione di una procedura speciale nel caso di *interim decisions*<sup>15</sup>: il contraddittorio è completamente posticipato, al momento della conferma della decisione. La stessa procedura speciale, che posticipa il contraddittorio, è stata prevista rispetto alle TC CCPs<sup>16</sup>. L'uniformità pro-

14. Il BoS ha la facoltà di convocare il PSI, ma ad oggi non risulta che se ne sia avvalso.

15. Cfr. Reg. delegato UE n. 2021/732 di modifica del Reg. delegato n. 667/2014.

16. Cfr. Reg. delegato UE n. 2021/731.

cedurale sembra derivare dallo stretto legame fra gli operatori, entrambi disciplinati dal Regolamento EMIR<sup>17</sup>.

La stessa scelta non è stata invece operata rispetto a *Data Reporting Service Providers* e *Critical Benchmark Administrators*: i rispettivi Regolamenti delegati<sup>18</sup> prevedono infatti che l'ESMA (non è chiaro in quale fase, ma si immagina in quella dinanzi al BoS) dia modo alla persona oggetto del procedimento di presentare osservazioni.

È dunque evidente che le procedure che l'ESMA deve seguire nei casi di necessità e urgenza sono fortemente disallineate e – in ogni caso – le necessarie fasi procedurali non consentono risposte tempestive. Anche in considerazione del fatto che l'ESMA non ha mai adottato tali decisioni, si auspica una revisione delle procedure speciali, specialmente rispetto alle agenzie di *rating*, che presentano il *gap* normativo maggiore.

Un'ultima considerazione: nella fase decisoria si richiama il menzionato dualismo fra chi propone e chi dispone: l'IIO non può infatti intervenire *in alcun modo* nelle decisioni del BoS. Le valutazioni dell'IIO e del *Board* sono tenute completamente distinte e qualsiasi possibilità di pre-giudizio, in violazione del principio di imparzialità, è esclusa alla radice. In questo contesto, la valutazione delle norme e dei fatti a diversi livelli e da diverse prospettive (della Vigilanza, dell'IIO e infine del *Board*), in un procedimento caratterizzato da pesi e contrappesi, va certamente a beneficio del PSI ed è garanzia di correttezza dell'azione dell'ESMA.

Ciò posto, si ritiene che la portata garantista della descritta procedura vada oltre, andando a beneficio di tutto il mercato: sia l'IIO sia il BoS devono compiere, oltre a una valutazione dei fatti, anche una valutazione legale circa la portata applicativa delle norme. A questo proposito, si noti la scelta operata dall'ESMA in punto di trasparenza: a decorrere dal 2018, tutte le decisioni sono pubblicate integralmente, nella versione notificata al soggetto sanzionato, ferma restando la protezione dei dati personali e dei segreti aziendali. Rispetto al passato, dunque, è reso pubblico il complessivo ragionamento svolto nella determinazione dell'infrazione e dell'elemento soggettivo della stessa, nonché nel calcolo della sanzione, mediante l'applicazione motivata di circostanze aggravanti e attenuanti. Le decisioni sanzionatorie, nelle quali sono chiare le aspettative dell'ESMA in punto di *compliance*, svolgono una funzione educativa del mercato, nell'interesse (superiore alla punizione del singolo trasgressore) al corretto svolgimento delle attività regolate.

17. Reg. UE n. 648/2012.

18. Cfr. Reg. delegato UE n. 2022/803 e Reg. delegato UE n. 2022/805.

### 3. L'elemento soggettivo della violazione: note sulla negligenza

Constatata la violazione, è d'obbligo l'analisi dell'elemento soggettivo, con onere della prova a carico dell'ESMA. Se la violazione è stata commessa intenzionalmente o con negligenza, l'ESMA impone una sanzione pecuniaria.

Al fine di provare la sussistenza di intenzionalità nella commissione della violazione, l'ESMA deve avere evidenza di fattori oggettivi che dimostrino che il PSI o i suoi alti dirigenti hanno agito deliberatamente. In punto di intenzionalità, l'ESMA ha mostrato grande cautela: ad oggi non ha mai stabilito l'intenzionalità delle violazioni constatate, non avendo ritenuto che le evidenze fattuali conducessero univocamente alla sua dimostrazione. Nel recente caso *UnaVista*<sup>19</sup> l'ESMA ha espresso forti dubbi, sulla base di prove documentali, circa la volontà di *compliance* del PSI. Tuttavia, non avendo rintracciato ulteriori prove a supporto dell'intenzionalità, non l'ha ritenuta sussistente.

Dalla lettura delle decisioni dell'ESMA e del JBoA (*Nordic Banks*<sup>20</sup> e *Scope*) è possibile ottenere più elementi circa l'analisi della negligenza.

Nelle sue decisioni l'ESMA richiama il caso *Intertanko*<sup>21</sup>, nel quale la negligenza si riferisce a un'azione o omissione involontaria mediante la quale il soggetto responsabile viola il suo obbligo di diligenza; su questa base chiarisce che la negligenza denota *lack of care* rispetto all'osservanza dei precetti normativi. Inoltre, ispirandosi al caso *Telefónica*<sup>22</sup>, qualifica gli operatori del mercato finanziario come operatori professionali, oggetto di stringenti requisiti normativi, e precisa che essi sono tenuti a un *high standard of care* nel valutare i rischi che i loro atti e le loro omissioni comportano, specialmente in termini di adesione ai precetti normativi. L'*high standard of care* è stato confermato dal JBoA, sia nel caso *Nordic Banks* sia nel più recente caso *Scope*.

Ai fini della prova della negligenza, l'ESMA valuta anzitutto la chiarezza delle disposizioni normative di riferimento, e a tal fine procede a un'interpretazione letterale, contestuale e teleologica. Nel caso di norma di dubbia interpretazione (dal punto di vista degli operatori del mercato) l'ESMA verifica la presenza di precedenti e di chiarimenti da parte dell'Autorità. Fermo restando che l'assenza di precedenti e chiarimenti non esclude di per sé la negligenza<sup>23</sup>, l'attenzione viene spostata sul comportamento dell'operatore qualificato.

Traendo spunto dal caso *Telefónica*, in cui la Corte ha ritenuto che un opera-

19. ESMA, 21 settembre 2021, decisione n. 2021/7.

20. JBoA, 27 febbraio 2019, decisioni nn. D-2019-01/02/03/04.

21. Corte giust. 3 giugno 2008, C-308/06, par. 75.

22. Corte giust. 29 marzo 2012, T-336/07, par. 323.

23. Corte giust. 8 settembre 2016, T-472/13.

tore diligente debba ricorrere in caso di dubbio a consulenti esperti in materia, l'ESMA verifica se l'ente abbia svolto delle valutazioni approfondite, anche con l'aiuto di un consulente esperto. Laddove dai fatti emerga che non siano state svolte sufficienti verifiche o che comunque non sussistano chiare evidenze delle stesse, ci si troverà di fronte a un elemento a favore della negligenza.

Rispetto a questo elemento consenziale, una recente integrazione è giunta dal JBoA, che ha citato il caso *Schenker*<sup>24</sup> per chiarire che un operatore “non può sottrarsi all'infrazione di un'ammenda qualora l'infrazione in parola abbia origine in un errore della medesima impresa quanto alla legittimità del proprio comportamento a motivo del contenuto di un parere giuridico di un avvocato”<sup>25</sup>. Le future decisioni chiariranno come l'eventuale parere errato di un consulente sarà valutato dall'ESMA nel contesto delle evidenze.

Un ulteriore elemento tenuto in considerazione dall'ESMA e fondato sul caso *Marine Harvest*<sup>26</sup> è il fatto che l'operatore abbia consultato l'ESMA in punto di interpretazione applicativa. Nel caso *Scope*, il JBoA ha ulteriormente rinforzato la portata probatoria dell'assenza di consultazione dell'Autorità: un comportamento diligente vede l'operatore richiedere i necessari chiarimenti prima di porre in essere l'attività (o l'omissione) che implica l'infrazione, in modo da preservare il suo diritto contro l'auto-incriminazione. Può ritenersi che chiarimenti dell'Autorità, atti ad ingenerare una legittima convinzione di liceità della condotta, implicano la buona fede dell'autore dell'infrazione e dunque escludano la sanzione.

La verifica della negligenza, per usare le parole del JBoA, è “una questione di fatti”. L'ESMA ha sempre considerato tutte le circostanze e tutti gli elementi fattuali legati all'infrazione e, recentemente, anche elementi *indirettamente* legati alla violazione normativa, perché prodromici rispetto al comportamento che l'ha causata.

Nella decisione *Scope*, per la prima volta è comparso il concetto di *cascading effect*<sup>27</sup>, per dimostrare che la negligenza relativa ad atti propedeutici al comportamento generante l'infrazione ha come necessario effetto la negligenza nel momento dell'infrazione stessa. Nel caso di specie, la negligenza nel momento dell'applicazione della metodologia di *rating* è conseguenza necessaria, dato l'effetto *cascata*, della negligenza nel momento della redazione e dell'adozione della metodologia. Questa ricostruzione ha persuaso il JBoA, come elemento complementare nella prova della negligenza nell'errata applicazione della metodologia, nel presupposto della stretta interrelazione del momento della redazione/adozione e del momento applicativo.

24. Corte giust. 18 giugno 2013, C-681/11, par. 43.

25. JBoA 28 dicembre 2020, decisione n. 2020-D-03, par. 153.

26. Corte giust. 26 ottobre 2017, T-704/14, par. 237-238.

27. Ivi, par. 331.



Nel caso *UnaVista*<sup>28</sup>, l'ESMA ha di nuovo utilizzato l'effetto *cascata* come elemento probatorio complementare. Nel caso dei TRs, la negligenza relativa alla trasmissione di rapporti errati è stata considerata necessaria conseguenza della negligenza relativa al momento della predisposizione delle specifiche tecniche, in considerazione della stretta interconnessione tra i *report* e le specifiche tecniche relative all'acquisizione dei dati.

A seguito dell'evoluzione ricostruttiva della negligenza operata dall'ESMA, risultano tenute in considerazione tutte le circostanze fattuali del caso, direttamente e *indirettamente* legate all'infrazione, in quanto propedeutiche alla stessa.

#### 4. Le sanzioni pecuniarie tra *Meroni* e proporzionalità

Laddove la violazione sia stata commessa con intento o negligenza, l'ESMA dovrà calcolare la sanzione pecuniaria da applicare. L'ESMA utilizza, nei confronti delle agenzie di *rating* e dei TRs, una chiara metodologia di calcolo basata sulle previsioni dei rispettivi Regolamenti<sup>29</sup>. La scelta legislativa in materia di sanzioni pecuniarie costituisce un *mix* fra due modelli sanzionatori, ovvero: *i*) dosabile fra un minimo e un massimo; e *ii*) proporzionale. Infatti, la metodologia di calcolo normativamente prevista – e dalla quale l'ESMA non può discostarsi – prevede due fasi distinte: la determinazione dell'importo base della sanzione pecuniaria e l'aggiustamento dello stesso sulla base dell'applicazione di coefficienti numerici in funzione di circostanze aggravanti e attenuanti.

La determinazione dell'importo base non consente alcun apprezzamento da parte dell'ESMA, che lo colloca, in base al fatturato annuo relativo all'esercizio precedente, in soglie prestabilite dalle norme applicabili in funzione della violazione. L'importo base è poi adeguato mediante l'applicazione di coefficienti aggravanti e attenuanti normativamente determinati. L'ammontare così calcolato non potrà comunque superare un tetto massimo, fissato nel 20% del fatturato relativo all'esercizio precedente (salvo il caso di beneficio finanziario correlato alla violazione, in cui la sanzione deve essere pari allo stesso, anche oltre il tetto massimo)<sup>30</sup>.

28. Ivi, par. 254.

29. Cfr. Reg. UE n. 1060/2009, art. 36-*bis* e Reg. UE n. 648/2012, art. 65. Quest'ultimo prevede la stessa metodologia per le TC CCPs all'art. 25j.

30. Fino al 2020, l'ESMA ha sempre considerato, ai fini del calcolo della sanzione, il fatturato dell'esercizio precedente alla violazione. A decorrere dal 2021, in seguito al caso *Scope*, l'ESMA considera il fatturato dell'esercizio precedente l'adozione della decisione. Cfr. il testo disponibile al sito: [www.esma.europa.eu/sites/default/files/esma\\_-\\_information\\_regarding\\_methodology\\_to\\_set\\_fines.pdf](http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/esma_-_information_regarding_methodology_to_set_fines.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023].

La discrezionalità dell'ESMA nella definizione del *quantum debeatur* è mantenuta dunque entro un perimetro ben definito, essendo la stessa limitata alla verifica dell'esistenza delle circostanze aggravanti e attenuanti definite dai Regolamenti. Evidentemente, l'ESMA non ha margini di apprezzamento circa la calibrazione della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito. Nel recente caso *Scope*, il JBoA si è espresso per la prima volta sul fatto che il principio di proporzionalità è infatti già "incorporato nel regime sanzionatorio disegnato dalla normativa"<sup>31</sup>: il Regolamento CRA<sup>32</sup> contiene già gli elementi che consentono di calibrare la sanzione in base alle circostanze del caso.

Considerate le norme *specchio* del Regolamento EMIR, si ritiene che il principio dell'incorporazione del principio di proporzionalità nella normativa debba essere esteso anche al regime sanzionatorio dei TRs e delle TC CCPs.

In adesione dunque alla versione più stringente dei principi *Meroni*, l'ESMA esercita i suoi poteri sanzionatori nei limiti di quanto disposto dalla legislazione dell'Unione. Il *quantum debeatur* è dunque definito sulla base di precisi parametri e criteri legislativi da applicare, con una discrezionalità fortemente limitata, in base alla fattispecie concreta.

Queste considerazioni valgono, come detto, rispetto ai Regolamenti CRA ed EMIR. Il legislatore comunitario sembra infatti aver voluto assumere un approccio differente, ampliando nettamente i margini di apprezzamento dell'ESMA rispetto alla determinazione delle sanzioni imponibili agli enti più recentemente sottoposti ai suoi poteri sanzionatori.

Il Regolamento 2019/2175, nel modificare il Regolamento MiFIR<sup>33</sup> rispetto ai *Data Reporting Service Providers* e nel modificare il Regolamento *Benchmarks*<sup>34</sup>, prescrive infatti che l'ESMA determini il livello delle sanzioni in base alla natura e alla gravità della violazione, tenendo conto di circostanze che vanno (senza intenzione di esaustività) dalla durata e frequenza della violazione alla capacità finanziaria della persona responsabile della violazione, alle misure assunte per evitare il ripetersi della violazione.

Questi criteri, che nella sostanza corrispondono a quelli dei Regolamenti CRA ed EMIR, non sono tuttavia accompagnati da soglie per la determinazione dell'importo base della sanzione, né da precisi coefficienti aggravanti e attenuanti che vincolano l'ESMA nella determinazione dell'importo. In questi settori, che sono allo stato senza esperienza pratica, l'ESMA si vede attribuiti più ampi margini di apprezzamento circa la calibrazione della sanzione.

31. Ivi, par. 184.

32. Reg. UE n. 1060/2009.

33. Reg. UE n. 600/2014.

34. Reg. UE n. 2016/1011.

Ci si domanda, a questo proposito, come le nuove disposizioni si collochino rispetto ai principi *Meroni*. Da un lato si potrebbe ritenere che il nuovo approccio rientri nel processo di una loro lenta ma costante erosione. Dall'altro, tuttavia, ci si chiede se il margine di discrezionalità teoricamente esercitabile dall'ESMA in questi settori non vada decisamente nel senso di sconfinare rispetto al perimetro disegnato dai principi *Meroni*, anche nella loro lettura più *soft*.

Da ultimo deve prendersi atto, rispetto al principio di proporzionalità che deve caratterizzare la pena, che quanto asserito dal JBoA rispetto al Regolamento CRA non può valere in questi settori: il principio di proporzionalità non può essere considerato già incorporato nel regime sanzionatorio disegnato dalla legislazione, avendo l'Autorità una certa discrezionalità nel calibrare diversamente la sanzione.

## 5. Le misure di vigilanza (sanzionatorie)

A parte le sanzioni pecuniarie, l'ESMA applica delle misure che conducono direttamente alla determinazione dell'infrazione. Nonostante siano definite *supervisory measures*, le stesse non sono in realtà utilizzabili in un contesto di vigilanza *pura*, ma sono sempre legate al procedimento sanzionatorio. Si ritiene pertanto che la nomenclatura non corrisponda alla natura di queste misure, che risultano essere misure amministrative di carattere sanzionatorio.

Queste misure sono previste dai vari Regolamenti settoriali che attribuiscono all'ESMA poteri di vigilanza e sanzionatori. In termini generali, vanno dall'emanazione di *public notices*, all'imposizione di porre fine alla violazione (anche imponendo *sanzioni reiterate*, in caso di ritardo), al divieto temporaneo di attività, alla totale revoca della registrazione o dell'autorizzazione dei casi più gravi.

In punto di categorizzazione, non esiste uniformità circa l'inclusione delle sanzioni pecuniarie nell'ambito delle misure di vigilanza: in alcuni casi sono altro da esse (nel Regolamento CRA), in altri casi sono parte di esse (come nei Regolamenti EMIR, MiFIR e *Benchmarks*).

Nella pratica, sembra che l'ESMA, a conclusione dei procedimenti sanzionatori, abbia fatto ampio uso delle *public notices*, in presenza o in assenza di sanzioni pecuniarie, mentre non abbia mai utilizzato le altre misure. A questo riguardo, può immaginarsi che, data l'impossibilità di farne un uso emergenziale, il divieto temporaneo di attività non risulti una misura adeguata e che, a conclusione del procedimento sanzionatorio che vede il PSI pienamente coinvolto nel predisporre la sua difesa, l'infrazione sia ormai cessata.

## 6. Il sindacato sulle decisioni sanzionatorie

La tutela avverso le decisioni sanzionatorie dell'ESMA è demandata al citato JBoA, organo comune alle tre Autorità europee (ESAs). Costituzione e funzionamento del JBoA sono stabiliti dai Regolamenti istitutivi delle ESAs<sup>35</sup>. Il JBoA è composto da sei membri e sei supplenti, di indubbio prestigio e di comprovata conoscenza ed esperienza e che siano in possesso delle necessarie competenze giuridiche. Nel 2019, i requisiti dei componenti sono stati integrati dall'esperienza internazionale e dalla conoscenza approfondita di almeno due lingue dell'Unione. È stato anche precisato che la competenza dell'organo si estende alla verifica della proporzionalità ed è stato introdotto il coinvolgimento (seppure indiretto) del Parlamento europeo nelle nomine, punto che rileva rispetto all'indipendenza.

Proprio l'indipendenza è oggetto di dibattito, congiuntamente alla natura di questo organo, all'intensità della sua revisione e all'ammissibilità di un secondo appello ad opera delle Autorità. Dal punto di vista funzionale, i componenti del JBoA agiscono in maniera indipendente e nel solo interesse pubblico. Rispetto alle risorse però, il JBoA risulta strettamente collegato alle ESAs: il suo *budget* fa parte di quello delle agenzie e le stesse offrono, su base rotazionale, supporto operativo e segretariale<sup>36</sup>. Questo fa propendere per la natura amministrativa del JBoA e per una revisione delle decisioni di carattere interno alle Autorità.

Il modello di revisione delle decisioni ha però carattere processuale, presentando diverse somiglianze con l'azione di annullamento dinanzi la Corte di Giustizia e offrendo importanti garanzie di tutela delle parti. Il sindacato del JBoA può dunque definirsi *quasi-giudiziario*<sup>37</sup>.

Un punto aperto riguarda lo *standard of review* del JBoA: ci si chiede in particolare se all'organo, che opera come filtro rispetto alla Corte di Giustizia, sia demandata una *unlimited jurisdiction* nel senso indicato dall'art. 261 TFUE. I più volte citati Regolamenti CRA ed EMIR prevedono, in linea con la previsione del Trattato, che la Corte di giustizia abbia competenza giurisdizionale anche di merito sulle sanzioni irrogate dall'ESMA, potendo estinguerle, ridurle o aumentarle<sup>38</sup>.

35. Reg. UE n. 1093/2010, Reg. UE n. 1094/2010, Reg. UE n. 1095/2010, artt. da 58 a 61.

36. L'art. 58(8) dei Regolamenti istitutivi delle ESAs prevede che il Comitato Congiunto delle ESAs offra il supporto.

37. M. Lamandini, *The ESAs' Board of Appeal as a Blueprint for the Quasi-Judicial Review of European Financial Supervision*, in *European Company Law* 11/6, 2014; M. Chamon, D. Fromage, *Between Added Value and Untapped Potential* e J. Alberti, *Between Functional Continuity and Independence*, in *Boards of Appeal of EU Agencies*, Oxford University Press, 2022.

38. Reg. UE n. 1060/2009, art. 36-*sexies*; Reg. UE n. 648/2012, artt. 25-*quindecies* e 69.

Nulla si dice espressamente nel Regolamento istitutivo dell'ESMA (e delle altre ESAs) rispetto alla legittimazione del JBoA a rivedere l'importo della sanzione: sicuramente il JBoA deve esaminare il merito del ricorso, laddove lo stesso sia ammissibile<sup>39</sup>, ma non ha potere sostitutivo rispetto all'Autorità.

L'intensità della revisione delle decisioni è infatti strettamente dipendente dalla *continuità funzionale* rispetto alle Autorità, concetto che la Corte ha descritto come correlato al potere di sostituzione rispetto all'agenzia nell'assumere la decisione finale<sup>40</sup>. Nel caso del JBoA delle ESAs la scelta legislativa è stata contraria alla continuità funzionale e al potere sostitutivo. Il JBoA può infatti solamente confermare o rinviare la decisione sanzionatoria all'ESMA, vincolando tuttavia l'Autorità alle sue valutazioni.

Ma, entro questi limiti, quanto può intervenire il JBoA sull'importo della sanzione? Nel caso *Scope*, il JBoA sembra dare delle indicazioni a riguardo: dopo aver chiarito di non essere in continuità funzionale rispetto all'ESMA e di avere un potere di revisione limitato (alla verifica della legalità procedurale, della corretta enunciazione dei fatti e delle motivazioni, dell'esistenza di un errore manifesto nella valutazione o dello sviamento di potere)<sup>41</sup>, ha ritenuto che la sanzione sia stata correttamente calcolata, con particolare riguardo ai coefficienti aggravanti<sup>42</sup>. Si immagina pertanto che laddove l'organo avesse ritenuto non corretta l'applicazione delle circostanze aggravanti, avrebbe rinviato la decisione all'ESMA, vincolandola alle sue considerazioni e dunque alla revisione dell'importo della sanzione.

Nella stessa decisione, il JBoA ha fornito indicazioni (vincolanti) circa l'individuazione dell'esercizio di riferimento per il calcolo dell'importo base della sanzione: fino a quel momento identificato dall'ESMA come l'esercizio precedente alla conclusione dell'infrazione, è stato interpretato dal JBoA come precedente alla decisione. Nel caso di specie, l'applicazione di un diverso anno di riferimento non ha avuto impatto alcuno sull'importo della sanzione e dunque la decisione non è stata rinviata per le modifiche del caso<sup>43</sup>, ma si comprende che in diverse circostanze il JBoA avrebbe formulato un ordine di rinvio, con conseguente modifica dell'importo della sanzione.

Può altresì immaginarsi che, in caso di *manifest error*, il JBoA debba rinviare la decisione vincolando l'ESMA alla revisione della sanzione. Tuttavia, dalla decisione *Scope* non risultano elementi che chiariscano se il JBoA concepisca l'errore

39. Reg. UE n. 1095/2010, art. 60, comma 4.

40. Corte giust. 8 luglio 1999, T-163/98, par. 21.

41. Ivi, par. 141.

42. Ivi, par. 167 ss.

43. Ivi, par. 178.

manifesto solo rispetto alla valutazione della fattispecie sanzionatoria o anche rispetto alle valutazioni preordinate alla definizione dell'ammontare della sanzione. In realtà, come visto<sup>44</sup>, il Regolamento CRA definisce precisi criteri di calcolo delle sanzioni che tra l'altro incorporano il principio di proporzionalità; dunque qualsiasi errore manifesto riguardante la fattispecie impatterebbe sull'ammontare della sanzione. Diversa però, come si è detto, la normativa di riferimento rispetto a *Data Reporting Service Providers* e *Critical Benchmark Administrators*, che vedrà l'ESMA definire l'ammontare della sanzione con più ampi margini di discrezionalità, soprattutto in punto di proporzionalità. A tale riguardo, un controllo *ex-post* rispetto alle valutazioni preordinate alla definizione dell'ammontare della sanzione sarà certamente necessario<sup>45</sup>.

Altro punto aperto si pone nei seguenti termini: configurandosi la revisione operata dal JBoA come *interna*, non è affatto semplice ricostruire la posizione dell'ESMA (e delle altre ESAs) nel caso di soccombenza. Può l'ESMA ricorrere contro la decisione di un suo organo – e in ultima analisi contro se stessa? Potrebbe immaginarsi la possibilità che la Commissione europea ricorra avverso la decisione del JBoA, essendo essa la destinataria finale dell'ammontare delle sanzioni. Anche in questo caso però il ricorso si configurerebbe contro l'ESMA, che sarebbe parimenti favorevole all'annullamento della decisione. In una tale situazione di incertezza, da più parti si sollevano istanze di maggior chiarezza<sup>46</sup>, oltre a proposte volte ad assicurare la completa indipendenza del JBoA rispetto alle ESAs e a garantire la legittimazione delle stesse al ricorso in caso di soccombenza.

44. Si veda *supra* par. 4.

45. M. Lamandini, *Enforcement and proportionality in the light of the recent CJEU case-law*, in *Regulating and supervising Capital Markets in the EU. Trends and challenges*. EBI Academic Conference, 2022.

46. M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, *Appeal bodies of EU financial regulatory agencies: are we where we should be?*, in *Building Bridges: Central Banking Law in an Interconnected World*. ECB Legal Conference, 2019.

# IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULL'ESERCIZIO DEL *GOLDEN POWER*: EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA TRA ORDINAMENTO INTERNO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

ENRICO TINTI

SOMMARIO: 1. La disponibilità di rimedi giurisdizionali efficaci quale requisito necessario per la compatibilità del *golden power* con il diritto dell'Unione europea – 2. La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di *golden power* – 3. Il principio di legalità e il sindacato sui presupposti per l'esercizio dei poteri speciali – 3.1. I presupposti oggettivi e i poteri esercitabili – 3.2. I presupposti soggettivi – 4. Il sindacato sull'istruttoria procedimentale – 5. Il principio di proporzionalità e il sindacato sulla discrezionalità amministrativa – 6. Conclusioni.

## **1. La disponibilità di rimedi giurisdizionali efficaci quale requisito necessario per la compatibilità del *golden power* con il diritto dell'Unione europea**

La disciplina italiana, similmente a quella adottata da altri Stati membri dell'Unione europea (UE), attribuisce al Governo una serie di poteri speciali per il controllo degli investimenti diretti esteri (IDE) e la protezione degli interessi nazionali e di pubblica sicurezza nei settori economici di rilevanza strategica<sup>1</sup>. L'esercizio di tali poteri costituisce, in via generale, una restrizione alla libera circolazione dei capitali (artt. 63 ss. TFUE) e alla libertà di stabilimento (artt. 49 ss. TFUE)<sup>2</sup>. Come tale, può essere compatibile con il diritto UE se giustificato

\* Università di Bologna.

1. In generale sul tema si vedano G. della Cananea e L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Editoriale Scientifica, 2020; G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, 2019; R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, 18 settembre 2019, n. 17.

2. Per una ricostruzione approfondita si rimanda a M. Lamandini, F. Pellegrini, *Investimenti diretti e investimenti di portafoglio tra diritto di stabilimento e libera circolazione dei capitali*, in M. Benedettelli, M. Lamandini, (a cura di), *Diritto societario europeo e internazionale*, UTET, 2016, 89 ss.; Idd., *Libera circolazione dei capitali, diritto di stabilimento e diritti speciali a favore dello stato: dalla golden share al golden power* in M. Benedettelli, M. Lamandini (a cura di), *Diritto so-*

da eccezioni espressamente previste dai Trattati o da motivi imperativi di interesse generale<sup>3</sup>. Secondo la Corte di giustizia, perché le misure restrittive astrattamente giustificate risultino conformi al diritto UE, esse devono altresì rispettare il principio di proporzionalità<sup>4</sup>. Devono, cioè, essere idonee a conseguire lo scopo di interesse pubblico perseguito (idoneità) e non andare oltre quanto strettamente necessario per il suo raggiungimento (necessità)<sup>5</sup>. Inoltre, il livello scelto di tutela dell'interesse pubblico non deve comportare un sacrificio irragionevolmente eccessivo delle libertà private (proporzionalità in senso stretto). In particolare, il parametro di necessità risulta rispettato qualora non sia possibile adottare alcuno strumento ugualmente efficace per il raggiungimento dell'interesse pubblico ma meno restrittivo, che comporti cioè un minor sacrificio delle libertà tutelate dal diritto dell'Unione<sup>6</sup>. In base alla giurisprudenza della Corte, per soddisfare tale requisito, le misure nazionali restrittive devono fondarsi su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo agli operatori economici interessati, prevedendo inoltre forme di tutela giurisdizionale<sup>7</sup>. Infatti, in assenza di criteri precisi, l'incertezza in ordine alle circostanze che giustificano l'intervento dell'autorità pubblica conferirebbe agli Stati membri una discrezionalità sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti<sup>8</sup>. Quanto ai rimedi giurisdizionali, il fatto che l'esercizio dei poteri speciali possa essere soggetto al controllo del giudice nazionale rappresenta una condizione necessaria per la compatibilità con il diritto UE, ma non di per sé sufficiente a sanare la violazione del principio di proporzionali-

*cietario europeo e internazionale*, cit., 107 ss. Per la giurisprudenza della Corte giust. in tema di *golden share*: sentenza del 23 maggio 2000, *Commissione/Italia*, C-58/99, EU:C:2000:280; sentenza del 4 giugno 2002, *Commissione/Portogallo*, C-367/98, EU:C:2002:326; sentenza del 4 giugno 2002, *Commissione/Francia*, C-483/99, EU:C:2002:327; sentenza del 4 giugno 2002, *Commissione/Belgio*, C-503/99, EU:C:2002:328; sentenza del 13 maggio 2003, *Commissione/Spagna*, C-463/00, EU:C:2003:272; sentenza del 13 maggio 2003, *Commissione/Regno Unito*, C-98/01, EU:C:2003:273; sentenza del 28 settembre 2006, *Commissione/Paesi Bassi*, C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608; sentenza del 23 ottobre 2007, *Commissione/Germania*, C-112/05, EU:C:2007:623; sentenza del 26 marzo 2009, *Commissione/Italia*, C-326/07, EU:C:2009:193.

3. Si vedano gli artt. 65, par. 1, lett. b), e par. 3 TFUE (libera circolazione dei capitali); 52, par. 1, TFUE (libertà di stabilimento).

4. Corte giust. *Commissione/Portogallo*, cit., punto 50; *Commissione/Francia*, cit., punto 46. Cfr. sentenza del 14 marzo 2000, *Eglise de scientologie*, C-54/99, EU:C:2000:124, punti 17-18; sentenza del 14 dicembre 1995, *Sanz de Lera e altri*, cause riunite C-163/94, C-165/94 e C-250/94, EU:C:1995:451, punto 23.

5. Corte giust. *Commissione/Paesi Bassi*, cit., punto 33; *Commissione/Belgio*, cit., punto 45; *Commissione/Portogallo*, cit., punto 49; *Commissione/Francia*, cit., punto 49.

6. Corte giust. *Commissione/Portogallo*, cit., punto 50; *Commissione/Francia*, cit., punto 46.

7. *Ibidem*.

8. Corte giust. *Commissione/Francia*, cit., punti 52-53; *Commissione/Italia*, cit., punti 66, 71-72.



tà-necessità<sup>9</sup>. Anzi, la previsione di poteri discrezionali sproporzionati in quanto eccessivamente ampi e non circostanziati si traduce, a parere della Corte, nell'inefficacia del sindacato giurisdizionale. Difatti, l'esistenza di rimedi giuridici effettivi è strettamente correlata alla formulazione di criteri oggettivi sufficientemente precisi e controllabili dal giudice che circoscrivano la discrezionalità dell'autorità amministrativa<sup>10</sup>. Sicché, se né la legge né le norme di attuazione forniscono al giudice detti criteri, è precluso un effettivo controllo, tanto più qualora l'adozione dei provvedimenti non sia sorretta da alcuna motivazione o tale motivazione sia solo apparente<sup>11</sup>.

Da ultimo, il Regolamento (UE) 2019/452, istitutivo di un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, ha codificato una serie di requisiti essenziali, tra cui la disponibilità di rimedi giuridici efficaci, ai quali i meccanismi nazionali di *screening* devono conformarsi<sup>12</sup>. Gli Stati membri sono tenuti a stabilire in modo trasparente e dettagliato le circostanze e i motivi che danno luogo al controllo, le regole procedurali e i termini temporali applicabili, e devono prevedere la possibilità per i privati coinvolti di presentare ricorso contro le decisioni adottate dalle autorità nazionali<sup>13</sup>.

## **2. La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di *golden power***

Nell'ordinamento italiano, l'opinione ormai unanime qualifica i provvedimenti in materia di *golden power* come atti di alta amministrazione, immediatamente esecutivi dell'indirizzo politico. Tali atti soggiacciono al regime giuridico del più ampio *genus* degli atti amministrativi, di cui sono una *species*<sup>14</sup>. In quanto tali, essi sono vincolati ai fini posti dalla legge e sono soggetti a controllo giurisdizionale. In questo si differenziano dagli atti politici, espressione della libertà riconosciuta dalla Costituzione al Governo nella sua funzione di indirizzo politico di massimo livello. Questi ultimi sono liberi nella scelta dei fini, cioè svincolati dal

9. Corte giust. *Commissione/Italia*, cit., punto 54.

10. Corte giust. *Commissione/Spagna*, cit., punto 79; *Commissione/Belgio*, cit., punti 51-53.

11. Corte giust. *Commissione/Paesi Bassi*, punto 39.

12. Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, in *G.U.L.* 791 del 21 marzo 2019, 1-14. Si veda in commento G. Napolitano, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2019, 2.

13. Art. 3, Regolamento (UE) 2019/452.

14. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2022, 477-479.

perseguimento di obiettivi legislativamente prefissati, e pertanto insindacabili<sup>15</sup>. A norma dell'art. 7, co. 1, c.p.a., non sono infatti impugnabili di fronte al giudice amministrativo “gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”.

Ad affermare espressamente la sindacabilità giurisdizionale dell'esercizio del *golden power* è oggi l'art. 133, lett. z-*quinquies*), c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni”. È opportuno interrogarsi sull'effettiva esigenza di prevedere un'ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia, a fronte di un giudizio che sembra coinvolgere solo situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, caratterizzandosi sostanzialmente come un normale giudizio di legittimità<sup>16</sup>. Al riguardo è stato osservato come la funzione di tale apposita previsione possa essere quella di attrarre alla cognizione piena del giudice amministrativo i giudizi relativi alle sanzioni connesse all'esercizio del *golden power*<sup>17</sup>. Infatti, l'art. 134, lett. c), c.p.a. attribuisce al giudice amministrativo cognizione estesa al merito nelle controversie devolute alla sua giurisdizione aventi ad oggetto sanzioni pecuniarie. La norma non è però attributiva in senso stretto della giurisdizione in materia sanzionatoria, che deve preesistere altrove ed è oggi contenuta con riferimento ai poteri speciali nella richiamata norma di cui all'art. 133 c.p.a.<sup>18</sup>. La cognizione estesa al merito consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione, adottando un nuovo provvedimento sanzionatorio o modificando quello impugnato anche rideterminando il *quantum* dovuto<sup>19</sup>. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non si estende invece alle conseguenze privatistiche dell'inadempimento dei provvedimenti di *golden power*, quali la nullità delle operazioni e delle delibere societarie, la sospensione dei diritti di voto e l'obbligo di trasferire entro un anno le partecipazioni rilevanti acquistate<sup>20</sup>. Tali conseguenze, finalizzate a raffor-

15. Ivi, 639-644. Si vedano anche Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81; Corte cost. 10 marzo 2016, n. 52.

16. M. Allena, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Dir. econ.*, 3, 2012, 654-655. Cfr. art. 7, co. 5 c.p.a.

17. *Ibidem*.

18. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1337.

19. *Ibidem*. Cfr. artt. 7, co. 6, e 34, lett. d), c.p.a. In materia sanzionatoria il giudice amministrativo esercita gli stessi poteri previsti per il giudice ordinario dall'art. 23 l. n. 689 del 1981.

20. M. Allena, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia*, cit., 652-653. Si veda anche A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 4, 2019, 790-792. Triscornia ipotizza la possibilità di ricorrere al giudice ordinario prima dell'emanazione di un provvedimento di *golden power*. Il caso

zare l'effettività della relativa disciplina pubblicistica di carattere imperativo, sono rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>21</sup>.

### 3. Il principio di legalità e il sindacato sui presupposti per l'esercizio dei poteri speciali

L'esercizio del *golden power*, in quanto attività amministrativa – e, nella specie, di alta amministrazione – è soggetto al principio di legalità. Come tale trova il proprio fondamento nella legge, quale fonte attributiva del potere per il perseguimento dei fini da essa determinati. Conformemente ai principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, quali specificazioni del principio di legalità, la legge predetermina in modo espresso i poteri che possono essere concretamente esercitati ed i provvedimenti tramite i quali essi si manifestano<sup>22</sup>. Pertanto, un primo fondamentale ambito del sindacato del giudice amministrativo attiene alla sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge per l'esercizio del potere speciale. Questo sindacato non riguarda tanto il *quomodo* del potere, ovvero la scelta discrezionale operata dalla Presidenza del Consiglio, quanto la sussumibilità della fattispecie concreta fra quelle che ne consentono il legittimo esercizio, e dunque l'*an*, l'esistenza stessa del potere<sup>23</sup>. Sotto un diverso profilo, tale sindacato concerne anche la presenza del potere esercitato nel novero di quelli previsti dal catalogo legale. I presupposti oggettivi per l'esercizio del *golden power* attengono alla circostanza che l'impresa detenga attivi strategici e che si sia in presenza di un'operazione rilevante. Quelli soggettivi riguardano la persona e la nazionalità dell'investitore. Entrambi i presuppo-

considerato è quello di acquisto di partecipazioni con superamento di una soglia rilevante in assenza di notifica. In attesa che si concluda l'iter iniziato d'ufficio per l'esercizio del *golden power*, i soci interessati a sterilizzare i relativi diritti di voto potrebbero adire anche in via d'urgenza il giudice civile. Il giudice conoscerebbe *incidenter tantum* delle violazioni della relativa disciplina al fine di pronunciarsi sulla legittimità dei voti espressi e sulla validità delle delibere assembleari adottate con concorso determinante di tali voti.

21. *Ibidem*. Un'ipotesi espressa di coinvolgimento del giudice ordinario è prevista nel caso in cui l'acquirente di una partecipazione rilevante non ottemperi all'obbligo impostogli di cessione delle azioni o quote entro un anno. In tal caso la vendita è disposta dal tribunale su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri secondo le procedure di cui all'art. 2359-ter c.c. Più in generale si veda A. Busani, *Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa "golden powers"*, in *Soc.*, 1, 2023, 5.

22. B.P. Amicarelli, *Il golden power tra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2021, 650. Si veda anche A. Gemmi, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *Pers. Amm.*, 1, 2020, 381.

23. D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"*, in *CERIDAP*, 4, 2021, 74.

sti devono essere fissati dalla legge in modo sufficientemente chiaro e prevedibile per consentire un sindacato effettivo da parte dell'autorità giurisdizionale e garantire così la conformità del meccanismo al modello europeo, oltre che al dettato costituzionale<sup>24</sup>.

### 3.1. I presupposti oggettivi e i poteri esercitabili

La disciplina del *golden power* è oggi contenuta nel d.l. del 15 marzo 2012 n. 21, conv. mod. l. n. 56 del 2012, e successive (frequenti) modificazioni. Il testo legislativo nella sua struttura fondamentale individua i poteri esercitabili dal Governo italiano in due macro-settori strategici: “difesa e sicurezza nazionale” (art. 1 d.l. n. 21 del 2012); “energia, trasporti e comunicazioni” (art. 2 d.l. n. 21 del 2012). I settori di cui all'art. 2 sono stati poi ampliati con l'aggiunta dei “settori ad alta intensità tecnologica” (d.l. n. 148 del 2017), i quali sono successivamente confluiti tra i settori “di cui all'art. 4, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2019/452” in seguito all'estensione operata dal d.l. n. 105 del 2019. Quanto ai poteri esercitabili, il d.l. n. 21 del 2012 contempla fondamentalmente due strumenti di intervento, attivabili tanto nei settori di cui all'art. 1 quanto in quelli dell'art. 2: primo, il potere di opporsi ovvero di imporre specifiche condizioni all'acquisto di partecipazioni qualificate nel capitale di un'impresa che detenga attivi strategici; secondo, il potere di veto rispetto all'adozione di determinate delibere, atti o operazioni dell'assemblea o degli organi di amministrazione dell'impresa, che riguardino detti attivi. Infine, l'art. 1-*bis* del d.l. n. 21 del 2012 (inserito dall'art. 1 d.l. n. 22 del 2019, conv. mod. l. n. 41 del 2019 e modificato, da ultimo, dall'art. 28 d.l. n. 21 del 2022) ha introdotto una disciplina trasversale relativa ai “servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G” e agli ulteriori attivi rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica<sup>25</sup>. Le imprese che intendano acquisire tali beni o servizi sono tenute a notificare un “piano annuale” contenente il programma degli acquisti previsti, specificando il settore nel quale operano<sup>26</sup>. Alla Presidenza del Consiglio è attribuito il potere di opporsi, imporre specifiche condizioni o prescrizioni o approvare tale piano annuale<sup>27</sup>.

24. Ivi, 72. Cfr. in particolare art. 23 Cost.: “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

25. Art. 1-*bis*, co. 1. I servizi basati sulla tecnologia 5G sono qualificati *ex lege* quali attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale. L'individuazione degli ulteriori servizi, beni, rapporti, attività e tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica, ivi inclusi quelli relativi alla tecnologia *Cloud*, è demandata all'adozione di atti regolamentari di rango secondario. Si veda *infra*.

26. Art. 1-*bis*, co. 2.

27. Art. 1-*bis*, co. 3-4.

Se i settori sono determinati con norma primaria di legge, al loro interno l'individuazione degli attivi strategici è rimessa, su delega dello stesso d.l. n. 21 del 2012, all'adozione di atti regolamentari di rango secondario. I settori costituiscono comparti economici, anche molto ampi, dotati di una rilevanza strategica astratta che giustifica la potenzialità di intervento dello Stato<sup>28</sup>. Viceversa, gli *asset* sono specifiche categorie di beni e rapporti giuridici che si collocano all'interno del settore, e sono identificati tramite regolamento governativo per la loro concreta strategicità<sup>29</sup>. La disponibilità da parte di un'impresa di attivi strategici e il coinvolgimento di tali attivi in un'operazione economica costituiscono il presupposto oggettivo per l'esercizio del *golden power*. Solo i singoli attivi, e non l'intero settore, possono costituire oggetto del potere speciale, esercitato con atto provvedimentale dalla Presidenza del Consiglio. Nell'ambito del sindacato sui presupposti, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (di seguito TAR Lazio) ha ribadito come l'individuazione degli attivi strategici possa avvenire solo preventivamente con atto regolamentare e mai a valle con atto provvedimentale<sup>30</sup>. Secondo il giudice amministrativo “deve escludersi che l'esercizio dei poteri possa riguardare operazioni diverse da quelle previste dalla legge ovvero *asset* non individuati tra quelli 'strategici'. (...) Non è pertanto consentita una estensione in via provvedimentale, caso per caso, del novero delle attività strategiche, all'infuori di quelle indicate, nei relativi settori, dalla disciplina regolamentare”<sup>31</sup>. Solo la previa individuazione tramite un atto a portata generale e astratta può infatti consentire le adeguate garanzie di pubblicità e prevedibilità, anche a salvaguardia del principio di uguaglianza<sup>32</sup>. Per contro, ancor più di recente il TAR Lazio si è espresso in merito ad un ricorso avente ad oggetto, *inter alia*, censure legate alla formulazione imprecisa del d.p.c.m. 18 dicembre 2020, n. 179, norma di individuazione degli attivi strategici. I ricorrenti avevano lamentato come il regolamento, invece di qualificare con precisione quali beni e rapporti fossero strategici nel settore agro-alimentare, si limitasse ad individuare in modo tautologico come strategiche “le attività economiche di rilevanza strategica e l'approvvigionamento di fattori produttivi critici della filiera agroalimentare”. Il TAR ha escluso che la lamentata vaghezza terminologica costituisse una violazione del principio di legalità, a fronte della supposta “impossibilità di catalogazione puntuale e minuta de-

28. D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”*, cit., 73.

29. *Ibidem*.

30. TAR Lazio, sez. I, 24 luglio 2020 n. 8742.

31. *Ibidem*.

32. D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”*, cit., 89-91.

gli attivi strategici”<sup>33</sup>. Il Cons. Stato, investito dell’appello, ha ritenuto non fondato l’addebito di genericità e indeterminatezza della disciplina in esame, ribadendo come la stessa presenti una formulazione “a maglie volutamente larghe al fine di non imbrigliare – e, quindi, depotenziare – il presidio” del *golden power*, posto dalla legge “a tutela degli interessi fondamentali (‘strategici’) della collettività nazionale”<sup>34</sup>. Un simile potere esige, ad avviso del supremo giudice amministrativo, un fondamento normativo “altrettanto ampio, elastico, flessibile ed inclusivo, che consenta di apprestare la massima e più efficace tutela agli (assai rilevanti) interessi sottostanti”<sup>35</sup>.

Quanto al secondo requisito oggettivo, si ha un’operazione rilevante nel caso in cui un atto o un’operazione economica siano idonei a modificare il regime giuridico degli attivi strategici o ad incidere anche indirettamente sulla loro titolarità. Con riguardo agli acquisti di partecipazioni, la fattispecie rilevante è integrata nel caso di acquisti, anche successivi, a qualsiasi titolo, in via diretta o indiretta, anche tramite operazioni straordinarie, di partecipazioni che raggiungano determinate soglie corrispondenti a percentuali crescenti del capitale sociale<sup>36</sup>. È stato efficacemente notato in dottrina come l’assenza di una espressa definizione del termine “partecipazione” ai fini dell’applicazione della disciplina *golden power* possa derivare tanto da mera imprecisione terminologica quanto più probabilmente dalla volontà del legislatore di preservare un margine di discrezionalità in capo al Governo nella valutazione della rilevanza di una determinata fattispecie<sup>37</sup>. Nondimeno, ciò rende meno agevole il raffronto della disciplina in esame con gli istituti propri

33. TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, n. 4486. Si veda A. Paccione, *Il Golden Power e il principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 657.

34. Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, punto 16.

35. Ivi, punto 16.1.

36. Nei settori di cui all’art. 1 d.l. n. 21 del 2012 la prima soglia è pari al tre per cento del capitale sociale se la società *target* emette titoli negoziati nei mercati regolamentati, al cinque per cento se invece non è quotata. Le soglie successive sono il cinque, dieci, quindici, venti, venticinque e cinquanta per cento. Nei settori di cui all’art. 2 era inizialmente soggetto ai poteri speciali solo l’acquisto di partecipazioni di controllo, ovvero che determinino “l’insediamento stabile dell’acquirente in ragione dell’assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell’acquisto” (art. 2, co. 5). La disciplina emergenziale di carattere temporaneo introdotta nel contesto della pandemia da Covid-19 e successivamente resa stabile dall’art. 25, d.l. n. 21 del 2022 ha ampliato l’ambito di applicazione oggettivo nei settori di cui all’art. 2, ma solo nel caso di acquisti effettuati da soggetti esteri extra UE. Sicché in tal caso risultano ricompresi anche gli acquisti di partecipazioni che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al dieci per cento, nonché le successive acquisizioni che determinino il superamento delle soglie del quindici, venti, venticinque e cinquanta per cento del capitale. Si veda *infra*.

37. F. Bianconi, *I golden powers nella legislazione d’emergenza: riflessioni a margine dell’estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contratto e impresa*, 1, 2022, 219.

del diritto civile e commerciale<sup>38</sup>. Analoghi problemi interpretativi si pongono con riguardo alla classificazione delle delibere, atti ed operazioni dell'assemblea o degli organi di amministrazione rilevanti. Se il testo di legge elenca alcune fattispecie tipiche facilmente individuabili, vengono altresì in considerazione diverse tipologie di atti gestori individuati in modo generico e in termini funzionali al loro effetto dispositivo o acquisitivo, con un analogo *deficit* di tassatività<sup>39</sup>.

### 3.2. I presupposti soggettivi

Con riferimento all'ambito di applicazione *ratione personae*, viene in rilievo primariamente la nazionalità dell'investitore. Nei settori di cui all'art. 1, d.l. n. 21 del 2012, i poteri speciali oppositivi o prescrittivi sono esercitabili a prescindere dal fatto che l'acquirente della partecipazione sia un soggetto nazionale o estero – e in tal caso che sia esterno o interno all'UE<sup>40</sup>. In quelli di cui all'art. 2 invece, il regime normativo ordinario circoscriveva in origine l'esercizio del *golden power* ai soli acquisti di partecipazioni di controllo realizzati da soggetti esterni all'Unione<sup>41</sup>. Il regime transitorio “emergenziale” introdotto dal d.l. n. 23 del 2020 aveva però esteso l'applicazione soggettiva anche agli investitori stabiliti nell'UE che acquistassero partecipazioni di controllo, oltre a prevedere soglie più basse per l'attivazione dei poteri nel caso di acquisti da parte di investitori extra UE<sup>42</sup>. Infi-

38. *Ibidem*. La tesi prevalente ritiene che rilevino solo gli acquisti di partecipazioni attributive del diritto di voto. Secondo una diversa tesi sarebbero invece incluse anche le partecipazioni attributive di soli diritti patrimoniali. Si vedano A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, cit., 752; V. Donativi, *Golden powers. Profili di diritto societario*, Giappichelli, 2019, 32 ss.; F. Riganti, *I golden powers italiani tra “vecchie” privatizzazioni e “nuova” disciplina emergenziale*, in *N. leggi civ.*, 4, 2020, 867. In base al significato che si accoglie, la nozione di partecipazione può ricomprendere anche gli strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, ultimo co., c.c., le maggiorazioni e limitazioni dei diritti di voto, i diritti reali di garanzia o di godimento sulle azioni e i patti parasociali attributivi di diritti di voto.

39. A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, cit., 769.

40. L'art. 1, co. 1, lett. c) prevede l'applicazione *ratione personae* a qualunque “soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati”. Si noti tuttavia che, nel solo caso in cui l'acquisizione sia effettuata da un soggetto esterno all'UE, rilevano tra le circostanze che il Governo può tenere in considerazione ai fini dell'adozione del provvedimento quelle specifiche e ulteriori di cui al co. 3-*bis*, introdotto dal d.l. n. 105 del 2019, che rispecchiano quelle indicate dall'art. 4, par. 2, Regolamento (UE) 2019/452.

41. Art. 2, co. 5, d.l. n. 21 del 2012, introdotto dal d.l. n. 105 del 2019. Si vedano F. Bianconi, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, cit., 227; V. Donativi, *Golden powers. Profili di diritto societario*, cit., 114 ss.

42. Si veda *supra* nota 36. Sull'applicabilità dei meccanismi di *screening* degli IDE agli investimenti indirettamente realizzati nell'Unione dall'impresa di un paese terzo tramite un'impresa dell'Unione, si veda la recente sentenza della Corte giust. UE del 13 luglio 2023, *Xella*

ne, il d.l. n. 21 del 2022 (c.d. decreto “Ucraina”), conv. l. n. 51 del 2022, ha superato la provvisorietà dell’estensione. Da un lato, la novella ha mantenuto le soglie più basse applicabili agli acquisti di partecipazioni da parte di soggetti esteri non appartenenti all’UE<sup>43</sup>. Dall’altro, ha stabilmente esteso i poteri governativi, e il corrispondente obbligo di notifica, anche agli acquisti di partecipazioni di controllo da parte di investitori *intra* UE, inclusi quelli residenti in Italia, nei settori delle comunicazioni, dell’energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, incluso quello creditizio e assicurativo<sup>44</sup>. Lo stesso decreto ha inoltre modificato la definizione di “soggetto esterno all’Unione europea” ai fini dell’applicazione della normativa in esame. Tale definizione oggi ricomprende anche le persone fisiche con cittadinanza di un Paese UE ma residenti in un Paese terzo o che abbiano il proprio centro di attività principale in un Paese terzo<sup>45</sup>. Vi rientrano inoltre le persone giuridiche stabilite nell’UE ma che risultino controllate, direttamente o indirettamente, da un soggetto esterno all’Unione<sup>46</sup>.

#### 4. Il sindacato sull’istruttoria procedimentale

La percepita flessione del principio di legalità sostanziale (in termini di tassatività-prevedibilità), connessa ai recenti interventi normativi di ampliamento dell’ambito applicativo del *golden power*, dettati anche dalla necessità di risposta

*Magyarország*, C-106/22, EU:C:2023:568. La Corte ha ritenuto non applicabile il Regolamento (UE) 2019/452 agli investimenti realizzati da una società stabilita nell’UE facente parte di un gruppo di società la cui capogruppo è stabilita in un paese terzo. Ciò in quanto la nozione di investitore estero a norma dell’art. 2 del Regolamento, che ne qualifica l’ambito di applicazione soggettivo, ricomprende le sole imprese costituite o comunque organizzate conformemente alla legislazione di un paese terzo. Inoltre, nel caso di acquisto di partecipazioni che consentano di esercitare una sicura influenza sulla gestione e il controllo dell’impresa acquisita, la società acquirente stabilita nell’UE gode della libertà di stabilimento. Ciò a prescindere dalla nazionalità o dalla residenza degli azionisti che a loro volta esercitano controllo sull’acquirente. Si vedano però nella causa in oggetto anche le conclusioni dell’Avvocato generale Čapeta del 30 marzo 2023, *Xella Magyarország*, C-106/22, EU:C:2023:267, di diverso tenore. Secondo l’Avv. gen., le disposizioni del TFUE in materia di libera circolazione dei capitali e il Regolamento (UE) 2019/452 “non ostano a una normativa nazionale che permette il controllo di investimenti esteri diretti provenienti da paesi terzi in un’impresa dell’Unione, realizzati tramite un’altra impresa dell’Unione, qualora detti investimenti comportino una partecipazione effettiva dell’impresa del paese terzo alla gestione o al controllo dell’impresa dell’Unione nella quale ha investito” (punto 95).

43. Art. 2, co. 5, d.l. n. 21 del 2012, come modificato dall’art. 25, d.l. n. 21 del 2022.

44. *Ibidem*.

45. Art. 2, co. 5-*bis*, lett. b), d.l. n. 21 del 2012 come modificato dall’art. 25, d.l. n. 21 del 2022.

46. *Ivi*, lett. d). Tale definizione risulta tuttavia più ampia di quella prevista dal Regolamento (UE) 2019/452. Si veda *supra* n. 39.



all'emergenza pandemica e bellica, ha indotto alcuni commentatori ad auspicare un rafforzamento delle tutele procedimentali dei soggetti privati coinvolti<sup>47</sup>. Al contempo, è stato osservato come le esigenze di segreto e riservatezza correlate alla tutela della sicurezza nazionale che coprono buona parte della procedura abbiano la conseguenza di limitare la partecipazione endoprocedimentale e gli strumenti di difesa, quantomeno al di fuori del processo amministrativo<sup>48</sup>. Se da un lato i meccanismi procedurali sono previsti in modo trasparente, permane infatti un elevato grado di opacità circa il concreto svolgimento del processo decisionale<sup>49</sup>. Sinteticamente, il procedimento si sviluppa come segue. Una prima verifica circa la sussistenza dei presupposti applicativi è effettuata collegialmente dal Gruppo di coordinamento interministeriale istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il quale individua anche il Ministero competente *ratione materiae* per la continuazione dell'istruttoria e la formulazione di una proposta di provvedimento, la cui adozione è poi rimessa al Consiglio dei Ministri<sup>50</sup>. Da ultimo, il già citato d.l. n. 21 del 2022, attuato dal d.p.c.m. 1° agosto 2022, n. 133, ha apportato rilevanti modifiche volte alla semplificazione amministrativa e alla riduzione dei relativi tempi. Nello specifico, è stata prevista la possibilità per il Gruppo di coordinamento di adottare all'unanimità un provvedimento conclusivo di non esercizio dei poteri speciali senza la necessità che si esprima il Consiglio dei Ministri<sup>51</sup>. Inoltre, è stato introdotto l'istituto della c.d. pre-notifica, rivolta al Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri (DICA)<sup>52</sup>. All'interno del procedimento complesso ora tratteggiato si può quindi identificare una fase istruttoria, articolata a sua volta in più sotto-fasi, prodromica alla fase decisionale vera e propria. Se la fase istruttoria in senso stretto, volta alla verifica dei presupposti applicativi, è parzialmente partecipativa, lo stesso non può dirsi per la fase propriamente decisoria dinnanzi al Consiglio dei Ministri, marcatamente autoritativa e caratterizzata da un ampio margi-

47. Si vedano A. Paccione, *Il Golden Power e il principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 655; A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 743.

48. A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., 762.

49. *Ibidem*.

50. L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 667.

51. R. Garofoli, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in *Federalismi.it*, 30 novembre 2022, 7.

52. Ivi, 8-9. Se l'operazione pre-notificata non rientra nell'ambito di applicazione dei poteri speciali, o vi rientra ma sono manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio degli stessi, il DICA comunica ai soggetti interessati che non si deve procedere alla notifica. Non è previsto un meccanismo di silenzio-assenso. Pertanto, scaduto il termine di 30 giorni in assenza di una comunicazione del DICA, deve essere effettuata la notifica completa.

ne di discrezionalità<sup>53</sup>. Riguardo all'estensione dei diritti di partecipazione endo-procedimentale, il TAR Lazio ha ritenuto non applicabile al procedimento *de quo* la norma dell'art. 10-bis, l. n. 241 del 1990, che attribuisce alle parti istanti il diritto di presentare le proprie osservazioni in seguito al ricevimento del c.d. preavviso di rigetto<sup>54</sup>. Ciò in quanto la notifica di un'operazione rilevante ai fini dell'esercizio del *golden power* non costituisce un'istanza di parte diretta ad ottenere alcun bene della vita, ma l'adempimento di uno specifico obbligo informativo di carattere propulsivo funzionale all'esercizio dei poteri di controllo dello Stato<sup>55</sup>.

Sempre con riguardo alla fase procedimentale, l'art. 2-bis, d.l. n. 21 del 2012 prevede forme di collaborazione, anche mediante scambio di informazioni, tra il già menzionato Gruppo di coordinamento e una serie di enti pubblici e autorità indipendenti, tra cui l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AgCom), che agevolano il procedimento fornendo la propria *expertise*. Con riferimento a questo aspetto, nella già citata sentenza n. 8742 del 2020 il TAR Lazio ha accolto il ricorso avverso il provvedimento di *golden power* per un vizio di incompetenza della relativa istruttoria. Precisamente, il parere tecnico reso dall'AgCom nell'esercizio della propria funzione consultiva, avente ad oggetto l'esistenza di attivi strategici nella disponibilità dell'impresa interessata, era stato rilasciato dal Segretario Generale dell'Autorità, organo non competente alla sua adozione, che spetta invece al Consiglio dell'AgCom<sup>56</sup>. Tale parere, anche se non obbligatorio e non vincolante, aveva fondato l'accertamento sull'esistenza del presupposto oggettivo per l'esercizio dei poteri speciali e il suo contenuto era stato quasi integralmente trascritto nel provvedimento finale<sup>57</sup>. Sicché, secondo il giudice amministrativo, l'invalidità del primo si era riflessa nell'invalidità del secondo<sup>58</sup>. Diversa è stata la risposta del TAR Lazio nel caso, sotto alcuni aspetti simile, relativo all'esercizio del *golden power* in seguito all'ingresso di *Vivendi Société Anonyme (Vivendi)* nel capitale sociale di *Telecom Italia S.p.a. (Tim)*<sup>59</sup>. In tale vicenda, il provvedimento adottato aveva richiamato la comunicazione della CONSOB che accertava l'esistenza di una situazione di controllo di fatto di *Vivendi* su *Tim* ai sensi dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 93 TUF<sup>60</sup>. La CONSOB non era però formalmente intervenuta con un proprio parere nel pro-

53. L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, cit., 667.

54. TAR Lazio, Sez. I, 13 aprile 2022, n. 4488.

55. L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, cit., 665.

56. Si veda in commento B.P. Amicarelli, *Il golden power tra istruttoria viziata e principio di legalità*, cit., 647-648.

57. *Ibidem*.

58. *Ivi*, 649.

59. TAR Lazio, Sez. I, 6 settembre 2022, n. 11508.

60. Consob, comunicazione prot. 106341 del 13 settembre 2017.

cedimento svolto dalla Presidenza del Consiglio. In seguito, su ricorso inizialmente respinto dal TAR e successivamente accolto dal Cons. Stato, la comunicazione era stata annullata per un deficit nella partecipazione al relativo procedimento<sup>61</sup>. Secondo *Vivendi*, l'annullamento di tale atto presupposto avrebbe dovuto comportare l'illegittimità del provvedimento di *golden power* impugnato. Nel respingere la tesi della ricorrente, il TAR ha rilevato come il provvedimento, pur menzionando tale comunicazione, fosse stato adottato a conclusione di un procedimento del tutto autonomo nel quale era stata accertata la partecipazione di *Vivendi* in *Tim* e i poteri di fatto da essa esercitati. Di conseguenza, a parere del giudice amministrativo, l'eterogeneità dei due accertamenti e l'autonoma valutazione operata dalla Presidenza del Consiglio escludevano che l'annullamento della comunicazione della CONSOB potesse invalidare il provvedimento impugnato<sup>62</sup>. Inoltre, la comunicazione non era stata annullata per motivi sostanziali e, quindi, non era stata accertata nel merito l'insussistenza della posizione di controllo di fatto della ricorrente, presupposto oggettivo per l'esercizio dei poteri speciali.

## 5. Il principio di proporzionalità e il sindacato sulla discrezionalità amministrativa

Se il giudice amministrativo ha affermato il proprio sindacato sul rispetto della *rule of law* quanto ai presupposti applicativi e allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale, tale sindacato appare meno intenso e incisivo nella verifica sul *quomodo* dell'esercizio del potere, ovvero sulla sua componente valutativa. In un caso recentemente sottoposto alla giustizia amministrativa, il Consiglio dei Ministri si era opposto all'acquisto di una società operante nel settore agro-alimentare (industria delle sementi) da parte di un investitore straniero in mano pubblica<sup>63</sup>. Il TAR Lazio, chiamato a verificare il corretto esercizio del potere discrezionale in conformità ai canoni di ragionevolezza, coerenza, adeguatezza e proporzionalità propri dell'azione amministrativa, ha rigettato il ricorso nel merito, qualificando le valutazioni governative in tema di *golden power* come "scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte"<sup>64</sup>. Il Cons. Stato, confermando la validità del provvedimento, ha ricono-

61. TAR Lazio, Sez. II, 17 aprile 2019, n. 4990, riformata da Cons. Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

62. Si veda in commento T. Di Prospero, *Golden power tra compatibilità sovranazionale e parallesismi d'intervento pubblico* in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 401.

63. M. Lonardi, *Golden powers e sicurezza alimentare: il caso Syngenta*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2022, 669.

64. TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, n. 4488.

sciuto l'alta discrezionalità del Governo nel valutare la strategicità di un'operazione in relazione all'interesse nazionale. Secondo la ricostruzione dei giudici di Palazzo Spada, la stessa nozione di interesse nazionale "non è un *prius*, ossia un dato oggettivo preesistente in natura, bensì un *posterius*, ossia la risultante di valutazioni ed opzioni politiche"<sup>65</sup>. L'apprezzamento dei profili strategici viene svolto dal Consiglio dei Ministri "nell'ambito di un'ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri" e può essere diretto non solo "a proteggere istanze nazionali, ma anche a non favorire esigenze e scopi di Stati ritenuti (non solo ostili, ma anche semplicemente) *competitor* o con i quali, comunque, i rapporti possano prospetticamente presentare profili di problematicità"<sup>66</sup>. In una certa misura, un simile *self-restraint* del giudice amministrativo nel sindacare la discrezionalità del Consiglio dei Ministri può essere intuitivamente giustificato dall'elevata rilevanza geopolitica degli interessi pubblici tutelati. Nondimeno, tale orientamento ha suscitato dubbi circa le concrete probabilità di accoglimento di un ricorso fondato su censure sostanziali<sup>67</sup>. A ben vedere, è lo stesso d.l. 21 del 2012 ad incorporare nel proprio testo normativo prescrizioni volte al rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza. La prima di esse è una clausola di residualità-eccezionalità volta a individuare le situazioni che giustificano l'intervento dello Stato. A norma dell'art. 1, nei relativi settori il *golden power* è esercitabile solo in caso di "minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali della difesa e sicurezza nazionale". Nei settori di cui all'art. 2 si richiede invece "una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti"<sup>68</sup>. Inoltre, in ossequio al principio di proporzionalità-necessità, il testo di legge prevede che il potere di opposizione *tout court* possa essere esercitato solo ove l'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni non sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi pubblici essenziali coinvolti<sup>69</sup>. Il rispetto di tali prescrizioni normative non può che emergere dal contenuto della motivazione dei provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali. Infatti, è con essa che, tramite l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche su cui si fonda il provvedimento, l'au-

65. Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, punto 15.3.

66. *Ibidem*.

67. Si vedano B.P. Amicarelli, *Il golden power tra istruttoria viziata e principio di legalità*, cit., 655; R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022 n. 51*, in *Federalismi.it*, 8 giugno 2022, 11; D. Ielo, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti "Golden Powers"*, cit., 47 e 71; R. Garofoli, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, cit., 12; A. Sandulli, *La febbre del golden power*, cit., 760-762.

68. Nei settori dell'art 2, è però sufficiente ad attivare i poteri anche una circostanza generica di "pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico" nel solo caso di acquisto di partecipazioni rilevanti.

69. Artt. 1 co. 4, e 2 co. 4, d.l. 21 del 2012.

torità rende noti all'esterno le risultanze dell'istruttoria e l'iter logico-giuridico seguito. Sennonché, se l'obbligo di motivazione è previsto per tutti i provvedimenti amministrativi dall'art. 3, l. n. 241 del 1990, negli atti di alta amministrazione essa assume connotati di semplicità e di minor rigore, rendendo più difficile un'effettiva verifica in sede giudiziaria<sup>70</sup>. Sul tema, il TAR Lazio ha precisato che il Consiglio dei Ministri non è tenuto a fornire una motivazione rafforzata nel caso in cui intenda discostarsi dalla proposta trasmessa dal gruppo di coordinamento, adottando un provvedimento di *golden power* più restrittivo<sup>71</sup>. Ciò in quanto il ruolo di quest'ultimo è solo quello di raccogliere gli elementi di valutazione tecnica da sottoporre al Governo, che è l'unico titolare dei poteri speciali e non è vincolato dalla proposta formulata in fase istruttoria<sup>72</sup>. Il Cons. Stato ha ribadito tale impostazione valorizzando la funzione del Consiglio dei Ministri quale "massimo organo di direzione politica dello Stato", contrapposta al ruolo meramente tecnico-amministrativo della struttura dirigenziale preposta all'istruttoria. Secondo i giudici di Palazzo Spada, la fase decisoria è appannaggio esclusivo del primo, che "affronta, inquadra e qualifica l'operazione nell'ambito della più ampia postura politica dello Stato in ottica non solo economica e finanziaria, ma in senso più globale strategica", tramite una valutazione collegiale alla quale partecipano i vertici politici di tutte le Amministrazioni dello Stato. Questa discrezionalità si deve intendere entro il limite, in verità piuttosto elastico, di manifesta illogicità o contrasto patologico rispetto agli esiti della fase istruttoria<sup>73</sup>. A tale riguardo, il Cons. Stato ha sottolineato come il contrasto con l'istruttoria costituisca un vizio strutturalmente marginale del provvedimento di esercizio del *golden power*, in quanto limitato ai soli casi macroscopici "in cui il Consiglio [dei Ministri] affermi fatti smentiti dall'istruttoria o, al contrario, neghi fatti riscontrati nella fase istruttoria"<sup>74</sup>. Resta ferma la necessità, evidenziata nella stessa pronuncia, che la decisione finale poggi su di un iter logico-argomentativo coerente, fondato sui criteri posti a monte dalla legge, onde evitare che la decisione si traduca nel mero arbitrio decisionale del Consiglio dei Ministri<sup>75</sup>.

In merito al rispetto del principio di proporzionalità nella scelta della misura da adottare, nella vicenda sopra richiamata la circostanza che l'acquirente, una società di diritto svizzero, fosse indirettamente controllata dalla multinazionale *ChemChina*, costituente una SOE (*State-Owned Enterprise*) della Repubblica Popolare Cinese,

70. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 507; 509-512.

71. TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, n. 4488. Nel caso di specie, il Consiglio dei Ministri si era opposto all'operazione, a fronte della proposta del gruppo di coordinamento di autorizzare l'operazione sottoponendola a prescrizioni.

72. L. Masotto, *Il golden power alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, cit., 668.

73. *Ibidem*.

74. Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, punto 14.3.

75. *Ivi*, punto 15.

era stata considerata dirimente dal Governo per la decisione di opporsi all'operazione<sup>76</sup>. Secondo quest'ultimo, l'imposizione di provvedimenti meno gravosi sarebbe stata inefficace per via della difficoltà di applicare misure di *enforcement* nei confronti di un governo estero nel caso di inottemperanza alle relative prescrizioni. Tale giustificazione è stata ritenuta persuasiva dal TAR valorizzando la circostanza non controversa che l'effettivo proprietario della società acquirente fosse lo Stato cinese<sup>77</sup>. Il Cons. Stato ha avallato tale argomentazione evidenziando come la mera imposizione di prescrizioni, oltre ad essere oggettivamente difficile da implementare, considerata la natura sovrana del detentore sostanziale del controllo della società acquirente, avrebbe in ogni caso consentito il perfezionarsi dell'operazione<sup>78</sup>. Tale circostanza avrebbe comportato “[il] controllo di un operatore economico nazionale da parte di uno Stato terzo estraneo all'Unione Europea e con cui non intercorrono formali e cogenti legami di alleanza”<sup>79</sup>. Sicché, a parere del Cons. Stato, le considerazioni di politica internazionale e di sicurezza tese a preservare il principio costituzionale di sovranità popolare, “potenzialmente vulnerato da acquisizioni di *asset* fondamentali per la collettività nazionale da parte di Stati stranieri che, ad avviso del Governo, non diano sufficienti garanzie circa il relativo uso”, giustificano la scelta del provvedimento adottato<sup>80</sup>. Inoltre, il supremo giudice amministrativo ha osservato come lo stesso Regolamento (UE) 2019/452 includa quale “fattore pertinente” ai fini dell'esercizio dei poteri di *screening* il fatto che un investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dal Governo di un Paese terzo *extra*-UE<sup>81</sup>. Nella succinta motivazione sul punto, tale dato normativo viene valorizzato per affermare la conformità al diritto UE del provvedimento adottato, anche sul piano del rispetto del principio di proporzionalità<sup>82</sup>. Le motivazioni della pronuncia portano ad interrogarsi se il Cons. Stato ritenga in qualche modo configurabile una minaccia *in re ipsa* nel caso di acquisizioni di operatori economici nazionali detentori di *asset* stra-

76. Cfr. *ivi* punto 1.1.

77. Si vedano R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power*, cit., 11; R. Garofoli, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, cit., 13.

78. Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023 n. 289, punto 22.2.

79. *Ivi*, punto 18.5. Il Cons. Stato osservava inoltre le considerazioni del Governo italiano, secondo il quale: “per la Repubblica Popolare cinese, Stato ad economia pianificata, il settore alimentare costituisce dichiaratamente un obiettivo strategico (così il XIV Piano quinquennale), nel quale quindi è ragionevole ritenere che siano autoritativamente convogliate, guidate ed indirizzate le (poderose) energie economiche, finanziarie e politico-diplomatiche del Paese” (punto 15.2.).

80. *Ibidem*. Si veda anche il seguente passaggio motivazionale: “l'esercizio dei poteri di golden power, infatti, consegue a una considerazione attuale del quadro politico internazionale (strutturalmente in evoluzione) e si modula in base allo specifico settore economico interessato ed alla sua specifica ‘sensibilità’ strategica” (punto 21).

81. *Ivi*, punto 20. Si vedano il considerando 13 e l'art. 4, Regolamento (UE) 2019/452.

82. *Ibidem*.

tegi da parte di soggetti direttamente o indirettamente controllati da Stati esteri con i quali lo Stato italiano non intrattenga relazioni di alleanza o stretta cooperazione sul piano internazionale. Se una simile decisione è evidentemente lasciata alla discrezionalità quasi-politica del Consiglio dei Ministri, il giudice amministrativo non sembra in ogni caso disposto a confutare tale valutazione nel merito.

## 6. Conclusioni

La scelta di assoggettare l'esercizio dei poteri speciali al controllo giurisdizionale può ritenersi comune a un "modello europeo" per il controllo degli investimenti esteri diretti, frutto della giurisprudenza della Corte giust. UE e positivizzato dal Regolamento (UE) 2019/452. Nell'ordinamento italiano, il grado di effettività di tale controllo rimane in parte incerto e sarà meglio chiarito dalla giurisprudenza che, si prevede, sarà investita di un numero crescente di nuovi ricorsi stante la notevole espansione della disciplina oggetto di studio. Le prime pronunce hanno mostrato la prontezza del giudice amministrativo nel censurare violazioni gravi di legge, con riguardo sia ai presupposti applicativi che alle regole procedurali. Meno intenso e più cauto appare invece il sindacato sulle valutazioni discrezionali della Presidenza del Consiglio. Il giudice amministrativo dovrà però fugare i timori che la sostanziale insindacabilità delle scelte governative si traduca in una discrezionalità quasi illimitata. Nel farlo dovrà ricondurre il potere autoritativo ai principi costituzionali e dell'Unione europea che regolano l'attività amministrativa e fornire un'interpretazione della disciplina nazionale che garantisca il rispetto del quadro europeo per il controllo degli IDE. In caso di dubbi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione, il giudice investito del relativo ricorso non potrà che valutare l'opportunità di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE<sup>83</sup>.

83. Si veda da ultimo la già citata sentenza della Corte giust. UE del 13 luglio 2023, *Xella Magyarország*, C-106/22, EU:C:2023:568 su rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di Budapest-Capitale e avente ad oggetto la compatibilità del meccanismo di *screening* ungherese con la libera circolazione dei capitali e la disciplina UE in materia di controllo degli IDE, cfr. n. 42. La Corte giust. si è pronunciata escludendo che il caso di specie rientrasse nell'ambito di applicazione del Regolamento (UE) 2019/452 e ritenendo applicabile non la libera circolazione dei capitali ma la libertà di stabilimento. Infine, ha rilevato che la normativa nazionale in esame costituisce una restrizione non giustificata a tale libertà, e fosse pertanto incompatibile con il diritto dell'Unione. Nel senso della compatibilità della disciplina italiana del *golden power* con la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento si veda TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2022, n. 11508. In particolare: "La normativa citata rispetta tali parametri [indicati dal diritto UE], risultando sufficientemente specifica e determinata nell'individuazione dei settori di rilevanza strategica con riferimento ai quali trovano applicazione l'obbligo di notifica e i poteri speciali in capo all'Amministrazione statale. La richiesta di rinvio pregiudiziale deve quindi essere disattesa".

PARTE QUINTA

TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA  
E RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI  
NEL PRISMA DELLA SPECIALIZZAZIONE  
NELL'INDAGINE  
E NELLA GIURISDIZIONE PENALE  
IN MATERIA BANCARIA E FINANZIARIA:  
ASPETTI ISTITUZIONALI DI DIRITTO EUROPEO  
E NAZIONALE





# DAL GIOCO COMPETITIVO AL GIOCO COOPERATIVO: LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI FRA LA BCE E GLI ORGANI DI GIUSTIZIA PENALE NELL'AMBITO DELLE INDAGINI BANCARIE

SILVIA ALLEGREZZA, LEONARDO ROMANÒ\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Scambio di informazioni e fenomeni criminosi: una relazione controversa – 3. Il quadro attuale della cooperazione multilivello: le dinamiche dei flussi informativi – 3.1. Primo movimento verticale: dalla BCE alle autorità giudiziarie nazionali – 3.1.1. Obbligo di denuncia? La trasmissione della *notitia criminis* – 3.1.2. Il dovere di comunicazione di informazioni riservate nell'ambito di indagini penali: la Decisione della BCE 2016/1162 – 3.1.3. Verso una cooperazione rafforzata: lo scambio di informazioni nel contrasto al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo – 3.2. Secondo movimento verticale: dalle autorità giudiziarie nazionali alla BCE – 3.3. Movimento orizzontale: organi repressivi europei e circolazione delle informazioni – 4. Le ragioni di inefficienza degli scambi informativi multilivello – 5. Considerazioni conclusive: verso un sistema repressivo europeo integrato

## 1. Introduzione

Nella teoria dei giochi<sup>1</sup> – teoria forse abusata ma di sicuro utile per leggere le odierne interazioni fra i diversi corpi del sistema normativo europeo – si distingue fra giochi cooperativi e giochi competitivi. La nota teoria si occupa di quelle situazioni in cui il risultato finale dipende dalle scelte fatte da più entità, i giocatori, che interagiscono secondo scelte razionali. Essi possono perseguire obiettivi comuni o diversi, e farlo secondo regole condivise oppure no.

Nei giochi cooperativi, l'azione coordinata dei vari giocatori e la condivisione di alcune regole favorisce il raggiungimento degli obiettivi comuni. Nei giochi competitivi, o “non-cooperativi”, i giocatori di norma non condividono le regole, non coordinano la propria azione e non stipulano fra loro accordi vincolanti. Le scelte strategiche di ogni giocatore sono tali da perseguire sempre la strategia più

\* University of Luxembourg.

1. Per un'articolata trattazione della teoria dei giochi si rinvia a J. von Neumann, O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 1944.

vantaggiosa per le sue finalità, senza preoccuparsi dell’impatto sulla strategia degli altri giocatori.

La teoria dei giochi ha ricevuto di recente molte e fondate critiche: sarebbero non dimostrabili sia la razionalità presunta delle scelte assunte dai vari giocatori sia la loro capacità di lettura del contesto complessivo dell’azione<sup>2</sup>. Ciononostante, essa mantiene inalterato un intrinseco valore di griglia di lettura dei sistemi normativi complessi quale quello europeo, in cui l’attuazione di alcune politiche chiama in causa un sistema valoriale e normativo multilivello e l’azione coordinata di plurimi attori, europei e nazionali, operanti in diversi settori. “Fuor di metafora”, osserva Ferrari, “il diritto globale non è più tanto un diritto di legislatori nazionali che esprimono comandi; è piuttosto un diritto consegnato in buona parte a moduli di carattere competitivo”<sup>3</sup>.

Il modello del gioco “non-cooperativo” sembra descrivere l’attuale interazione fra il Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) in materia bancaria e l’operato degli organi competenti in materia penale nel contrastare i reati bancari e gli altri macro fenomeni di criminalità economica.

Pilastro essenziale dell’Unione bancaria, introdotta nel 2013 dall’Unione Europea (UE) al fine di rispondere alle criticità emerse dalla recente crisi finanziaria<sup>4</sup> centralizzando la vigilanza bancaria degli enti creditizi più significativi<sup>5</sup>, il MVU rappresenta una pietra miliare del processo di integrazione europea, uno dei passi più significativi verso la condivisione dei rischi connessi alle crisi economico-finanziarie che hanno colpito l’Europa ed il mondo negli ultimi anni. La complessa architettura del MVU poggia sull’idea di un “meccanismo” in cui gli organi europei – la Banca Centrale Europea (BCE) – e gli organi nazionali dei paesi della zona Euro – le Autorità Nazionali Competenti (ANC) – cooperano al fine di garantire una migliore vigilanza sugli enti creditizi, che poggia su regole europee e prescinda dai particolarismi nazionali. L’edificio della nuova vigilanza bancaria europea persegue l’obiettivo di irrobustire l’economia della zona euro garantendo la solidità del settore bancario, solidità che richiede meccanismi di controllo preventivo sul rispetto dei requisiti prudenziali da parte degli enti creditizi, specie di quelli aventi un impatto sistemico a livello continentale.

La riforma del MVU poggia sulla centralizzazione della vigilanza, affidata in larga misura alla BCE, e sul rafforzamento dell’apparato sanzionatorio applicabile alle banche in caso di violazione delle regole prudenziali. All’ampiezza delle

2. B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Rubbettino, 2003, 140 ss.

3. V. Ferrari, *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, FrancoAngeli, 2008, 183.

4. M. Mancini, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale di Marco Mancini*, n. 73.

5. B. Wolfers, T. Volland, *Level The Playing Field: The New Supervision Of Credit Institutions By The European Central Bank*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, 1463-1496.

sanzioni amministrative applicabili alle banche, introdotte con il Regolamento 1024/2014, si accompagna la centralizzazione del potere sanzionatorio, anch'esso posto saldamente nelle mani della BCE, almeno per quanto riguarda gli enti creditizi. Resta invece affidato alle autorità nazionali competenti il potere di imporre sanzioni amministrative nei confronti delle persone fisiche, spesso su sollecitazione della BCE stessa.

L'intero "meccanismo" segna la nascita di un vero e proprio apparato repressivo europeo in materia di sanzioni bancarie, la cui entità e finalità paiono giustificare l'appellativo loro conferito di sanzioni "punitive", adottando l'etichetta elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto caso *Engel*<sup>6</sup>.

L'irrobustimento dell'apparato sanzionatorio amministrativo non è stato accompagnato da alcun intervento sul piano repressivo penale. Sebbene la recente storia europea, e non solo durante la crisi finanziaria, sia costellata da episodi criminali che vedono coinvolti grandi istituti bancari, l'iniziativa dell'UE si è limitata a una progressiva armonizzazione di alcune fattispecie penali, quali il riciclaggio<sup>7</sup> o l'abuso di mercato<sup>8</sup>, senza però innovare la strategia di contrasto, che rimane parcellizzata entro i confini nazionali. Quello che manca è la centralizzazione dell'*enforcement*, termine difficilmente traducibile nelle lingue neolatine, ovvero la creazione di organi che possano indagare e giudicare<sup>9</sup>.

Il risultato è la coesistenza di due sistemi punitivi operanti su piani diversi – amministrativo a livello europeo, penale a livello nazionale –, con strategie dif-

6. Si fa qui riferimento ai c.d. criteri *Engel*, estrapolati dalla pronuncia della Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, testo disponibile al sito [www.budoc.echr.coe.int](http://www.budoc.echr.coe.int) [consultato il 7 ottobre 2023]. Sul punto A. Weyembergh, F. Galli (eds.), *Do Labels Still Matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Editions de l'ULB, Bruxelles, 2014, in *CMLR*, vol. 52, n. 2, 1410-1413. Si veda altresì G.M. Flick, V. Napoleoni, *Cumulo Tra Sanzioni Penali E Amministrative: Doppio Binario O Binario Morto? "Materia Penale", Giusto Processo E Ne Bis In Idem Nella Sentenza Della Corte Edu, 4 Marzo 2014, Sul Market Abuse*, in *Rivista delle società*, vol. 59, fasc. 5, 2014, 953-990. Cfr. anche Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1985, con nota di C.E. Paliero, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894.

7. Direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, OJ L 284, 12 novembre 2018.

8. Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, OJ L 173, 12 giugno 2014; Direttiva 2014/57/UE Del Parlamento Europeo E Del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (Direttiva abusi di mercato), OJ L 173/179, 2014.

9. V.M. Luchtman, J. Vervaele, *Enforcing the Market Abuse Regime: Towards an Integrated Model of Criminal and Administrative Law Enforcement in the European Union?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 5(2), 2014, 192-220.

ferenziate – centralizzata l’una, parcellizzata entro i confini nazionali, l’altra – e talvolta confliggenti<sup>10</sup>. In particolare, la potenziale coesistenza di indagini amministrative e penali per la stessa condotta illecita può ovviamente portare a situazioni problematiche, con riferimento, ad esempio, al principio del *ne bis in idem*, ma anche, tra le altre, per quanto riguarda le norme relative allo scambio di informazioni tra le autorità preposte all’esecuzione, agli obblighi di rendicontazione, ai privilegi e alle immunità professionali, al diritto di non autoincriminarsi, alla protezione dei dati sensibili, o anche a considerazioni di natura prudenziale.

Questo saggio si occupa di un aspetto specifico, di focale importanza nell’ottica di sviluppare una strategia integrata ed ancor più nella prevenzione dei conflitti: lo scambio di informazioni fra le autorità amministrative europee che si occupano di vigilanza bancaria e gli organi nazionali competenti per le indagini penali. L’analisi coinvolge necessariamente anche le autorità nazionali competenti che compongono il MVU – qual è Banca d’Italia – vista la centralità del ruolo di intermediazione che esse svolgono in quest’ambito. Quanto al concetto di “informazione”, si è scelto apposta un termine tecnico, che includa sia il dovere di denuncia che la comunicazione di documenti o altro materiale utile all’accertamento.

La sfida che questo contributo si prefigge è quella di indicare la via che dall’attuale gioco competitivo porti a un gioco cooperativo, in cui la condivisione di regole comuni porti a scelte razionali coordinate per il perseguimento di un successo comune. Come rendere effettiva questa strategia di accerchiamento della criminalità finanziaria? Come evitare che le autorità implicate in questo doppio binario si ostacolino vicendevolmente? Come coordinarle entro un sistema europeo integrato evitando al contempo lacune? Vediamo come si potrebbe arrivare a tale utopia.

## 2. Scambio di informazioni e fenomeni criminosi: una relazione controversa

Con l’espressione “scambio di informazioni” intendiamo descrivere quel flusso di comunicazioni che intercorre fra vari enti o istituzioni e agenzie per agevo-

10. S. Allegrezza, *The Enforcement Dimension of the Single Supervisory Mechanism*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2020. Il conflitto assume il volto nel *bis in idem*: sul punto cfr F. Viganò, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, 202; M. Scoletta, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Società*, 2016, 218 ss.; E. Basile, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in questa *Rivista*, fasc. 5/2017, 271; nonché, volendo, F. Mucciarelli, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2015, 295 ss.

lare la cooperazione fra gli stessi. Fenomeno frequente nell'ambito del diritto amministrativo ed europeo, lo scambio di informazioni forma oggetto di vari principi generali e regole specifiche<sup>11</sup>. Disposizioni del Regolamento 1024/2013 sanciscono, ad esempio, sia per la BCE che per le ANC, il dovere di cooperazione in buona fede e l'obbligo di scambiare informazioni<sup>12</sup>.

Tali flussi di comunicazione restano però problematici quando devono attraversare le frontiere tematiche, non solo quelle fisiche. Ed è quello che dovrebbe avvenire nel settore che qui interessa, in cui le notizie relative alla salute degli enti creditizi possono essere rilevanti sia in ambito amministrativo che in ambito penale.

Lo scambio di informazioni è scarsamente studiato nel settore della giustizia penale<sup>13</sup>. Solo di recente ed in forza delle pressioni legate alla cooperazione giudiziaria europea, e della accresciuta protezione dei dati personali, si è assistito a un crescente interesse per l'argomento, sino ad ora considerato privo di reale interesse teorico<sup>14</sup>. Questo non significa che prima le informazioni non venissero scambiate fra i titolari delle indagini o dell'accertamento penale. Al contrario: non si è

11. Sull'argomento, *ex multis*: P. Adonnino, *Lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie*, in V. Uckmar, *Corso di diritto tributario internazionale*, CEDAM, 2002, 891; F. Ardito, *La cooperazione internazionale in materia tributaria*, CEDAM, 2007, 112; M. Barassi, *Lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie*, in *Materiali di diritto tributario internazionale*, Ipsoa, 2002, 360; M. Barassi, *Cooperazione tra amministrazioni fiscali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario dir. pubbl.*, Giuffrè, 1525 ss.; S. Dorigo, *La Cooperazione fiscale internazionale*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Giappichelli, 2011, 206-225; G. Marino, *Indagini tributarie e cooperazione internazionale*, in *Corr. Trib.*, n. 44, 2009, 3600-3607; C.H.J.I. Panayi, *Current trends on Automatic Exchange of Information*, in *School of Accountancy Research Paper series*, vol. 4, n. 2, 2016; F. Persano, *La Cooperazione internazionale nello scambio di informazioni*, Giappichelli, 2006, 62-66; R. Seer, *Recent Development in Exchange of Information within the EU for Tax Matters*, in *EC Tax Review*, vol. 22, 2013, 66-77; R. Seer, I. Gabert, *European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements*, in *Bulletin for International Taxation*, 2011, 97; F. Vanistendael, *EU Tax Agenda: Exchange of Information, Transparency and Abuse*, 12 gennaio 2015, in *Tax Notes International*, vol. 163; A. Wissenlik, *International exchange of tax information between European and other countries*, in *EC Tax Review*, 1997, n. 2.

12. Art. 6, par. 2 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, OJ L 287/63, 2013.

13. Sulla complessità della cooperazione tra le autorità di giustizia penale nell'UE, si veda A. Weyembergh, I. Armada, C. Brière, *The Inter-agency Cooperation and Future Architecture of the EU Criminal Justice and Law Enforcement Area*, in *Study for the LIBE Committee*, 2014.

14. Sui profili europei, si veda N. Parisi, *Cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate "dell'applicazione della legge" nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I principi fondanti la circolazione internazionale dell'informazione*, in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, Cacucci, 2014, 110.

mai considerato necessario formalizzarne le regole, almeno a livello nazionale, lasciando la comunicazione e la circolazione di informazioni alla prassi.

A livello europeo la sensibilità per il tema è sicuramente maggiore, come testimoniano le numerose iniziative dell'UE tese ad agevolare lo scambio di informazioni tramite la predisposizione di una cornice legale di riferimento. In particolare, il tema viene solitamente considerato sotto un duplice profilo: lo scambio di informazioni quale mera attività di trasferimento di documenti o dati a fini investigativi e probatori, e quale vero e proprio dovere di denuncia o referto di potenziali illeciti penali.

Va peraltro considerato che l'esigenza di una buona circolazione delle informazioni varia a seconda della tipologia di reato di cui ci si occupa: possiamo identificare tre aree in cui lo scambio di informazioni fra autorità di vigilanza bancaria e organi penali risulta prioritaria. In primo luogo, il ruolo del sistema bancario risulta di norma essenziale per i reati economico-finanziari (abuso di mercato, insider trading, associazione a delinquere, ecc.), categoria ampia ed eterogenea, mutevole nel tempo e nello spazio, in cui il tratto comune è rappresentato da una connessione strutturale con l'attività economica. Restringendo ancora di più il cerchio, alcuni reati quali il riciclaggio o il finanziamento del terrorismo, poiché spesso basati sul trasferimento di somme di danaro, risultano strutturalmente connessi al sistema bancario. Da ultimo, si pensi alle fattispecie amministrative e penali poste a tutela della genuinità della vigilanza bancaria ("*fair banking*") come *Rechtsgut*<sup>15</sup>. Si tratta dei "reati connessi alla vigilanza bancaria", quali i falsi o l'ostacolo alle funzioni di vigilanza *ex art. 2638 c.c.*, fattispecie in cui l'oggetto dell'accertamento, spesso oggetto sia di sanzione amministrativa che di illecito penale, si concretizza proprio nel comportamento dell'ente rispetto al supervisore.

Ebbene, a queste categorie di reato corrispondono diverse strategie di interazione. Solo per la seconda delle categorie individuate esiste, infatti, un percorso privilegiato per lo scambio di informazioni; negli altri casi, si applicano le regole generali, spesso insufficienti. Una disciplina speciale riguarda una particolare tipologia di reati economico-finanziari, definiti in base alla persona offesa dal reato: si tratta dei reati posti a protezione degli interessi finanziari dell'Unione (le cosiddette "*Euro-frauds*"), oggi di parziale competenza della nuova Procura europea (di seguito "EPPO", acronimo di *European Public Prosecutor Office*).

Un ulteriore elemento di complessità è dato dalla frammentazione della competenza territoriale e dei poteri all'interno dell'UE. Se quest'ultima rappresen-

15. V.G. Lasagni, I. Rodopoulos, *A Comparative Study on Administrative and Criminal Enforcement of Banking Supervision at National Level*, in S. Allegrezza (ed.), *The Enforcement Dimension of the Single Supervisory Mechanism - The Interplay Between Administrative and Criminal Law*, CEDAM, 2019, 575-613.

ta un'area giuridica integrata in alcuni settori (come, ad esempio, la concorrenza), con riferimento alla vigilanza bancaria invece solo alcuni Stati membri hanno adottato l'euro come loro valuta e sono dunque soggetti alla BCE come regolatore unico del MVU. Inoltre, con riferimento ai reati posti a protezione degli interessi finanziari dell'Unione, soltanto 22 Stati membri hanno aderito all'EPPO, mentre tutti sono soggetti ai poteri di indagine dell'OLAF. A ciò si aggiunge la differenza nei livelli di armonizzazione delle categorie di reato interessate dallo scambio di informazioni: laddove la trasmissione di informazioni riguarda reati che non sono stati armonizzati, la mancanza di un quadro giuridico europeo di riferimento e le conseguenti differenze tra le normative nazionali potrebbero influire negativamente sulla natura e sulla qualità dei flussi multilivello. Si viene così a creare un sistema di interazione "a geografia variabile", in cui le soluzioni adottate in un settore non possono sempre essere trasferite a un altro a causa dei limiti connessi ai diversi livelli di competenza territoriale e di armonizzazione delle normative nazionali.

Anche il tempo ha un impatto e sulla funzione dello scambio di informazioni. Quando lo scambio di informazioni avviene all'inizio di un'indagine, sia essa amministrativa o penale, non solo risponde all'esigenza di condividere le conoscenze, ma previene anche potenziali conflitti e la violazione del *ne bis in idem*. Inoltre, il tempo ha anche un impatto sulla qualità della cooperazione: è indubbio che, in caso di sospetto di reato bancario, un contatto tempestivo tra le autorità di vigilanza e le autorità giudiziarie nazionali sarebbe sicuramente vantaggioso per l'efficienza delle indagini, consentendo di evitare la duplicazione di prove, consentendo alle diverse agenzie di condividere il materiale probatorio e di raccogliere prove che siano "buone" per il giudizio.

Si rende opportuna un'ulteriore considerazione generale: come si avrà modo di constatare, le regole generali sullo scambio di informazioni presenti nei vari testi e accordi a livello europeo tendono in larga parte a soddisfare il bisogno di informazioni delle autorità d'indagine. Il flusso normalmente descritto è quindi quello diretto dalle autorità del MVU a quelle competenti per le indagini penali. Scarsissima attenzione è data al movimento contrario, ovvero al potenziale bisogno del MVU di ottenere informazioni da queste ultime. Solo nel caso dell'anticiclaggio, infatti, si contempla la possibilità di un reale scambio, a sottolineare la complessità del fenomeno e la necessità di un'azione congiunta.

Alla luce di quanto precede, e al fine di mappare le molteplici ragioni di inefficienza dell'attuale sistema multilivello di scambio di informazioni, l'analisi che segue sarà suddivisa in due parti a seconda della diversa dinamica dei flussi informativi: *i*) dimensione verticale – tra le autorità del MVU e le autorità di giustizia penale; e *ii*) dimensione orizzontale – tra la BCE e gli altri organi repressivi europei.



L'analisi del movimento verticale sarà ulteriormente suddivisa in due parti in base alla direzione del flusso informativo: dall'alto verso il basso, quando le informazioni vengono trasferite dal livello dell'UE a quello nazionale; dal basso verso l'alto, descrivendo come le autorità nazionali, in particolare di natura penale, comunicano con gli attori dell'UE.

Partendo dall'analisi della dimensione verticale, il paragrafo che segue esplorerà il tema sotto un duplice profilo: lo scambio di informazioni quale vero e proprio dovere di denuncia o segnalazione in capo alla BCE nei casi in cui i dati indichino potenziali reati e, più in generale, quale mera attività di trasferimento di documenti o dati a fini investigativi e probatori.

### **3. Il quadro attuale della cooperazione multilivello: le dinamiche dei flussi informativi**

#### *3.1. Primo movimento verticale: dalla BCE alle autorità giudiziarie nazionali*

##### **3.1.1. Obbligo di denuncia? La trasmissione della *notitia criminis***

Dato che le irregolarità nelle attività bancarie danno spesso origine a risposte penali, le informazioni raccolte dal MVU nell'ambito della vigilanza prudenziale possono essere rilevanti per le autorità nazionali competenti per le indagini penali<sup>16</sup>. Cosa succede, dunque, quando la BCE acquisisce prova di fatti potenzialmente costitutivi di un illecito penale?

Il percorso ordinario applicabile a tutti i reati per lo scambio di informazioni dal livello europeo al livello nazionale è quello tracciato dall'art. 136 del Regolamento 468/2014 (Regolamento Quadro del MVU-RQMVU)<sup>17</sup>, che sembra prospettare un obbligo per la BCE di trasmissione della *notitia criminis* alle autorità giudiziarie competenti. La disposizione stabilisce che quando “nel corso dell'espletamento dei propri compiti ai sensi del regolamento sul MVU, la BCE ha motivo di sospettare che possa essere stato commesso un illecito penale, richiede all'ANC di riferimento di deferire la questione alle autorità competenti per le indagini e l'eventuale procedimento penale, in conformità al diritto nazionale”.

16. S. Allegrezza, *The Single Supervisory Mechanism: Institutional Design, Punitive Powers and the Interplay with Criminal Law*, in S. Allegrezza (ed.), *The Enforcement Dimension of the Single Supervisory Mechanism*, Wolter Kluwer, 2020, n. 1, 33.

17. Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU), OJ L141/1.

A dispetto dell'apparente chiarezza della lettera della disposizione, molteplici sono le perplessità sollevate dalla stessa in punto di efficienza del tipo di scambio informativo disegnato. Già affrontate in altre sedi<sup>18</sup>, tali ragioni di inefficienza saranno qui di seguito richiamate ai fini della nostra analisi.

In primo luogo, è dubbio che l'art. 136 istituisca un vero e proprio obbligo di denuncia di fatti potenzialmente costitutivi di reato laddove specifica che la BCE "richiede" di deferire la questione alle autorità investigative competenti. In merito, occorre notare che nemmeno le altre versioni linguistiche della disposizione valgono a dissipare l'oscurità del dato normativo: espressioni come "shall request", "elle demande", "ersucht sie" sembrano voler salvaguardare la discrezionalità amministrativa della BCE nel decidere se e quando effettuare la denuncia, denunciando dunque una chiara riluttanza a stabilire un vero e proprio obbligo di comunicazione.

In secondo luogo, non è previsto alcun contatto diretto tra il livello amministrativo europeo e le agenzie penali nazionali. Il flusso di informazioni viene convogliato dal livello europeo attraverso le controparti amministrative nazionali. Sebbene sia evidente che un contatto diretto con i procuratori nazionali avrebbe reso più facile il coordinamento e lo scambio di informazioni, la scelta in favore dell'intermediazione amministrativa risponde a una ragione elementare: l'armonizzazione soltanto parziale delle regole procedurali e delle fattispecie penali in materia implica che il diritto nazionale diventi il principale e unico riferimento normativo per definire il corretto espletamento dei doveri di denuncia. Lo stesso art. 136, peraltro, specifica che il dovere di denuncia debba essere esercitato "in conformità al diritto nazionale"<sup>19</sup>. Il coinvolgimento delle ANC, dunque, consente loro di filtrare il flusso di dati alla luce delle disposizioni nazionali in materia.

Il riferimento al diritto nazionale comporta un duplice ordine di conseguenze. Da un lato, una volta trasmessa la notizia di reato a una ANC, la BCE non ha più alcun compito e spetta alla ANC trasmettere le informazioni alle agenzie penali e assicurare il seguito del caso. Saranno pertanto le norme nazionali sul trasferimento di informazioni a determinare le condizioni e la portata dei doveri di segnalazione da parte delle autorità amministrative a quelle penali<sup>20</sup>. A tal riguardo, tuttavia, il quadro a livello nazionale appare assai frammentato. Se, nella maggior parte dei Paesi, le ANC hanno l'obbligo di segnalare alle autorità giudiziarie com-

18. S. Allegrezza, *Information Exchange Between Administrative and Criminal Enforcement: The Case of the ECB and National Investigative Agencies*, in *Eu crim*, 4/2020, 302.

19. Art. 136 SSMFR.

20. V.G. Lasagni, I. Rodopoulos, *A Comparative Study on Administrative and Criminal Enforcement of Banking Supervision at National Level*, cit., 621.

petenti le notizie di reato emersi durante la loro attività di vigilanza, altre ANC mantengono per legge un margine di discrezionalità nel decidere se informare o meno le autorità giudiziarie<sup>21</sup>.

Dall'altro lato, il riferimento al diritto nazionale non si limiterebbe a indicare quali siano le regole procedurali nazionali per il corretto espletamento dell'obbligo di segnalazione, ma indicherebbe soprattutto il quadro giuridico in base al quale determinare l'esistenza di un potenziale reato. Per i reati oggetto di armonizzazione almeno parziale, il quadro giuridico europeo esistente in materia di reati finanziari potrebbe servire a questo scopo: in particolare, con riferimento al riciclaggio di denaro, al finanziamento del terrorismo, agli abusi di mercato e all'insider trading, nonché a reati connessi alla tutela degli interessi finanziari dell'UE, è già stata raggiunta una parziale armonizzazione e le legislazioni nazionali sono almeno costrette a criminalizzare alcuni comportamenti illeciti. Per i reati non ancora armonizzati, tuttavia, la BCE non può attingere ad alcun quadro giuridico europeo, il che significa che in assenza di un riferimento europeo, la rilevanza penale del comportamento illecito (rilevato nel corso delle attività di vigilanza) è determinata dal diritto nazionale. Il quadro penale specie in materia di illeciti a protezione della vigilanza bancaria è frammentato: se prendiamo ad esempio l'ostacolo alle funzioni di vigilanza, notiamo che questo reato è punito come tale soltanto in alcuni paesi. In questi casi, le suddette incongruenze tra i sistemi nazionali potrebbero avere un impatto negativo sul corretto esercizio degli obblighi di denuncia.

Quanto ai reati che possono formare oggetto del dovere di denuncia, è da escludere che il meccanismo descritto dall'art. 136 sia applicabile esclusivamente ai reati connessi alla vigilanza bancaria. La mancanza di qualsivoglia riferimento in merito alla tipologia di reati che dovrebbe far scattare il dovere sembra suggerire che qualsiasi illecito possa formare oggetto della segnalazione – inclusi il riciclaggio di denaro ed il finanziamento del terrorismo, formalmente escluso dalla competenza del MVU<sup>22</sup>. L'art. 136 lascia un ampio margine di discrezionalità alla BCE in tal senso.

Inoltre, la formulazione dell'art. 136 sembra suggerire che l'obbligo di segnalazione di illeciti penali riguardi solo i fatti scoperti durante l'attività di vigilanza della BCE e relativi alle banche significative su cui la BCE ha poteri di vigilanza diretti. Tuttavia, sarebbe difficilmente sostenibile escludere il dovere della BCE di segnalare potenziali reati commessi da istituti di credito meno significativi, qualo-

21. *Ibidem*.

22. Si vedano i considerando 28-29 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (SSM Regulation-SSMR), OJ L287/66.

ra questi attirassero l'attenzione della BCE. La necessità di una cooperazione sincera richiede che questa comunicazione avvenga anche in assenza di un obbligo in questo senso per la BCE.

Si rende, infine, opportuna un'ulteriore considerazione critica. Il costante riferimento al diritto nazionale e la frammentazione degli organi di indagine penale pone la BCE di fronte alla difficoltà di identificare il diritto nazionale applicabile e l'autorità competente alla quale essa deve effettuare la segnalazione. La risposta a questo quesito dipende infatti da diversi aspetti cruciali. Ad una prima lettura, si potrebbe pensare che l'operato della BCE possa prescindere e affidare il compito definitorio alle ANC. Ma così non è: la BCE dovrebbe identificare la ANC alla luce della fattispecie di reato ed applicando i criteri penalistici: *locus commissi delicti* o criteri sussidiari quali la residenza del presunto autore – leggasi la sede della banca – o delle potenziali vittime. È facilmente intuibile come tali meccanismi mal si prestino a una valutazione della BCE.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di basarsi sulla nazionalità dell'istituto di credito che ha presumibilmente commesso la violazione. Tuttavia, nel caso di una società con filiali in diversi Paesi – come spesso accade per le grandi banche – questa non si rivela essere l'opzione migliore. Dovremmo dunque fare riferimento al Paese in cui si trova la sede centrale della banca? La segnalazione ad agenzie penali situate in un Paese diverso da quello in cui si sono verificati i fatti del caso implicherebbe l'impossibilità di indagare per mancanza di giurisdizione. Pertanto, sembra più opportuno concentrarsi sul *locus commissi delicti* come principio tradizionale con cui ripartire la giurisdizione penale tra i diversi Stati. Ciò potrebbe, però, comportare una discrepanza tra la nazionalità della banca e la sede delle ANC a cui la BCE deve riferire.

In definitiva, questi pochi rilievi hanno rivelato quanto poco praticabile e realistico sia il tentativo di controllare la criminalità bancaria transnazionale attraverso il diritto penale tradizionale, dove la competenza a indagare e giudicare è ancora quasi interamente nazionale.

### 3.1.2. Il dovere di comunicazione di informazioni riservate nell'ambito di indagini penali: la Decisione della BCE 2016/1162

La riluttanza e la diffidenza del MVU a collaborare con le autorità di giustizia penale appare con ancor maggiore evidenza nel caso opposto, ovvero quando le autorità nazionali richiedono alla BCE, alle ANC o alle banche centrali nazionali (BCN) di comunicare informazioni riservate connesse all'assolvimento di compiti e responsabilità in materia di vigilanza nel contesto di un'indagine penale in corso.

Nel diritto dell'Unione non è ancora stato stabilito un quadro procedurale per la gestione di una simile eventualità. È proprio la totale assenza di qualsiv-

glia indicazione sul punto che ha spinto la BCE nel 2016 ad adottare la Decisione 2016/1162 sulla comunicazione di informazioni riservate nell'ambito di indagini penali<sup>23</sup>.

Il concetto di informazioni è ampio e include tutte le “informazioni create o ricevute nello svolgimento dei propri compiti e responsabilità di vigilanza” e le “informazioni riservate relative alla politica monetaria e ad altri compiti del SEBC/Eurosistema”, nonché le “informazioni detenute da una ANC quando assiste la BCE nell'esercizio dei suoi compiti”<sup>24</sup>. Per contro, salta immediatamente all'occhio la divergenza tra gli interessi protetti dalle autorità del MVU e dalle autorità competenti per le indagini penali. La Decisione, infatti, specifica che “nell'adempiere al proprio obbligo di segreto professionale e al proprio dovere di salvaguardare il proprio funzionamento e la propria indipendenza”, la BCE “dovrebbe continuare ad agire a tutela dell'interesse pubblico e di determinati interessi privati, anche astenendosi dal comunicare documenti o informazioni ove la comunicazione sia suscettibile di ledere tali interessi”<sup>25</sup>. Tuttavia, subito dopo si specifica altresì che “tali doveri non dovrebbero comportare per la BCE un divieto assoluto di comunicare informazioni riservate coperte dall'obbligo di segreto professionale ad autorità nazionali competenti per le indagini penali”. In questo senso, il considerando 3 precisa che le “disposizioni del diritto dell'Unione sanciscono, ad esempio, il principio di leale cooperazione, quello di cooperazione in buona fede e l'obbligo di scambio di informazioni con l'SSM, l'obbligo di protezione dei dati personali e l'obbligo del segreto professionale”.

Sulla scorta di questa chiara necessità di preservare la segretezza ed il funzionamento e l'indipendenza della BCE, la Decisione stabilisce condizioni molto stringenti alle quali le informazioni riservate in possesso delle autorità competenti nell'ambito dell'MVU, tra cui la BCE, possono essere comunicate, su richiesta, alle autorità nazionali competenti per le indagini penali. In particolare, tali regole variano a seconda che le informazioni riservate richieste si trovino in possesso della BCE ovvero nella disponibilità delle ANC o BCN.

In primo luogo, l'art. 2 della Decisione disciplina il caso in cui la richiesta di comunicazione pervenga direttamente alla BCE per informazioni riservate in suo possesso (canale diretto). In tal caso, la BCE può fornire le informazioni riservate in suo possesso connesse ai compiti di vigilanza bancaria a un'ANC o a una BCN ai fini della comunicazione all'autorità nazionale competente per le indagini penali in questione alle seguenti condizioni: *i*) se sussiste un obbligo espresso di co-

23. Decisione (UE) 2016/1162 della Banca centrale europea, del 30 giugno 2016, sulla comunicazione di informazioni riservate nell'ambito di indagini penali (BCE/2016/19), OJ L192/73.

24. Decisione BCE 2016/1162, considerando 1 e 4.

25. Decisione BCE 2016/1162, considerando 5.

municazione imposto dal diritto dell'Unione o da quello nazionale; ovvero *ii*) la comunicazione di tali informazioni riservate è consentita dalla normativa applicabile e non sussistono ragioni preminenti per rifiutare la comunicazione di tali informazioni dettate dalla necessità di tutelare gli interessi dell'Unione o di evitare interferenze con il funzionamento e l'indipendenza della BCE, in particolare compromettendo l'assolvimento dei suoi compiti<sup>26</sup>. In questi casi, l'ANC o la BCN in questione, rispondendo alla richiesta, si impegna ad operare per conto della BCE ed a richiedere all'autorità nazionale competente per le indagini penali di assicurare che le informazioni riservate siano protette contro la divulgazione<sup>27</sup>.

In secondo luogo, l'art. 3 della Decisione disciplina il caso in cui la richiesta pervenga a una ANC o una BNC per informazioni riservate in suo possesso connesse ai compiti di vigilanza della BCE o ai compiti di vigilanza delle ANC o BCN relativi agli enti creditizi meno significativi. Quando tale richiesta riguardi informazioni riservate concernenti enti creditizi significativi, è previsto un dovere di consultazione della BCE su come rispondere alla richiesta, in modo da consentire a quest'ultima di fornire "indicazioni in merito alla possibilità di comunicare le informazioni in questione"<sup>28</sup>. La comunicazione può essere rifiutata se sussistono "preminenti ragioni relative alla necessità di salvaguardare gli interessi dell'Unione o di evitare interferenze con il funzionamento e l'indipendenza della BCE per rifiutare la comunicazione di tali informazioni riservate"<sup>29</sup>. Al contrario, quando la richiesta riguardi enti creditizi meno significativi, è previsto un dovere di informare tempestivamente la BCE e, in ogni caso, prima di fornire risposte definitive "ove tale ANC ritenga che le informazioni richieste siano rilevanti o che la loro comunicazione possa incidere negativamente sulla reputazione dell'MVU"<sup>30</sup>. Un dovere di comunicazione così strutturato presta il fianco a diverse critiche e motivi di inefficienza.

In primo luogo, il quadro giuridico attuale continua a non prevedere alcun canale di comunicazione diretto tra la BCE e le autorità nazionali competenti in materia penale: la risposta alle autorità investigative nazionali deve transitare attraverso la ANC. Specialmente in caso di crimini finanziari di portata transnazionale, l'impossibilità di ottenere le informazioni richieste direttamente dalla BCE mette le autorità inquirenti di fronte a difficoltà procedurali difficilmente superabili. In particolare, quando occorre richiedere informazioni relative a enti creditizi situati in altri Stati membri in possesso di una ANC, a chi va indirizza-

26. Decisione BCE 2016/1162, art. 1(a).

27. Decisione BCE 2016/1162, art. 2(1).

28. Decisione BCE 2016/1162, art. 3(1).

29. Decisione BCE 2016/1162, art. 3(1).

30. Decisione BCE 2016/1162, art. 3(2).

ta la richiesta? Il pubblico ministero deve rivolgersi alla propria ANC, anche se quest'ultima non è l'ANC dell'istituto di credito in questione ai sensi del MVU? Oppure il pubblico ministero deve rivolgere la richiesta ai colleghi stranieri attraverso i noti strumenti di cooperazione giudiziaria, chiedendo loro di rivolgersi alla propria ANC? E se così fosse, quale paese è rilevante? Quello dell'istituto di credito o quello in cui si trovano le informazioni riservate? Questi problemi potrebbero essere evitati grazie a una interpretazione del testo della Decisione che favorisca una comunicazione diretta tra BCE e autorità giudiziarie almeno con riferimento al momento della richiesta di informazioni.

In secondo luogo, lo statuto della confidenzialità europea così come descritto dalla Decisione della BCE sembrerebbe incoerente rispetto alla disciplina degli obblighi di segnalazione della BCE dell'art. 9(1) RQMVU, secondo cui il MVU ha tutti i poteri e gli obblighi che le ANC hanno in base al diritto europeo, tra cui il dovere di denuncia di notizie di reato alle autorità giudiziarie nazionali (laddove previsto dal diritto nazionale)<sup>31</sup>. A ben vedere, infatti, la posizione equivalente assicurata al MVU e alle ANC da tale disposizione sembra apertamente contraddetta dall'ampia discrezionalità che la BCE si riserva con la Decisione in parola allorché la richiesta riguardi informazioni confidenziali che sono nella disponibilità della ANC<sup>32</sup>.

Di conseguenza, il conflitto tra la riservatezza europea e le norme nazionali che disciplinano le condizioni di cooperazione tra le ANC e le autorità nazionali competenti per le indagini penali sembra inevitabile. Considerazione, questa, che diventa tanto più cruciale quando si consideri che, in diversi Stati membri, la violazione del dovere delle ANC di collaborare con le procure nazionali e comunicare informazioni connesse ai loro compiti di vigilanza – *sub specie* di rifiuto di cooperare o divulgazione incompleta di informazioni rilevanti – costituisce un reato<sup>33</sup>.

### 3.1.3. Verso una cooperazione rafforzata: lo scambio di informazioni nel contrasto al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo

Come già anticipato, negli ultimi anni sono stati compiuti diversi sforzi per potenziare i canali informativi tra le autorità del MVU e le agenzie incaricate di contrastare il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo (di se-

31. La Decisione specifica che le condizioni di cooperazione tra le ANC e le autorità nazionali competenti per le indagini penali sono stabilite in larga misura dal diritto nazionale. Decisione BCE 2016/1162, considerando 3.

32. S. Allegrezza, *Information Exchange Between Administrative and Criminal Enforcement*, cit., 305.

33. G. Lasagni, I. Rodopoulos, *A Comparative Study on Administrative and Criminal Enforcement of Banking Supervision at National Level*, cit., 632.

guito AML/CFT, acronimo di “Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism”). Le ragioni di ciò sono già note a tutti e vanno ricercate nel susseguirsi di scandali finanziari legati a operazioni di riciclaggio di denaro di portata transnazionale che hanno visto implicate banche di rilevanza sistemica direttamente supervisionate dalla BCE<sup>34</sup>. Questi eventi hanno, tra le altre cose, messo in discussione il ruolo delle autorità di vigilanza europee nel supporto alla lotta contro l’antiriciclaggio e reso necessario un rafforzamento della cooperazione e dei canali informativi tra autorità di vigilanza e autorità nazionali competenti in materia di riciclaggio.

Pertanto, da un lato, la recente riforma del dicembre 2019 ha conferito all’EBA ulteriori poteri di coordinamento e – in via embrionale – strumenti di *enforcement*<sup>35</sup>. Dall’altro lato – ed è ciò che più interessa in questa sede –, a seguito delle modifiche alla Direttiva antiriciclaggio entrate in vigore nel 2018<sup>36</sup> e della modifica della Direttiva *Capital Requirements* che ha reso possibile lo scambio di informazioni riservate tra la BCE e le autorità di vigilanza in materia AML/CFT, la BCE ha deciso di adottare un sistema di scambio di informazioni riservate. Nel gennaio 2019 è stato firmato un accordo multilaterale (di seguito, “l’Accordo”) tra la BCE e le autorità competenti in materia di antiriciclaggio (ANC), che istituisce un canale privilegiato per lo scambio di informazioni nel settore<sup>37</sup>.

Come primo passo verso una cooperazione più efficace, l’accordo fa riferimento a un dialogo diretto tra la BCE e le ANC: “Lo scambio di informazioni avviene tra le ANC e la BCE, su richiesta o di propria iniziativa”<sup>38</sup>. Come si evince dalla disposizione, lo scambio non è limitato all’obbligo di rispondere a richieste

34. Si veda, su tutti, lo scandalo della ABLV Bank, in cui l’istituto di credito è stato sanzionato dalle autorità di regolamentazione americane per diversi episodi di riciclaggio di denaro. I membri del Parlamento europeo hanno sollevato dubbi sul ruolo della BCE nello scambio di informazioni tra l’individuazione dei rischi di riciclaggio e l’integrazione di tali rischi nella vigilanza prudenziale. Si veda, in particolare, la risposta data da Danièle Nouy, Presidente del Consiglio di vigilanza della BCE, a Sven Giegold, membro del Parlamento europeo, del 3 maggio 2018.

35. Regolamento (UE) 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione.

36. Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE, OJ L156/69, il cui art. 57a(2) richiede alla BCE e alle autorità competenti di concludere, con il supporto delle autorità di vigilanza europee, un accordo sulle modalità pratiche per lo scambio di informazioni.

37. Cfr. Accordo multilaterale sulle modalità pratiche per lo scambio di informazioni tra la BCE e le autorità degli Stati membri del SEE preposte a contrastare il riciclaggio di denaro ai sensi dell’ art. 57-*bis*, par. 2, della Direttiva (UE) 2015/849, 2019.

38. Art. 3(1) dell’Accordo.



specifiche, ma comprende anche un input autonomo da parte di un'agenzia all'altra. Quanto alla prima delle due ipotesi, le ANC possono presentare alla BCE una richiesta di informazioni raccolte o create dalla stessa nell'esercizio dei suoi compiti di vigilanza diretta, che siano pertinenti e necessarie per lo svolgimento dei loro compiti nel settore AML/CFT<sup>39</sup>. In linea di principio, la BCE è tenuta a trasmettere tali informazioni su richiesta o di propria iniziativa se: *i*) esiste un obbligo esplicito di divulgare tali informazioni a un'autorità investigativa nazionale ai sensi del diritto dell'Unione o nazionale; *ii*) non vi sono ragioni imperative per rifiutare la divulgazione di tali informazioni legate alla necessità di salvaguardare gli interessi dell'Unione o di evitare interferenze con il funzionamento e l'indipendenza della BCE.

Come si evince da questa formulazione, le esigenze di segretezza sembrano scemare con riferimento a tale categoria di reati, facendosi solo riferimento alla necessità per gli attori implicati nello scambio di garantire la confidenzialità delle informazioni in conformità alla normativa applicabile, di utilizzarli o divulgarli solo come consentito dalle leggi vigenti e di agire in conformità con le leggi sulla protezione dei dati<sup>40</sup>. Si assiste dunque a una sostanziale caduta della segretezza che scompare dai motivi di rifiuto.

Tuttavia, sebbene la BCE sia tenuta, in principio, a trasmettere l'informazione richiesta, occorre notare come la stessa conservi margini di discrezionalità troppo ampi in relazione a questa scelta. Ciò è testimoniato dalla possibilità della BCE di rifiutare la richiesta di informazioni laddove: *i*) la richiesta non è conforme all'Accordo o alle leggi applicabili; o *ii*) l'adempimento della richiesta richiederebbe al partecipante richiesto "di agire in un modo che violerebbe le leggi applicabili"<sup>41</sup>.

Ad ogni modo, il canale informativo privilegiato appena descritto rappresenta verosimilmente il modello ad oggi più avanzato di scambio di informazioni tra la BCE e le autorità nazionali in relazione a un reato<sup>42</sup>. La possibilità per entrambi i partecipanti di agire di propria iniziativa deve essere accolta come un miglioramento positivo nel campo dei meccanismi di interazione interagenziale. I dati contenuti in un rapporto speciale<sup>43</sup> mostrano che lo scambio di informazioni è diventato più frequente e coerente dall'entrata in vigore dell'accordo anticiclaggio all'inizio del 2019, in quanto gli scambi regolari tra la BCE e le autorità AML/CFT sono diventati più frequenti a partire dalla prima parte del 2020.

39. Art. 3(4) dell'Accordo.

40. Art. 7 dell'Accordo.

41. Art. 6(3) dell'Accordo.

42. S. Allegrezza, *Information Exchange Between Administrative and Criminal Enforcement*, cit., 306.

43. European Court of Auditors, Special Report 13/2021: EU efforts to fight money laundering in the banking sector are fragmented and implementation is insufficient, 2021.

Inoltre, tale modello di interazione sembra coesistere con il già citato dovere di denuncia della BCE ai sensi dell'art. 136 RQMVU. Infatti, le ANC menzionate nell'art. 136 non sono quelle responsabili in materia di anti-riciclaggio, ma piuttosto le autorità di vigilanza nazionali che compongono il MVU.

Permangono, tuttavia, ragioni di inefficienza del modello descritto. Come già registrato con riferimento all'art. 136 RQMVU, il flusso di informazioni descritto nell'Accordo non implica un contatto diretto tra la BCE e le autorità di giustizia penale: l'accordo intende incanalare il flusso verso le autorità di controllo antiriciclaggio, ossia "l'autorità o le autorità designate come autorità competenti per la vigilanza e l'osservanza da parte dei soggetti vigilati dei requisiti della Direttiva antiriciclaggio"<sup>44</sup>. Tali autorità possono avere statuti e poteri diversi a seconda del contesto specifico dello Stato membro in questione. Pertanto, tale canale specializzato non è sempre penale. In Italia, ad esempio, la ANC (Bankitalia) non è un'autorità penale. In tal caso, occorrerà fare riferimento al diritto interno per le modalità del trasferimento di informazioni dalle ANC alle autorità competenti per le indagini.

Occorre però sottolineare che, come anticipato, la disposizione dell'art. 136 giustifica l'esclusione di qualsiasi contatto diretto tra la BCE e le agenzie penali nazionali, tra le altre cose, sulla base della mancanza di armonizzazione dei reati. Tuttavia, questo non è il caso dell'AML/CTF, dove è stato raggiunto un certo grado di armonizzazione. Se ciò è vero, allora non sembra giustificata l'esclusione di un canale diretto e di un vero obbligo di denuncia della BCE nei confronti delle autorità giudiziarie in materia AML.

Inoltre, nonostante i notevoli passi in avanti compiuti in direzione del rafforzamento dei canali informativi in materia anti-riciclaggio, l'accordo non affronta il problema dello scarso flusso di informazioni tra le Unità di Informazione Finanziaria (UIF) e le autorità di vigilanza prudenziale, sia a livello europeo che nazionale. Le UIF sono elementi chiave della strategia internazionale di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo: raccolgono e analizzano le transazioni finanziarie sospette (STR) e le segnalazioni di attività sospette (SAR) ricevute da soggetti privati e ne diffondono i risultati alle competenti autorità di contrasto per il necessario follow-up<sup>45</sup>. In quanto tali, sono i veri e propri centri di intelligence finanziaria a livello nazionale, europeo e internazionale, fonda-

44. Art. 2(f) dell'Accordo.

45. L'art. 17 della AMLD6 definisce l'UIF come "l'unità centrale nazionale unica responsabile della ricezione e dell'analisi delle operazioni sospette e delle altre informazioni rilevanti ai fini del riciclaggio di denaro, dei reati presupposto o del finanziamento del terrorismo presentate dai soggetti obbligati ai sensi dell'art. 50 dell'antiriciclaggio o delle segnalazioni presentate dai soggetti obbligati ai sensi dell'art. 59, par. 4, lettera b), dell'antiriciclaggio e dalle autorità doganali ai sensi dell'art. 9 del Regolamento (UE) 2018/1672".

mentali per prevenire e identificare il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo.

Ciononostante, la BCE collabora esclusivamente con le autorità nazionali di vigilanza. Come ha osservato la relazione della Commissione del 2019, sarebbe importante un maggiore coinvolgimento delle UIF da parte delle autorità di vigilanza prudenziale in questo processo<sup>46</sup>. È innegabile che l'efficacia dei canali di interazione tra la BCE e le autorità di lotta anti-riciclaggio può essere reale solo quando esista la necessaria cooperazione con le UIF. D'altra parte, fino a poco tempo fa le autorità di vigilanza prudenziale avevano ostacoli giuridici a livello UE per lo scambio di informazioni con le UIF. Grazie a una modifica della CRD IV, la BCE può ora condividere le informazioni con le "autorità responsabili della vigilanza sui soggetti obbligati elencati ai punti (1) e (2) dell'art. 2, par. 1, della Direttiva (UE) 2015/849 per il rispetto di tale Direttiva, nonché con le unità di informazione finanziaria"<sup>47</sup>.

Notevoli passi in avanti nella strategia dell'UE nel contrasto al riciclaggio sono stati compiuti con la scelta di istituire una nuova autorità europea (di seguito AMLA, acronimo di "*Anti-Money Laundering Authority*") chiamata a formare, insieme alle ANC degli Stati membri, una struttura sovranazionale articolata, caratterizzata da una forte integrazione, denominata "Meccanismo di supervisione AML/CFT"<sup>48</sup>. La nuova *Authority* sarà parte del prossimo assetto AML/CFT che la Commissione europea intende realizzare principalmente attraverso l'attuazione di un pacchetto di quattro proposte normative presentate nel luglio del 2021<sup>49</sup>.

Tra i vari compiti attribuiti ad AMLA in relazione ai rischi ML/TF, c'è quello di sostenere e rafforzare la cooperazione e gli scambi di informazioni tra i soggetti obbligati e le autorità di vigilanza, e fra queste e le autorità non-AML/CFT, tra

46. Report From The Commission To The European Parliament And The Council Brussels, 24 luglio 2019 assessing the framework for cooperation between Financial Intelligence Units COM(2019) 371 final, testo disponibile al sito: [ec.europa.eu/info/sites/default/files/report\\_assessing\\_the\\_framework\\_for\\_financial\\_intelligence\\_units\\_fius\\_cooperation\\_with\\_third\\_countries\\_and\\_obstacles\\_and\\_opportunities\\_to\\_enhance\\_cooperation\\_between\\_financial\\_intelligence\\_units\\_with.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/report_assessing_the_framework_for_financial_intelligence_units_fius_cooperation_with_third_countries_and_obstacles_and_opportunities_to_enhance_cooperation_between_financial_intelligence_units_with.pdf), 11 [consultato il 7 ottobre 2023].

47. Art. 56(g) CRD IV.

48. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e che modifica i Regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010, (UE) n. 1095/2010, COM(2021) 421 final.

49. Si consenta il rinvio sul punto a S. Allegrezza, *The proposed Anti-Money Laundering Authority, FIU cooperation, powers and exchanges of information: A Critical Assessment*, Publication for the committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, 2022. Testo disponibile al sito: [www.europarl.europa.eu/supporting-analyses](https://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses) [consultato il 7 ottobre 2023].

cui la BCE<sup>50</sup>. A questo proposito, l'art. 11 par. 2 AMLAR elenca una serie di informazioni che devono essere obbligatoriamente trasmesse dalle ANC<sup>51</sup>. Sebbene il nuovo Regolamento AML preveda l'istituzione di una banca dati centralizzata, l'art. 11 dell'AMLR richiede l'inoltro di informazioni che le autorità nazionali AML/CFT sono già tenute a condividere con le autorità di vigilanza prudenziale a norma dell'art. 117, par. 5 della Direttiva 2013/36. Tale duplicazione costringerebbe le autorità nazionali a condividere le informazioni due volte.

Tale disposizione, inoltre, non fa menzione delle informazioni rilevanti per l'attività dell'AMLA che possano essere verosimilmente in possesso delle autorità non-AML/CFT, come la BCE. Per questa ultima categoria di informazioni, è plausibile sostenere che i dati siano trasmessi al database centrale dell'AMLA solo su base volontaria, facendo salva ancora una volta la discrezionalità amministrativa della BCE e le esigenze di segretezza delle informazioni riservate.

Quanto alla condivisione dei risultati delle analisi condotte dall'AMLA, e in generale delle informazioni in possesso di quest'ultima, occorre prendere in considerazione le disposizioni presenti negli artt. 5, 11 e 78 dell'AMLR. In primo luogo, l'art. 5(1) prevede alla lett. e) che l'AMLA debba condividere i risultati delle analisi (non facendo alcun riferimento alle informazioni che ne costituiscono la base) con le autorità AML/CFT nazionali, subordinando la condivisione (con riferimento a entrambi i tipi di autorità) alla circostanza che ciò sia necessario al richiedente e sempre che tutto avvenga nel rispetto dei limiti imposti dagli obblighi di riservatezza<sup>52</sup>. In secondo luogo, l'art. 11 AMLAR prevede che l'AMLA non solo analizzi le informazioni ricevute, ma abbia anche l'obbligo di "garantire" che tali informazioni siano messe a disposizione anche delle autorità di vigilanza nazionali, utilizzando anche in tal caso la stessa formula contenuta nell'art. 5 AMLAR diretta a vincolare la diffusione di tali informazioni all'esistenza di una necessità per il ricevente e ai limiti imposti dal dovere di riservatezza.

Il successivo par. 4 dell'art. 11 disciplina, invece, la possibilità che siano le autorità (ivi inclusa la BCE), a chiedere le informazioni, contenute nella banca dati centralizzata, ritenute rilevanti per la loro attività di vigilanza: in questi casi l'autorità richiedente deve trasmettere all'*Authority* un'istanza motivata che verrà va-

50. Art. 2 AMLAR.

51. Fanno parte del primo gruppo le informazioni statistiche sul tipo e numero di soggetti obbligati[14] distinti per Stato membro e le informazioni sul loro profilo di rischio; le informazioni sulle sanzioni adottate sui singoli soggetti obbligati in conseguenza della perpetrazione di violazioni in materia AML/CFT qualificate come gravi, sistematiche o ripetute; gli esiti dell'attività di supervisione AML/CFT e le misure conseguentemente adottate; le informazioni statistiche relative alle attività di supervisione AML/CFT svolte nell'ultimo anno e le informazioni statistiche sul personale e le altre risorse delle autorità.

52. Art. 5, par. 1, lett. e) AMLAR.

lutata tenendo conto della necessità per il richiedente di conoscere le informazioni e delle esigenze di riservatezza.

Più in generale, l'art. 78 AMLAR stabilisce che, ove necessario per l'assolvimento dei propri compiti, l'AMLA coopera con le autorità non-AML. Sul punto la BCE – classificata dall'AMLAR come non-AML/CFT *authority* – nell'ambito del proprio parere del 16 febbraio 2022, ha sottolineato come la portata dell'art. 78 AMLAR dovrebbe essere resa più ampia mediante la cancellazione del riferimento “ai compiti dell'AMLA”. Infatti, la disposizione in parola sembra imporre all'AMLA di condividere informazioni rilevanti per i loro compiti senza considerare se tale condivisione di informazioni sia necessaria anche per l'assolvimento dei compiti dell'autorità non-AML. A parer di chi scrive, pertanto, sarebbe opportuno che il passo normativo in commento preveda unicamente la regola generale che impone all'AMLA di cooperare con le autorità non-AML entro i limiti del proprio mandato nonché la previsione della trasmissione di informazioni anche di iniziativa.

Infine, occorre menzionare l'art. 37 AMLAR, il quale devolve esplicitamente all'AMLA la competenza a gestire, mantenere e sviluppare il cosiddetto “UIF.net”, ossia l'infrastruttura di comunicazione tra le UIF dell'UE. Tra l'altro, l'AMLA, pur svolgendo funzioni di hosting, non potrà avere accesso al contenuto delle informazioni scambiate all'interno dell'infrastruttura, a meno che non ne sia destinataria. Inoltre, nonostante i notevoli passi in avanti compiuti in direzione del rafforzamento dei canali informativi tra le UIF, la nuova Proposta non affronta il problema dello scarso flusso di informazioni tra le UIF e le autorità di vigilanza prudenziale, sia a livello europeo che nazionale.

### *3.2. Secondo movimento verticale: dalle autorità giudiziarie nazionali alla BCE*

Come si è visto, il canale ordinario di interazione verticale tende in larga parte a soddisfare il bisogno di informazioni dell'autorità di indagine penale. Scarsissima attenzione è data invece al movimento contrario, ovvero al potenziale bisogno della BCE di ottenere informazioni da questi ultimi. L'attuale quadro normativo europeo – tra cui la decisione 2016/1162 – non prevede alcuna forma di comunicazione da parte delle autorità penali nazionali alla BCE.

Anche a livello nazionale si registra l'assenza di un quadro procedurale sulle condizioni in cui le autorità giudiziarie nazionali possono trasmettere informazioni alla BCE. Sebbene la maggior parte delle leggi nazionali preveda la possibilità di trasferimento di informazioni da parte dell'ANC agli organi competenti per le indagini penali, mancano disposizioni specifiche che trattino la situazione inversa, ossia la trasmissione di informazioni alle autorità del MVU. Nella maggior parte delle giurisdizioni nazionali, il trasferimento di informazioni dalle au-

torità giudiziarie nazionali alla BCE non è in ogni caso un obbligo. Va da sé, tuttavia, che nelle circostanze previste dall'art. 13 SSMR, ossia quando la BCE deve effettuare un'ispezione *in loco* e questa – in base al diritto nazionale – richiede l'autorizzazione *ex ante* dell'autorità giudiziaria nazionale, ci sarà inevitabilmente la necessità di uno scambio di informazioni.

Ad ogni modo, sebbene non sembra che la BCE in quanto tale sia stata riconosciuta come autorità in grado di ricevere informazioni dalle autorità competenti per le indagini penali, questa possibilità non sembra essere esclusa a livello nazionale. Al contrario: non si è mai considerato necessario formalizzarne le regole, lasciando la comunicazione e la circolazione di informazioni alla prassi. Va peraltro considerato che, laddove necessario, è assai probabile che la trasmissione delle informazioni da parte delle autorità giudiziarie non avverrà direttamente tra queste e la BCE, ma richiederà necessariamente l'intermediazione amministrativa. In termini generali, in mancanza di canali informativi diretti tra le autorità di giustizia penale e la BCE, il ruolo principale è ancora una volta conferito alle ANC. Tuttavia, nessuna legislazione nazionale sembra indicare che le ANC abbiano il potere di ottenere informazioni dagli organi giudiziari. Di conseguenza, in mancanza di un quadro procedurale, la materia è regolata esclusivamente dalla procedura penale nazionale. In questo tipo di situazioni, quindi, le disposizioni nazionali che tutelano la segretezza delle indagini (come in Italia o in Lussemburgo) o che stabiliscono l'obbligo del segreto professionale determinano l'opportunità e le condizioni del trasferimento di informazioni.

L'unico canale privilegiato che contempli un qualche scambio di informazioni dal basso verso l'alto in relazione a fatti potenzialmente costitutivi di illecito penale è quello istituito con l'Accordo Multilaterale in materia di AML/CFT. La BCE può inviare una richiesta alle ANC in relazione a "informazioni raccolte o create dalla ANC nell'esercizio delle sue funzioni di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, che sono pertinenti e necessarie per l'esercizio dei compiti della BCE ai sensi del Regolamento SSM, compresa la vigilanza prudenziale su base consolidata"<sup>53</sup>. La richiesta può includere le sanzioni o le misure antiriciclaggio e antiterrorismo imposte ai soggetti sottoposti a vigilanza e altre informazioni raccolte dalle segnalazioni in materia di antiriciclaggio e di lotta al finanziamento del terrorismo ricevute ai sensi dell'art. 61, par. 1, della Direttiva antiriciclaggio. 61(1) della Direttiva antiriciclaggio e relative a carenze sostanziali nella governance, nei sistemi e nei controlli antiriciclaggio<sup>54</sup>.

In linea di principio, le ANC sono tenute a trasmettere queste informazioni alla BCE quando questa le richiede. Esse possono anche agire di propria iniziativa

53. Art. 3(2)(a) dell'Accordo.

54. Art. 3(2) dell'Accordo.

va, fornendo “qualsiasi altra informazione che ritengano rilevante e necessaria per l’esercizio dei compiti della BCE”<sup>55</sup>. La richiesta può essere rifiutata qualora non sia conforme all’Accordo o alle norme nazionali applicabili, ovvero l’adempimento della stessa comporti una violazione delle norme nazionali applicabili<sup>56</sup>.

Anche in questo caso, tuttavia, non è previsto alcun contatto diretto tra l’autorità di vigilanza bancaria e l’autorità penale: l’accordo intende incanalare il flusso verso le ANC. Tali autorità possono avere natura e poteri differenti a seconda dello Stato membro considerato. Pertanto si tratterà di un canale di comunicazione non sempre penale.

### *3.3. Movimento orizzontale: organi repressivi europei e circolazione delle informazioni*

Il dovere della BCE di denuncia di potenziali reati alle autorità competenti ha anche una dimensione orizzontale europea. Quando è in gioco la tutela degli interessi finanziari dell’UE, la BCE ha un duplice dovere di denuncia nei confronti di due agenzie europee centralizzate che si occupano di questioni penali. Il riferimento è al dovere di trasmettere le informazioni rilevanti e di cooperare con l’Ufficio europeo per la lotta antifrode (di seguito OLAF) e con il nuovo ufficio del Pubblico ministero europeo (di seguito EPPO).

L’OLAF è l’agenzia amministrativa europea incaricata di condurre indagini amministrative sulle frodi (le cosiddette “indagini interne”) all’interno delle istituzioni, degli organi, degli uffici e delle agenzie dell’UE allo scopo di combattere le frodi, la corruzione e qualsiasi altra attività illecita che leda gli interessi finanziari dell’Unione. Le indagini dell’OLAF possono portare a sanzioni disciplinari o, nei casi più gravi, a procedimenti penali dinanzi alle autorità nazionali a cui l’OLAF potrebbe riferire la violazione<sup>57</sup>.

In termini generali, ogni istituzione, organo, ufficio o agenzia dell’UE adotta norme adeguate per imporre al proprio personale il dovere di collaborare e fornire informazioni all’OLAF, garantendo al contempo la riservatezza dell’indagine interna. Era quindi chiaro che la BCE, in quanto istituzione dell’Unione, non poteva esimersi dal collaborare con l’OLAF e che tale collaborazione avrebbe necessitato di uno specifico quadro giuridico: infatti, a causa della natura sensibile dei dati raccolti nell’esercizio delle sue funzioni, siano esse di politica monetaria o di

55. Art. 3(3) dell’Accordo.

56. Art. 6(3) dell’Accordo.

57. Per un’analisi delle indagini interne ed esterne dell’OLAF si rinvia a V. Covolo, *L’emergence d’un droit penal en réseau. Analyse critique du système européen de lutte antifraude*, Nomos, Luxembourg Legal Studies, 2015.

vigilanza prudenziale, la BCE dispone di un intricato quadro giuridico in materia di riservatezza e segreto professionale<sup>58</sup>.

Per questa ragione, la BCE ha adottato la decisione 2016/456 relativa ai termini e alle condizioni per le indagini dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode sulla BCE in materia di prevenzione delle frodi, corruzione e di ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari dell'Unione<sup>59</sup>. La presente decisione si applica ai membri delle squadre di vigilanza congiunte e delle squadre di ispezione *in loco* che non sono soggetti alle condizioni di impiego della BCE. Essa riguarda anche i membri del personale delle autorità nazionali competenti che fanno parte dei team di vigilanza congiunta e dei team di ispezione *in loco*.

In primo luogo, l'art. 2 della Decisione stabilisce l'obbligo per la BCE di "cooperare con l'Ufficio, garantendo al contempo la riservatezza dell'indagine interna". L'obbligo di collaborazione non si limita tuttavia alle indagini interne, ma riguarda anche le cosiddette indagini esterne, quelle in cui emerge il sospetto di possibili casi di frode, corruzione o altre attività illegali che riguardano gli interessi finanziari dell'Unione. I dipendenti della BCE informano in primo luogo i propri superiori diretti, quindi consultano la gerarchia dirigenziale fino ai membri del Comitato esecutivo o al Presidente, se necessario. Questi ultimi trasmettere le informazioni all'OLAF senza indugio. Una procedura specifica si applica quando la segnalazione gerarchica si rivela problematica nel senso che potrebbe compromettere la correttezza della segnalazione, nel qual caso il dipendente può trasmettere le informazioni direttamente all'OLAF<sup>60</sup>.

Alcune limitazioni sono previste "nei casi eccezionali nei quali la circolazione di alcune informazioni al di fuori della BCE possa pregiudicare gravemente il

58. Come affermato nel preambolo della decisione 2016/456. I doveri e gli obblighi professionali della BCE, in particolare obblighi di condotta professionale e di segreto professionale, sono stabiliti a) nelle Condizioni di impiego del personale della Banca centrale europea, b) nelle Regole della Banca centrale europea, c) nell'Allegato IIb. di impiego per il personale della Banca centrale europea, b) le norme sul personale della Banca centrale europea, c) l'Allegato II-ter delle condizioni di impiego relativo alle Condizioni di impiego relativo alle condizioni di impiego a breve termine, e d) le Regole della Banca centrale europea per l'impiego a breve termine. d) le Regole della Banca centrale europea per l'impiego a breve termine; ulteriori indicazioni sono contenute nel Codice di condotta per i membri del Consiglio direttivo. membri del Consiglio direttivo (2), (f) il Codice supplementare di criteri etici per i membri del Comitato esecutivo della Banca centrale europea. del Comitato esecutivo della Banca centrale europea (3), e g) il Codice di condotta per i membri del Consiglio di vigilanza della Banca centrale europea (3). Consiglio di vigilanza della Banca centrale europea (4) (di seguito, congiuntamente, denominati "condizioni di impiego della BCE").

59. Decisione (UE) 2016/456 of the European Central Bank of 4 March 2016 concerning the terms and conditions for European Anti-Fraud Office investigations of the European Central Bank, in relation to the prevention of fraud, corruption and any other illegal activities affecting the financial interests of the Union (ECB/2016/3).

60. Art. 3(4) Decisione 2016/456.



funzionamento di quest'ultima<sup>61</sup>. In questi casi, la decisione di concedere all'OLAF l'accesso a tali informazioni o di trasmetterle all'OLAF spetta al Comitato esecutivo della BCE. La decisione di non concedere l'accesso deve, se del caso, includere le ANC e indicare le ragioni del rifiuto. Il divieto ha un limite temporale di sei mesi. A parere di chi scrive, i margini di discrezionalità lasciati alla BCE sembrano ancora troppo ampi per consentire un efficace espletamento delle indagini da parte dell'OLAF. Infatti, sebbene la Decisione limiti la possibilità di negare l'accesso in "casi assolutamente necessari", tale valutazione è comunque rimessa alla discrezionalità del Comitato Esecutivo della BCE, che potrà escludere l'accesso con riferimento a un'ampia gamma di informazioni sensibili<sup>62</sup>.

Infine, come già accennato, solo negli ultimi anni l'arsenale repressivo europeo è stato completato con l'istituzione di un vero e proprio organo investigativo penale, la Procura europea (EPPO), introdotta nel 2017 e diventata operativa a partire dal giugno 2021<sup>63</sup>.

La creazione di questo nuovo organismo sovranazionale con poteri esecutivi si rivela per molti problematica in termini di sussidiarietà e proporzionalità, mentre altri ne vedono il valore aggiunto come pietra miliare del processo di integrazione dell'UE in relazione a un settore sensibile come la giustizia penale<sup>64</sup>. A questo nuovo Ufficio sono stati conferiti poteri investigativi sul territorio degli Stati membri partecipanti, anche se con l'ambito limitato alle indagini sui reati che ledono gli interessi finanziari europei, come definito dalla Direttiva 2017/1371<sup>65</sup>.

61. Art. 4 Decisione 2016/456.

62. L'art. 4(1) Decisione 2016/456 definisce il concetto di informazioni sensibile come "information concerning monetary policy decisions, or operations related to the management of foreign reserves and interventions on foreign exchange markets, provided that such information is less than one year old; information concerning the tasks conferred upon the ECB by Regulation (EU) No 1024/2013; data received by the ECB from the national competent authorities regarding the stability of the financial system or individual credit institutions; and information concerning the euro banknotes' security features and technical specifications".

63. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO"), OJ L283/1.

64. J. Monar, *Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice?*, in *14 Perspectives on European Politics and Society*, 2013, 340. C. Gómez-Jara, *European federal criminal law: What can Europe learn from the US system of federal criminal law to solve its sovereign debt crisis?*, in *3 EuCLR*, 2013, 171 ss.; T. Rafaraci, *Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office: Ideas, Project and Fulfilment*, in T. Rafaraci, R. Belfiore (eds.), *European Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, 157-158.

65. Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, OJ 2017 L 198/29. Si veda sul punto V. Mitsilegas, *European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law*, in *28-2 Maastricht Law Journal*, 2021, 245-246.

Ed è proprio con riferimento a questa categoria di reati che è possibile profilare un dovere per la BCE di trasmettere all'EPPO ogni notizia di reato per il quale tale Ufficio potrebbe essere competente, secondo il Regolamento 2017/1939.

In particolare, il considerando 100 del Regolamento EPPO prevede che l'Ufficio debba "collaborare strettamente con altri istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione per facilitare l'esercizio delle sue funzioni a norma del presente regolamento e, ove necessario, istituire accordi formali sulle modalità di cooperazione e scambio di informazioni. Particolare importanza dovrebbe rivestire la cooperazione con Europol e l'OLAF, onde evitare sovrapposizioni e consentire all'EPPO di ottenere le informazioni pertinenti in loro possesso e avvalersi delle loro analisi in determinate indagini". Sulla stessa falsariga, il considerando 101 stabilisce che "l'EPPO dovrebbe poter ottenere qualunque informazione pertinente rientrante nella sua competenza dalle banche dati e registri delle istituzioni, degli organi, degli uffici e delle agenzie dell'Unione".

Alla luce di ciò, è senz'altro opportuno che l'EPPO e la BCE instaurino e mantengano una stretta cooperazione volta ad assicurare la complementarità dei rispettivi mandati e a evitare sovrapposizioni. Sebbene ad oggi manchi un accordo formale sulle modalità di cooperazione e scambio di informazioni tra EPPO e BCE, la lettura combinata dei considerando di cui sopra lascia presumere che la BCE, al pari delle altre autorità e agenzie europee, abbia un dovere di cooperare e trasferire informazioni all'EPPO nei casi in cui vi sono ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato di competenza della stessa. Il che implica per la BCE il dovere di denunciare all'EPPO le potenziali violazioni che riguardano il bilancio dell'UE. A tale riguardo, in linea di principio la BCE non dovrebbe avviare sugli stessi fatti alcuna indagine amministrativa parallela a un'indagine condotta dall'EPPO. Tuttavia, è verosimile che la BCE rivendicherà anche nei confronti dell'EPPO alcuni margini di discrezionalità, specie quando la trasmissione qualora la circolazione di alcune informazioni sensibili possa pregiudicare gravemente il funzionamento della BCE.

#### **4. Le ragioni di inefficienza degli scambi informativi multilivello**

L'analisi delle principali forme e dinamiche dei flussi informativi multilivello ha rivelato l'esistenza di un complesso sistema "a geometria variabile", in cui lo scambio di informazioni è complicato da una serie di componenti normative e fattuali. Sono coinvolti diversi livelli di analisi: l'interazione si verifica non solo tra la BCE e le autorità nazionali di giustizia penale, ma chiama in causa anche molteplici attori (autorità nazionali di vigilanza e agenzie investigative europee), diversi canali (ordinari e privilegiati) e diversi quadri normativi (diritto

europeo e diritto nazionale attuativo del diritto europeo, insieme al diritto puramente nazionale).

Anzitutto, l'analisi ha messo in luce come soltanto il primo movimento (dall'alto verso il basso) contempra vari canali informativi, tra ordinari e privilegiati; al contrario, il secondo movimento verticale (dal basso verso l'alto) è pressoché inesistente. Nel quadro dei principali testi e accordi in materia, infatti, la BCE si pone sempre e solo come fornitore di informazioni e quasi mai come fruitore di informazioni raccolte da altri organi, specie penali. Di conseguenza, il potenziale bisogno della BCE di ottenere informazioni dalle autorità d'indagine finisce per essere regolato esclusivamente dalla procedura penale nazionale, ispirata talvolta a esigenze di segretezza delle indagini. Il problema sorge quando il bisogno di informazioni sorge durante la fase delle indagini della BCE. In questo caso, infatti, la mancanza di un quadro procedurale di coordinamento e di un obbligo di trasferimento di informazioni pone non solo il problema di evitare il *ne bis in idem*, ma impedisce altresì alla BCE di utilizzare le informazioni in modo produttivo per adottare misure di vigilanza in caso di illecito bancario che potrebbero prevenire ulteriori danni creando inefficienze. Solo nel caso dell'antiriciclaggio, infatti, si contempla la possibilità di un reale scambio, a sottolineare la complessità del fenomeno e la necessità di un'azione congiunta.

Ad ogni modo, in mancanza di un canale diretto di comunicazione tra MVU e autorità competenti per le indagini penali, le più comuni forme di interazione hanno luogo attraverso le controparti amministrative nazionali. L'evidente riluttanza delle autorità di vigilanza europee a cooperare direttamente con le autorità penali è dovuta a molteplici fattori.

Anzitutto, la necessità di preservare la discrezionalità amministrativa della BCE rappresenta un primo ostacolo alla predisposizione di un vero e proprio obbligo di denuncia in capo alla stessa. Inoltre, a causa della natura sensibile dei dati raccolti nell'esercizio delle sue funzioni, la BCE dispone di un intricato quadro giuridico in materia di riservatezza e segreto professionale. Nell'adempiere ai propri doveri di denuncia e comunicazione, la BCE continua ad agire a tutela dell'interesse pubblico e di determinati interessi privati talvolta opposti a quelli delle autorità di indagine; pertanto essa si astiene dal comunicare documenti o informazioni ove la comunicazione sia suscettibile di ledere tali interessi. Il livello di dettaglio delle disposizioni relative alla segretezza e riservatezza nello scambio di informazioni è significativo e deve essere letto alla luce della particolare delicatezza della vigilanza bancaria; ciò che si deve evitare in ogni momento sono le perturbazioni del mercato dovute alla divulgazione non necessaria di dati sensibili. Per la stessa ragione, la BCE tende a centralizzare il controllo sulla diffusione di informazioni riservate, anche quando queste siano in possesso delle ANC o BCN. Tali esigenze di segretezza e riservatezza sembrano scemare soltanto con riferimento al

canale privilegiato stabilito tra la BCE e l'OLAF. Tuttavia, anche in questo caso, la BCE mantiene un certo margine di discrezionalità amministrativa.

Un ulteriore fattore di complessità è rappresentato dal costante riferimento al diritto nazionale. La coesistenza di due sistemi punitivi operanti su piani diversi – amministrativo a livello europeo, penale a livello nazionale –, con strategie differenziate – centralizzata l'una, parcellizzata entro i confini nazionali, l'altra – e talvolta confliggenti, pone le autorità implicate nello scambio di informazioni di fronte alla difficoltà di identificare il diritto interno da applicare. Dalla risposta a questa domanda dipendono diversi aspetti cruciali. Il diritto nazionale determina infatti la procedura da seguire nello scambio di informazioni, l'ANC implicata nello scambio nonché la base giuridica alla luce della quale definire la rilevanza penale dei fatti scoperti nello svolgimento delle attività di vigilanza. Si comprende dunque come la difficoltà di identificare la legge applicabile rischia di influire negativamente sul corretto esercizio dei doveri di comunicazione.

In definitiva, questa logica essenzialmente competitiva non solo compromette l'efficienza dei flussi informativi, ma crea il rischio che le autorità si ostacolino vicendevolmente. Infatti, in mancanza di coordinamento, si porrà il problema del *ne bis in idem* qualora due procedimenti paralleli (penale e amministrativo) inizino senza coordinamento. È opportuno che le autorità del MVU e quelle competenti per le indagini penali instaurino e mantengano una stretta cooperazione volta ad assicurare la complementarità dei rispettivi mandati e a evitare sovrapposizioni. A tale riguardo, in linea di principio uno stretto coordinamento e flusso informativo dovrebbe impedire di avviare sugli stessi fatti alcuna indagine amministrativa parallela a un'indagine condotta dalle autorità di giustizia penale.

## **5. Considerazioni conclusive: verso un sistema repressivo europeo integrato**

Queste brevi riflessioni hanno tentato di ricostruire la complessa trama dei flussi informativi intercorrenti fra le autorità amministrative europee che si occupano di vigilanza bancaria e gli organi nazionali competenti per le indagini penali. La cooperazione e lo scambio di informazioni rappresentano infatti un passaggio fondamentale per la costruzione di un sistema punitivo multilivello (europeo-nazionale) integrato e coerente.

L'analisi dei flussi informativi verticali ha rivelato un quadro assai critico. Per riprendere la metafora usata in apertura, nel campo delimitato dagli scambi informativi nell'ambito delle indagini bancarie abbiamo due giocatori, forzati all'interazione dalle numerose sovrapposizioni fra l'accertamento amministrativo e quello penale, che perseguono finalità e interessi solo in parte coincidenti ed eventual-

mente contrastanti, osservano regole diverse (a livello europeo ed interno) e non sempre considerano un certo risultato come una vincita da parte di tutti i giocatori. Invece che comporre un unicum coordinato e coerente, in grado di modulare la risposta punitiva a seconda degli interessi coinvolti, i due apparati sanzionatori sembrano non cooperare in modo efficace. Molte le ragioni del contrasto: il diverso grado di integrazione a livello europeo<sup>66</sup>, le differenze nella tempistica dell'intervento, l'assenza di organi centralizzati dotati di un generale potere di indagine in materia penale, le diverse regole procedurali, le articolazioni del diritto di difesa, degli standard probatori, dell'entità della sanzione.

In altre sedi abbiamo indicato alcune possibili soluzioni interpretative ed alcuni percorsi di riforma legislativa per poter porre rimedio all'attuale impasse<sup>67</sup>. Una via verso una migliore cooperazione multilivello è rappresentata dal rafforzamento dei canali informativi esistenti. Un'esigenza particolarmente sentita riguarda l'obbligo di segnalare le notizie criminis direttamente alle autorità competenti per le indagini. Poiché le autorità di vigilanza sono in una posizione migliore per individuare le operazioni sospette – soprattutto quando si tratta di vigilanza bancaria e finanziaria – un canale diretto per la comunicazione obbligatoria dei reati finanziari più gravi sarebbe estremamente utile per la prevenzione e la repressione della criminalità finanziaria. In questo senso, il dovere di denuncia dovrebbe essere potenziato per includere anche le UIF.

Le agenzie penali nazionali potrebbero individuare un punto di contatto abilitato a ricevere le informazioni e le richieste di informazioni e a trasmetterle all'agenzia di contrasto responsabile a livello di UE. Questa centralizzazione sarebbe estremamente vantaggiosa, in quanto offrirebbe un migliore coordinamento, pur tutelando le necessarie esigenze di riservatezza e segretezza. Per i casi transfrontalieri, un'ulteriore possibilità sarebbe quella di aumentare il ruolo delle agenzie di coordinamento preesistenti nel campo della giustizia penale, come Eurojust, la cui missione principale è costruire sinergie per combattere la criminalità sovranazionale. Ciò non significherebbe l'esclusione delle autorità nazionali per la concorrenza nella loro funzione di filtrare il flusso di dati alla luce delle disposizioni nazionali pertinenti, ma piuttosto l'inclusione dei pubblici ministeri o di altre agenzie investigative tra i soggetti con cui le agenzie di contrasto europee possono comunicare direttamente.

Inoltre, considerando la diffusione della criminalità finanziaria transnazionale

66. L'UE poggia su strutture amministrative, ulteriormente rafforzate in seguito alla crisi finanziaria, cfr. E. Chiti, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System Between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 17/1, 2015, 311-333.

67. S. Allegrezza, *Information Exchange Between Administrative and Criminal Enforcement*, cit., 302.

negli ultimi decenni, si potrebbe addirittura ipotizzare un obbligo di segnalazione multilivello per la BCE allo scopo di rendere più efficace lo scambio di informazioni e superare il problema della frammentazione degli organi di indagine penale. Sarebbe allora preferibile che la BCE trasmettesse le stesse informazioni a tutte le ANC dei paesi potenzialmente coinvolti, non solo a una, poiché sappiamo che non solo le regole, ma anche l'attivismo degli organi inquirenti nazionali varia moltissimo da Stato a Stato. Spetterebbe quindi alle autorità nazionali coordinare le indagini e la cooperazione tra di loro, sia a livello amministrativo che penale.

Come si evince da queste poche e frammentarie proposte di riforma, le risposte concrete che l'interprete può ambire a fornire in materia sono poche e lacunose. Si può al massimo tentare di fare chiarezza nel dedalo delle molte e frammentarie normative comparse negli ultimi anni a ritmi vertiginosi.

Sarebbe, invece, opportuno stabilire meccanismi semplici e quanto più possibile di livello europeo, per tentare di uscire dall'assurdo anacronismo della frammentazione in materia penale e implementare una vera e propria strategia dell'accerchiamento ispirata a logiche quanto più cooperative possibile. Come instaurare e rendere effettivo un simile gioco non-competitivo tra autorità di vigilanza e di indagine, specialmente per la fase delle indagini?

I recenti tentativi di riforma a livello europeo sembrano indicare una via maestra: quella dell'instaurazione di un sistema integrato europeo di *enforcement*.

Come già osservato, diverse forze che rispondono a varie esigenze stanno spingendo l'UE verso un *enforcement* centralizzato di alcuni "crimini europei". L'instaurazione dell'EPPO e l'imminente istituzione della nuova AMLA dovrebbero garantire, a parer di chi scrive, una più efficiente cooperazione e scambio di informazioni tra autorità di vigilanza e di indagine a livello europeo, basati sulla fiducia reciproca e su valori condivisi in tema di confidenzialità e segretezza.

A livello orizzontale molto più che in quello verticale, le autorità di vigilanza e di indagine europee manterranno verosimilmente una stretta cooperazione volta ad assicurare la complementarietà dei rispettivi mandati e a evitare sovrapposizioni. In questo modo, la chiara riluttanza a creare un canale di comunicazione diretto dovrebbe essere trasformata in un sistema di comunicazione più efficiente tra il MVU e le agenzie di indagine penale. Questo consente di superare almeno in parte i tipici ostacoli ai doveri di comunicazione (segreti e confidenzialità) e instaurare un efficace flusso informativo.

In definitiva, una strategia integrata europea, in cui i diversi attori compiono uno sforzo concertato per contrastare i reati gravi, sembra essere l'unica risposta. Se la via verso un sistema di *enforcement* integrato richiede senz'altro molto tempo, ed altrettanto coraggio, essa rappresenta comunque la sfida dei prossimi anni per l'UE.

# GIUSTO PROCESSO, VIGILANZA FINANZIARIA E DIRITTO AL RIMEDIO EFFETTIVO

GIULIA LASAGNI\*

SOMMARIO: 1. Alcune premesse introduttive – 2. Giusto processo e diritto al rimedio effettivo – 3. Il diritto al rimedio effettivo e i meccanismi di controllo nell’ambito della vigilanza finanziaria e bancaria – 4. Il sindacato sul merito nel caso di “valutazioni economiche complesse”: quale ruolo per i *quasi-judicial bodies* – 5. Soluzioni possibili per la mancanza di un rimedio effettivo: corti specializzate o specializzazione della Corte?

## 1. Alcune premesse introduttive

Se la crisi del 2006-2008 ha cambiato radicalmente la fisionomia della vigilanza finanziaria in Europa, è solo negli ultimi anni che le potestà sanzionatorie delle autorità di settore hanno iniziato a dare forma a un contenzioso caratterizzato da una certa stabilità. Questo è il contesto dal quale, anche alla luce dei tratti significativi della materia (fra tutti: la dimensione multilivello e l’ambivalenza fra natura amministrativa e penale delle sanzioni), scaturiscono diversi interrogativi teorici ed applicativi rispetto alla tenuta delle garanzie processuali.

Il contributo affronta una di tali questioni, focalizzandosi sul diritto al rimedio effettivo. Ciò per diverse ragioni. Il diritto in questione, infatti, non rappresenta solo un profilo autonomo per misurare l’equità del procedimento, ma svolge anche funzioni di *gatekeeper* per il rispetto degli altri diritti del giusto processo, specie in contesti punitivi. Naturalmente, anche così circoscritto, il tema di indagine rimane estremamente ampio e potrebbe costituire l’oggetto di trattazioni ben più dettagliate. È perciò opportuno delimitare sin dalle prime righe l’ambito della analisi che sarà svolta.

In primo luogo, il diritto in questione sarà esaminato con l’ottica di verificare se, o fino a che punto, i mezzi di impugnazione previsti nel settore siano in grado di garantire una tutela effettiva e non meramente illusoria ai diritti di difesa

\* Università di Bologna.

dei soggetti sanzionati dalle autorità di vigilanza. L'approccio trova una giustificazione diretta nel caso, tutt'altro che raro<sup>1</sup>, in cui le sanzioni abbiano una natura sostanzialmente penale, pur se formalmente qualificate come amministrative. Almeno nel contesto dell'Unione europea, però, l'ambito di indagine può essere anche più ampio; come si vedrà, infatti, l'interpretazione del diritto al rimedio effettivo in tale ordinamento si applica a tutti i casi di possibile interferenza con i diritti riconosciuti dalla Carta (CDFUE), al di là del carattere punitivo o meno della materia.

In secondo luogo, è evidente come la varietà dei sistemi di vigilanza finanziaria all'interno degli Stati membri dell'Unione sia incompatibile con i limiti di indagine del presente contributo. Lasciando l'analisi comparata a sedi più appropriate<sup>2</sup>, in questo capitolo ci si concentrerà quindi esclusivamente sul piano europeo e, più specificamente, sui meccanismi di ricorso esperibili avverso le decisioni assunte dal Meccanismo Unico di Vigilanza bancaria della Banca centrale europea (MVU) e dalle Autorità europee di vigilanza. Fra queste ultime, un'attenzione particolare verrà riservata all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA, nell'acronimo inglese), i cui poteri sanzionatori sono stati rafforzati negli ultimi anni<sup>3</sup>.

1. Alla luce della dottrina *Engel* (*Engel e a. c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 giugno 1976), poi fatta propria anche dalla Corte di giustizia, a partire dai casi *Spector* (*Spector Photo Group*, C-45/08, 23 dicembre 2009, ECLI:EU:C:2009:806, § 42) e *Bonda* (*Procedimento penale contro Lukasz Marcin Bonda*, 5 giugno 2012, C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319). Sull'applicazione specifica della dottrina ai settori qui in esame, si vedano R. D'Ambrosio, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in *Quad. Ricerca Giuridica, Banca d'Italia*, 74, 2013, 1-93, in particolare 19 ss.; G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, Springer-Giappichelli, 2019, 1-366, in particolare 184 ss.; S. Allegrezza, *The Single Supervisory Mechanism: Institutional Design, Punitive Powers and the Interplay with Criminal Law*, in Id. (ed.), *The Enforcement Dimension of the Single Supervisory Mechanism*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2020, 3-46, in particolare 3 ss.

2. Il tema è già stato oggetto di studio all'interno del progetto EUBAR, finanziato dal Fonds Nationale de la Recherche – Luxembourg, i cui risultati sono pubblicati nel volume: S. Allegrezza (ed.), *The Enforcement Dimension of the Single Supervisory Mechanism*, cit., 1-656.

3. A partire dall'ampia proposta di riforma della Commissione del 2017, poi implementata progressivamente, a partire dal 2020, cfr. *Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL Amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority); Regulation (EU) No 1094/2010 establishing a European Supervisory Authority European Insurance and Occupational Pensions Authority); Regulation (EU) No 1095/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority); Regulation (EU) No 345/2013 on European venture capital funds; Regulation (EU) No 346/2013 on European social entrepreneurship funds; Regulation (EU) No 600/2014 on markets in financial instruments; Regulation (EU) 2015/760 on European long-term investment funds; Regulation (EU) 2016/1011 on indices used as benchmarks*



Da ultimo, è necessaria anche una precisazione terminologica. In questo contributo si utilizza, intenzionalmente, l'espressione "rimedio effettivo" a fianco del più riduttivo "ricorso effettivo", che traduce ufficialmente la locuzione *effective remedy* nelle versioni italiane della CEDU e della CDFUE. La scelta è dettata dalla volontà di sottolineare la finalità sostanziale ricercata dal diritto in questione: quella di porre concretamente rimedio alla violazione subita, e non solo di creare un mezzo di ricorso astrattamente esperibile nel caso di specie.

## 2. Giusto processo e diritto al rimedio effettivo

Come noto, il diritto al rimedio effettivo trova fondamento sia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia, di rilievo diretto per la materia della vigilanza finanziaria, nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea.

In ambito CEDU, il diritto al ricorso effettivo, riconosciuto dall'art. 13 in termini generali, è poi ulteriormente specificato in una previsione di carattere speciale per la materia penale (in senso stretto e punitiva) nell'art. 6, §1<sup>4</sup>. A partire da tali disposizioni, la Corte di Strasburgo ha enucleato una serie di elementi identificativi che, tuttavia, lasciano al diritto in questione una certa indeterminatezza di contenuto<sup>5</sup>.

Innanzitutto, un ricorso può dirsi effettivo solo se concretamente in grado di impedire la continuazione della presunta violazione o, in alternativa, di fornire almeno un rimedio "adeguato" alle violazioni già avvenute<sup>6</sup>. Non è quindi sufficiente che il rimedio sia previsto nell'ordinamento, ma è necessario valutarne l'efficacia alla luce del contesto specifico, ad esempio tenendo conto della rapidità dell'a-

*in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds; and Regulation (EU) 2017/1129 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market*, Brussels, 20 settembre 2017, COM(2017) 536 final 2017/0230 (COD), testo disponibile al sito: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52017PC0536](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52017PC0536) [consultato il 7 ottobre 2023].

4. Tanto che spesso l'esame di potenziali violazioni dell'art. 6(1) CEDU è considerato assorbente anche delle valutazioni riguardanti l'art. 13, per il quale quindi la Corte non ritiene di doversi esprimere separatamente, cfr., *ex multis*, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, ric. n. 7151/75, 23 settembre 1982, § 88; *Silver e a. c. Regno Unito*, ric. n. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 25 marzo 1983, § 110; *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. n. 7819/77; 7878/77, 28 giugno 1984, § 123; *Kamasinski c. Austria*, ric. n. 9783/82, 19 dicembre 1989, § 110; *Brualla Gómez de la Torre c. Spagna*, ric. n. 155/1996/774/975, 19 dicembre 1997, § 41; *Kadubec c. Slovacchia*, ric. n. 5/1998/908/1120, 2 settembre 1998, § 64.

5. Tanto da spingere taluni a considerarla una delle disposizioni più importanti, ma al tempo stesso meno definite, della nozione di giusto processo "equo", cfr. le affermazioni dei giudici Matscher e Pinheiro Farinha in *Malone c. Regno Unito*, ric. n. 8691/79, 2 agosto 1984.

6. Cfr., per tutti, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96, 26 dicembre 2000, §§ 157-158.

zione correttiva o della effettiva accessibilità per il richiedente<sup>7</sup>. In secondo luogo, l'autorità presso cui il ricorso può essere esperito deve rispettare i caratteri di indipendenza e imparzialità previsti dall'art. 6 CEDU. Non necessariamente, tuttavia, si richiede che questo debba incardinarsi davanti a un'autorità giudiziaria. Da ultimo, requisiti ulteriori sono previsti per l'applicazione del diritto all'ambito penale o punitivo. In particolare, la possibilità di ottenere un controllo giurisdizionale "pieno", cioè un sindacato esteso anche ai profili di fatto, oltre a quelli di diritto, è considerato essenziale ai fini della effettività del ricorso<sup>8</sup>.

Tutti questi elementi si ritrovano, con una differenza importante, anche in ambito UE, dove il riferimento principale è l'art. 47 CDFUE. In base a tale disposizione, legata, come tutte le disposizioni della Carta, alla Convenzione dalla clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3 CDFUE, "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice". Peraltro, anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il diritto al rimedio effettivo trovava già fondamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia (CGUE), e più precisamente nella dottrina della cosiddetta *effective judicial protection*<sup>9</sup>. Tale ricostruzione, riproposta successivamente anche nell'interpretazione dell'art. 47, richiede che la tutela dei diritti riconosciuti dall'Unione debba essere garantita dalla possibilità di accesso effettiva a un giudice (*tribunal*). Il livello di protezione previsto risulta quindi più stringente di quello convenzionale sotto un profilo significativo: contrariamente all'art. 13 CEDU, infatti, nell'UE il diritto a un ricorso effettivo è vincolato in modo esplicito all'intervento dell'autorità giudiziaria e non può essere soddisfatto altrimenti. Posto questo limite, istituzioni europee e Stati membri godono comunque di ampia autonomia procedurale nel definire i meccanismi di ricorso, poiché, a differenza di altre disposizioni settoriali della Carta (come l'art. 8), l'art. 47 non dettaglia altri elementi che debbano necessariamente caratterizzare un rimedio per poterlo considerare effettivo.

7. Cfr. *Paulino Tomás c. Portogallo*, ric. n. 58698/00, 27 marzo 2003; *Çelik e İmret c. Turchia*, ric. n. 44093/98, 26 ottobre 2004, § 59; *Petkov e a. c. Bulgaria*, ric. n. 77568/01, 178/02, 505/02, 11 giugno 2009, § 82; *Lithgow e a. c. Regno Unito*, ric. n. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, 8 luglio 1986, § 207.

8. Cfr., indicativamente, *Umlauf c. Austria*, ric. n. 15527/89, 23 ottobre 1995, § 37; *Öztürk c. Germania*, ric. n. 8544/79, 21 febbraio 1984, § 56; *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, ric. n. 43509/08, 27 settembre 2011, §§ 59-63-67; *Schmautzer c. Austria*, ric. n. 15523/89, 23 ottobre 1995, § 36; *Gradinger c. Austria*, ric. n. 15963/90, 23 ottobre 1995, § 44.

9. A partire da *Johnston*, 15 maggio 1986, C-222/84, EU:C:1986:206, § 18. Si vedano anche *Wilson*, 19 settembre 2006, C-506/04, EU:C:2006:587; *Union nationale c. Georges Heylens e a.*, 15 ottobre 1987, C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442, 4097; *Oleificio Borelli SpA*, 3 dicembre 1992, C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491.

### 3. Il diritto al rimedio effettivo e i meccanismi di controllo nell'ambito della vigilanza finanziaria e bancaria

La definizione della “funzione giudiziaria” assume pertanto un ruolo centrale, tanto più per l'ambito della vigilanza finanziaria, che istituzionalmente si colloca al di fuori dei sistemi di giustizia penale. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in linea su questo con la Corte EDU, l'espressione si riferisce alla coesistenza di una serie di elementi che devono caratterizzare l'autorità: indipendenza e imparzialità, competenza a decidere in fatto e in diritto, potere di emettere decisioni vincolanti attraverso procedure prestabilite e conformi ai principi dello stato di diritto<sup>10</sup>. Questi requisiti pongono diverse criticità nell'indagine sulla conformità dei procedimenti sanzionatori di vigilanza europei al diritto al rimedio effettivo.

Innanzitutto, è l'applicazione a questo settore delle nozioni di indipendenza e imparzialità ad essere complessa. I meccanismi di accertamento amministrativi, e in particolare le autorità dotate di poteri sanzionatori (anche punitivi), sono infatti sistemi che, forse inevitabilmente, tendono a concentrare le funzioni investigative e sanzionatorie. Questo cumulo di funzioni, anche se mitigato da una certa separazione interna, si pone evidentemente in contrasto con il ruolo neutro attribuito all'organo decidente dall'art. 47 CDFUE.

In secondo luogo, il potere di emettere decisioni vincolanti non è un elemento facilmente riscontrabile nel settore finanziario. Il quadro appare decisamente problematico se a tali considerazioni si aggiunge anche la necessità di poter intervenire anche sul merito della decisione emessa.

Il Meccanismo di Vigilanza Unico della Banca centrale europea (MVU) è particolarmente esemplificativo in tal senso, anche a causa della rigidità della base giuridica di riferimento, cioè gli artt. 282 ss del TFUE, non modificati al momento della creazione del nuovo sistema di vigilanza nel 2014.

Secondo l'approccio teleologico indicato dalla Corte di giustizia, difatti, deve escludersi che il *Consiglio di vigilanza* del MVU, cioè l'entità che nel concreto gui-

10. C. Rauchegger, sub *Article 47*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Beck-Hart-Nomos, 2021, 1245-1384, 1253. Cfr., per la Corte EDU, *ex multis*, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, ric. n. 6878/75; 7238/75, 23 giugno 1981, § 55; *Crociani e a. c. Italia*, ric. n. 8603/79, 8722/79, 8723/79, and 8729/79, 18 dicembre 1980, 180 ss.; *Belilos c. Svizzera*, ric. n. 10328/83, 29 aprile 1988, § 64; *Demicoli c. Malta*, ric. n. 13057/87, 27 agosto 1991, § 34. Per la CGUE: *G. Vaassen-Göbbels c. Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 30 giugno 1966, Causa 61-65, ECLI:EU:C:1966:39, 273; *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, 19 settembre 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, § 49; *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA) di Cosenza c. Grillo Star Srl*, 19 aprile 2012, C-443/09, ECLI:EU:C:2012:213, § 20.

da il meccanismo, possa considerarsi organo propriamente decisionario. Ciò è specialmente evidente nei procedimenti sanzionatori. Nel merito, infatti, è il Consiglio a determinare il contenuto delle sanzioni, sulla base delle conclusioni raggiunte dalle *Unità di indagine indipendente*<sup>11</sup>. Sul piano formale, però, è solo il *Consiglio direttivo* della BCE ad emettere decisioni vincolanti per l'esterno, approvando o eventualmente respingendo le bozze di decisione formulate da quello del MVU (pur non avendo il potere di modificarle nel merito)<sup>12</sup>. Il Consiglio di vigilanza, quindi, non può essere considerato *tribunal* secondo i parametri CGUE<sup>13</sup>.

A sua volta, il *Consiglio direttivo* della BCE, cioè l'organo decisionale della Banca centrale europea, è stabilito dalla legge come permanente e indipendente. Il Consiglio direttivo, però, da un lato non può intervenire sul merito delle decisioni predisposte dal MVU e, dall'altro, è certamente indipendente, ma secondo una interpretazione del principio in realtà non sovrapponibile a quella cui fa riferimento l'art. 47 CDFUE. Qui torna infatti in gioco la complessità generata dalla gestione tutta interna del procedimento sanzionatorio.

Il Regolamento Quadro MVU (RQMVU) prevede alcune garanzie in tal senso. Secondo l'art. 123, i membri delle *Unità di indagine indipendente* (UI), cioè coloro che concretamente svolgono le indagini contro l'istituto di credito, non devono essere coinvolti (in pendenza del procedimento sanzionatorio e nei due anni precedenti) in incarichi investigativi o di vigilanza dell'ente vigilato sotto indagine. Il regolamento prevede inoltre che tali funzionari svolgano le loro attività in modo indipendente dal Consiglio di vigilanza e dal Consiglio direttivo, né partecipino alle loro deliberazioni<sup>14</sup>. Rimane però il fatto che tali Unità non sono strutturalmente indipendenti dalla BCE e rimangono organi investigativi interni, i cui membri sono "designati" dalla Banca stessa e da cui dipendono per eventuali avanzamenti di carriera<sup>15</sup>. La giurisprudenza europea ha già puntualmente esaminato modelli in cui poteri di indagine e decisori siano affidati a rami diversi dello stesso organismo amministrativo, che agiscono con un "certo grado di separazio-

11. Cfr. art. 123 ss. RQMVU.

12. Cfr. art. 26(8), RQMVU.

13. G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, cit., 126, 201, 206 e 225.

14. Cfr. artt. 123 ss., Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate.

15. Problema sollevato più recentemente anche all'interno della stessa BCE, ribadendo la necessità di rafforzare il dipartimento di *Enforcement and Sanctions* a tutela dell'indipendenza delle decisioni e della garanzia del giusto processo, cfr. *Opinion piece by Yves Mersch, Member of the Executive Board of the ECB and Vice-Chair of the Supervisory Board of the ECB, 01 ottobre 2020*, testo disponibile al sito: [www.bankingsupervision.europa.eu/press/interviews/date/2020/html/ssm.in201001~1f7f9235a4.en.html](http://www.bankingsupervision.europa.eu/press/interviews/date/2020/html/ssm.in201001~1f7f9235a4.en.html) [consultato il 7 ottobre 2023].

ne”, ma sotto l’autorità e la supervisione di un’entità unica. Tale struttura, forse prevedibilmente, non è stata considerata compatibile con l’equità che deve caratterizzare un procedimento punitivo<sup>16</sup>.

All’interno della vigilanza bancaria, peraltro, le UI non sono nemmeno coinvolte in tutti i procedimenti che possono concludersi con l’imposizione di sanzioni o misure punitive<sup>17</sup>. La questione è critica soprattutto per le misure di vigilanza ai sensi dell’art. 16 del Regolamento MVU (RMVU), fra cui la rimozione dei membri dell’organo di amministrazione, o la revoca dell’autorizzazione bancaria di cui all’art. 14 RMVU, che presentano caratteri potenzialmente punitivi<sup>18</sup>. Tutte queste misure, infatti, sono applicate con una procedura di “non obiezione” sulla base delle considerazioni svolte dai *Gruppi di vigilanza congiunto* (*Joint supervisory teams*). Tali *teams*, che si occupano della vigilanza costante degli enti creditizi, si trovano al cuore della attività di controllo del MVU e non presentano nemmeno le limitate garanzie di indipendenza che caratterizzano le Unità di indagine<sup>19</sup>.

Esiste quindi la possibilità che le caratteristiche strutturali delle autorità di vigilanza pongano questi organi, che svolgono funzioni essenziali al buon funzio-

16. Cfr., nell’ambito della vigilanza dei mercati finanziari, Corte EDU, *Grande Stevens e a. c. Italia*, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, 4 marzo 2014, §§ 136-137.

17. Sulla difficile distinzione fra misure e sanzioni, si veda diffusamente R. D’Ambrosio, *The legal review of SSM Administrative Sanctions*, in C. Zilioli, K.P. Wojck, *Judicial Review in the European Banking Union*, Edward Elgar Publishing Limited, 316-332, in particolare 319 ss.

18. Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi. Sulla accezione sostanzialmente penale di tali misure, si vedano S. Allegrezza, *The Single Supervisory Mechanism: Institutional Design, Punitive Powers and the Interplay with Criminal Law*, cit., 26 ss.; G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, cit., 191. Più recentemente, si veda *VQ c. Banca Centrale Europea*, 8 luglio 2020, T-203/18, ECLI:EU:T:2020:313, primo caso rilevante in tema, dove si sottolinea come i poteri di cui all’“art. 16, par. 2, del Regolamento n. 1024/2013, sono irrilevanti nell’ambito della presente censura (...) Infatti, la finalità per le quali tali poteri sono stati delegati alla BCE consiste nel consentire a quest’ultima di garantire il rispetto dei requisiti prudenziali da parte degli enti creditizi e non di sanzionare i suddetti enti” (§ 66). Il caso in questione, tuttavia, non riguardava specificamente le misure più controverse, come la rimozione dei membri dell’organo di amministrazione (art. 16(2), lett. m) o la revoca della licenza bancaria (art. 14).

19. Cfr. art. 3 ss. RQMVU. Sotto questo aspetto, la procedura sanzionatoria del MVU appare problematica anche se esaminata nella sua dimensione dinamica. Infatti, i Gruppi di vigilanza congiunti mantengono in pratica un peso notevole durante l’indagine. Nella probabile situazione in cui il personale dell’UI non disponga di risorse adeguate per far fronte all’enorme quantità di informazioni che vengono loro riferite, l’affidamento in larga misura alle valutazioni già svolte dai Gruppi sulla possibile sussistenza di violazioni alla normativa di settore rischia di diventare inevitabile, cfr. G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, cit., 205.

namento del mercato finanziario, con ripercussioni dirette su diversi aspetti della vita pubblica e privata, in contrasto insanabile con i principi fondamentali della Convenzione o della Carta. Per ridurre questo rischio, la giurisprudenza europea fa leva proprio sull'interpretazione del diritto al rimedio effettivo.

Entrambe le Corti hanno ripetutamente affermato che un procedimento in cui l'esercizio delle funzioni di indagine e giudizio sia "consecutivo"<sup>20</sup> può comunque essere considerato conforme ai suddetti principi se le sue decisioni possono essere impugnate davanti a un organo giudiziario (*tribunal*) con giurisdizione estesa anche al merito<sup>21</sup>. Il diritto al rimedio effettivo, quindi, riveste una fondamentale funzione di *gatekeeper* a fronte dei problemi strutturali relativi all'imparzialità e all'indipendenza degli organi decisionali<sup>22</sup>. L'indagine deve pertanto spostarsi sulla ricerca di un organo che abbia una competenza effettiva rispetto ai provvedimenti sanzionatori emessi dalle autorità di vigilanza.

L'adeguatezza sotto questo profilo dei sistemi attualmente in vigore, però, è alquanto controversa. Di nuovo, l'esempio del MVU si presenta come particolarmente significativo.

Ai sensi dell'art. 24(11) RMVU, nei procedimenti di vigilanza è sempre fatto salvo il diritto di proporre ricorso dinanzi alla CGUE "a norma dei trattati". La genericità di questo rinvio sembra però riferirsi solo al controllo di legittimità descritto dall'art. 263 TFUE. Secondo l'art. 261 TFUE, infatti, la possibilità di esercitare una giurisdizione "illimitata", che includa anche il sindacato nel merito, in particolare sull'adeguatezza e la proporzionalità della sanzione imposta, deve essere conferita alla CGUE attraverso una attribuzione specifica nella normativa di riferimento.

20. *Grande Stevens e a. c. Italia*, § 137.

21. In particolare, la Corte di giustizia ha riconosciuto come l'applicazione di una "pena" da parte di autorità amministrative che non soddisfano i requisiti di indipendenza e imparzialità possa essere conforme ai principi del giusto processo nella misura in cui le decisioni prese possano essere oggetto di un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale dotato di una giurisdizione piena, cioè "estesa al merito", comprendente il "potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione impugnata", cfr. *Telefónica SA e a. c. Commissione*, 10 luglio 2014, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, §§ 51-52.

22. Oltre al già citato *Telefónica* del 2014, cfr., per la CEDU: *Albert e Le Compte c. Belgio*, 10 febbraio 1983, ric. n. 7299/75; 7496/76, § 29; *Tsfayo c. Regno Unito*, 14 novembre 2006, ric. n. 60860/00, §§ 42-48; *Janosevic c. Svezia*, 23 luglio 2002, ric. n. 34619/97, § 81; *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, cit., § 59; *Capital Bank AD c. Bulgaria*, 24 novembre 2005, ric. n. 49429/99, §§ 98-116. Per la CGUE: *KME Germany AG e a. c. Commissione*, 8 dicembre 2011, C-272/09 P, EU:C:2011:810; *Chalkor c. Commissione*, 8 dicembre 2011, C-386/10 P, EU:C:2011:815, § 47. Si vedano anche sul punto K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU procedural law*, OUP, 2014, 1-1056, 394; M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, J. Solana Alvarez, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: the role of constitutional mandates and of fundamental rights's protection*, in *Quad. Ricerca Giuridica, Banca d'Italia*, 79, 2015, 1-106, 87.

Tuttavia, come noto, il Regolamento MVU conferisce giurisdizione illimitata alla Corte solo indirettamente e con esclusivo riguardo alle sanzioni previste dall'art. 18(7) RMVU. La possibilità di estendere in via interpretativa questa clausola ad altri poteri sanzionatori della BCE è incerta e quindi poco in linea con il requisito di "effettività" richiesto dall'art. 47 CDFUE.

L'ambiguità deriva dall'art. 18(4) RMVU, secondo cui "la BCE applica il presente articolo in combinato disposto con gli atti di cui all'art. 4, par. 3, primo comma, del presente Regolamento, comprese *le procedure previste nel regolamento (CE) n. 2532/98, se del caso*". Come sottolineato sin dall'entrata in vigore del MVU, tuttavia, l'art. 5 del Regolamento n. 2532/98, che tratta proprio della giurisdizione illimitata della CGUE, non è in senso stretto una norma procedurale che la BCE è tenuta ad applicare<sup>23</sup>. Sembra quindi che il conferimento di una giurisdizione illimitata non possa essere pacificamente esteso anche agli altri poteri sanzionatori della BCE di cui all'art. 18(1), che presentano, secondo la ricostruzione dottrinale prevalente, un chiaro connotato punitivo<sup>24</sup>.

In questo senso, la vigilanza operata dalla BCE si differenzia da quella esercitata dalle altre autorità di settore. Ad esempio, i Regolamenti in materia di strumenti derivati OTC e di agenzie di rating del credito, sui quali si fonda la potestà sanzionatoria di ESMA, conferisce espressamente giurisdizione anche nel merito

23. R. D'Ambrosio, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, cit., 74. La conclusione sembra trovare conferma anche nell'art. 6 del Regolamento (CE) n. 2532/98 del Consiglio del 23 novembre 1998 sul potere della Banca centrale europea di irrogare sanzioni, come modificato dal Regolamento (UE) 2015/159 del Consiglio del 27 gennaio 2015, secondo cui "in caso di conflitto tra le disposizioni del presente regolamento e le disposizioni di altri regolamenti del Consiglio che autorizzano la BCE ad irrogare sanzioni, prevalgono le disposizioni di questi ultimi". Cfr. sul punto M. Lamandini, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in ECB Legal Conference 2015. *From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New opportunities for European integration*, 2015, 121-137, 137; M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, J. Solana Alvarez, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: the role of constitutional mandates and of fundamental rights's protection*, cit., 91 ss., che definiscono la mancanza di conferimento esplicito della giurisdizione piena alla CGUE come un "subtle 'courts unwelcome' sign in the SSM framework"; O. Voordeckers, *Administrative and Judicial Review of Supervisory Acts and Decisions under the SSM*, in S. Allegrezza (ed.), *The Enforcement Dimension of the Single Supervisory Mechanism*, Wolters Kluwer - CEDAM, 2020, 93-128, 130; G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, cit., 227 ss.

24. Cfr. n. (2). Secondo l'art. 18(1), il MVU può applicare sanzioni "fino al doppio dell'importo dei profitti ricavati o delle perdite evitate grazie alla violazione, quando questi possono essere determinati, o fino al 10 % del fatturato complessivo annuo, come definito dal pertinente diritto dell'Unione, della persona giuridica nel l'esercizio finanziario precedente o altre sanzioni pecuniarie eventualmente previste dal pertinente diritto dell'Unione".

alla Corte di giustizia<sup>25</sup>. Simile struttura si riscontra anche nell'ambito dell'*anti-trust*: il Regolamento 1/2003, infatti, riconosce esplicitamente giurisdizione illimitata alla Corte di Giustizia per tutte le sanzioni ivi previste e applicate da DG COMP<sup>26</sup>.

Nell'attuale formulazione dei Regolamenti MVU, al contrario, la CGUE non sembra essere sempre in grado di garantire un "controllo giurisdizionale illimitato" nel senso richiesto dalla giurisprudenza europea alla luce del diritto al rimedio effettivo. Il problema ha iniziato ad emergere nella giurisprudenza, sebbene ancora in modo indiretto. Ad esempio, in *Crédit Agricole SA* (2020), la CGUE ha considerato il caso in cui "il Tribunale dovesse essere munito di una siffatta competenza, ai sensi dell'art. 261 TFUE, nei confronti delle sanzioni amministrative imposte dalla BCE in forza dell'art. 18, par. 1, del Regolamento n. 1024/2013 (...) investito di una siffatta domanda, il Tribunale sarebbe chiamato a stabilire se occorra, alla data di adozione della sua decisione, sostituire la propria valutazione a quella della BCE, affinché l'importo della sanzione sia adeguato". Poiché tuttavia "il Tribunale non [era] stato investito di alcuna domanda di riforma dell'importo della sanzione irrogata" nel caso specifico, la CGUE ha evitato di prendere una posizione in materia<sup>27</sup>. Il passo sembra però solo rimandato e presumibilmente non tarderà a ripresentarsi in modo esplicito.

25. "La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali l'AESFEM [ESMA] ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria o una sanzione per la reiterazione dell'inadempimento. Può estinguere, ridurre o aumentare la sanzione amministrativa pecuniaria o la sanzione per la reiterazione dell'inadempimento irrogata", cfr. art. 69, Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni (ultima versione consolidata del 12 agosto 2022). Con formulazione simile anche l'art. 36 *sexies*, Regolamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, relativo alle agenzie di rating del credito (ultima versione consolidata del 1° settembre 2019).

26. Art. 31, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato (ultima versione consolidata del 1° luglio 2009).

27. *Crédit Agricole SA c. BCE*, 8 luglio 2020, Case T-576/18, ECLI:EU:T:2020:304, §§ 73-74. Sulla stessa linea, anche se precedenti all'entrata in vigore del MVU, diverse pronunce la cui rilevanza per il meccanismo di vigilanza bancaria europea è stata sottolineata dalla dottrina (cfr. K. Ligeti, G. Robinson, *Transversal report on judicial protection*, in M. Luchtman, J.A.E. Vervaele (eds.), *Report. Investigatory powers and procedural safeguards: Improving OLAF's legislative framework through a comparison with other EU law enforcement authorities*, 2017, testo disponibile al sito: [dspace.library.uu.nl/handle/1874/352061](https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/352061) [consultato il 7 ottobre 2023], 219-244, 232): si vedano *Chalkor c. Commissione*, cit., § 54; *KME e a. c. Commissione*, cit., § 94; *Europese Gemeenschap c. Otis NV e a.*, 6 novembre 2012, C-199/11, EU:C:2012:684, § 59; *Telefónica SA*, cit., § 54; *Commissione c. Tetra Laval*, 15 febbraio 2005, C-12/03 P, EU:C:2005:87, § 39).



#### 4. Il sindacato sul merito nel caso di “valutazioni economiche complesse”: quale ruolo per i *quasi-judicial bodies*

La questione del rimedio effettivo all'interno dei sistemi di vigilanza finanziaria, tuttavia, non si esaurisce con l'auspicabile estensione della giurisdizione della Corte di giustizia anche al merito delle sanzioni imposte. Difatti, pur a fronte di un conferimento formale di tale competenza, la capacità di un'autorità giudiziaria, come la CGUE, di intervenire effettivamente sul merito di una decisione amministrativa fondata su “valutazioni economiche complesse” non può darsi per scontata<sup>28</sup>.

In altre parole: a prescindere dal riconoscimento formale della giurisdizione nel merito, la nozione di “rimedio effettivo” richiede anche una dimensione di effettività sostanziale del ricorso esperito, che può essere messa in discussione dalle circostanze concrete in cui i giudici si trovano ad operare.

La stessa Corte, peraltro, consapevole di questo aspetto, da tempo si interroga sui margini del proprio intervento nei settori caratterizzati da alta tecnicità, come la materia finanziaria<sup>29</sup>. Qui si deve citare quel filone giurisprudenziale che, pur in riferimento all'art. 263 TFUE e in contesto pre-MVU, aveva cercato di dare risposta ad interrogativi simili. Da un lato, ad esempio nelle cause *Henri de Compte* (1991 e 1994), la CGUE aveva optato per una interpretazione più restrittiva, secondo la quale essa “non può sostituire la sua valutazione a quella dell' [autorità amministrativa], ad eccezione dei casi di abuso manifesto o di sviamento di potere” ovvero in caso di sanzione “manifestamente sproporzionata”<sup>30</sup>. Dall'altro, con decisioni più recenti (ad esempio nel 2011, in *Chalkor* e *KME*, o ancora nel 2014, in *Telefónica*) la Corte aveva invece affermato che tale margine di apprezzamento derivante dall'esercizio di poteri discrezionali “non implica che il giudice dell'Unione debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della [autorità amministrativa], di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme

28. Espressione ripresa da *Telefónica SA*, cit., § 54. Naturalmente il problema si ripropone anche a livello nazionale, con riferimento alle autorità giudiziarie degli Stati membri.

29. Su cui si veda, ad esempio, l'analisi di A. Fritzsche A., *Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, 361-403. Da ultimo, il tema è emerso nelle Conclusioni dell'A.G. M. Campos Sánchez-Bordona nella causa *ACER/ Aquind*, C-46/21 P, presentate il 15 settembre 2022, ECLI:EU:C:2022:695, §§ 27 e 40 ss.

30. *Henri de Compte c. Parlamento europeo*, 17 ottobre 1991, T-26/89, ECLI:EU:T:1991:54, §§ 220-222; *Henri de Compte c. Parlamento europeo*, 2 giugno 1994, C-326/91 P, ECLI:EU:C:1994:218, § 115. Sulla stessa linea, in contesto convenzionale, si veda l'opinione dissenziente dei giudici Villiger, Yudkivska e Pejchal nel caso *Delta Pekárny A.S. c. Repubblica Ceca*, ric. n. 97/11, 2 ottobre 2014.

dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte”<sup>31</sup>.

Nondimeno, in settori specializzati, come quello bancario e finanziario, la verifica della rilevanza e pertinenza degli elementi utilizzati dalle autorità di vigilanza per giustificare l’applicazione di sanzioni è un compito che richiede competenze specifiche che difficilmente ci si può aspettare siano effettivamente esercitate da organo tutto sommato generalista come la Corte<sup>32</sup>.

Tale aspetto, unito a un contenzioso sempre più significativo<sup>33</sup>, spiega forse il successo in questo ambito dei cd. *quasi-judicial bodies*.

Pur essendo complesso tracciare una tassonomia esaustiva di tali organi, alcuni caratteri comuni possono essere sufficienti per inquadrarli nel contesto della presente indagine<sup>34</sup>. In generale, si tratta di entità di controllo caratterizzate da una collocazione istituzionale incerta, una competenza tecnica specifica e una struttura tendenzialmente assai più flessibile rispetto a quella dei tribunali tipici dei sistemi di giustizia penale<sup>35</sup>.

31. *Chalkor c. Commissione*, cit., § 54; per le altre decisioni si veda *infra*, n. (21).

32. M. Krajewski, *Judicial and Extra-Judicial Review: The Quest for Epistemic Certainty*, in M. Chamon, M. Eliantonio, A. Volpato (eds.), *The Boards of Appeal of EU Agencies: A New Paradigm of Legal Protection?*, Oxford University Press, 2022, 273-298, 276. Significativa in tal senso è anche quella giurisprudenza della Corte, recentemente ribadita (cfr. *ACER v Aquind Ltd*, 9 marzo 2023, causa C46/21 P, ECLI:EU:C:2023:182, § 64 ss., su cui si veda C. Tovo, *The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?*, in M. Chamon, A. Volpato, M. Eliantonio (eds.), cit., § 2.4), in cui i giudici del Lussemburgo censurano l’approccio di quei *quasi-judicial bodies* (come ACER, o, in casi precedenti, l’ECHA) che decidono di riprodurre la tendenza della Corte stessa a limitarsi a valutare gli errori manifesti nelle decisioni ad alta complessità tecnica, quando invece tali organismi sono dotati delle capacità tecniche per dirimere questioni di particolare complessità. Nelle argomentazioni della CGUE può rilevarsi quindi un ulteriore riconoscimento (indiretto) della propria difficoltà nel dirimere simili profili, alla luce della propria composizione “generalista”.

33. Cfr. da ultimo, al netto dei rallentamenti causati dalla pandemia di Covid-19, i dati riportati nell’*Annual Report on Sanctioning Activities in the SSM in 2021* del 12 agosto 2022 e nell’*Annual Report on Sanctioning Activities in the SSM in 2020* del 2 agosto 2021. Un trend similmente in crescita potrebbe prodursi anche in ambito della vigilanza ESMA, a seguito del conferimento di poteri sanzionatori più incisivi ad ESMA negli ultimi anni (cfr. *supra* n. 3).

34. S. Cassese, *A European Administrative Justice?*, in *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture Conference jointly organized by Banca d’Italia and the European Banking Institute*, in *Quad. Ricerca Giuridica, Banca d’Italia*, 84, 2018, 9-16, 14; A. Magliari, *Administrative remedies in European financial governance. Comparing different models*, in B. Marchetti (ed.), *Administrative remedies in the European Union. The emergence of a Quasi-Judicial administration*, Giappichelli, 2017, 99-134, in particolare 129 ss. Si vedano anche le Conclusioni dell’A.G. Campos Sánchez-Bordona, cit., § 41.

35. Cfr. B. Marchetti, *Administrative Justice Beyond the Courts: Internal Reviews in EU Administration*, in Id. (ed.), *Administrative remedies in the European Union. The emergence of a*

Più specificamente, si tratta in primo luogo di strutture decisionali che costituiscono estensioni di specifiche autorità amministrative e che, di conseguenza, godono di giurisdizione limitata solo ai compiti assegnati a queste ultime. In secondo luogo, i loro membri sono tendenzialmente selezionati sulla base di competenze non giudiziarie, ma tecniche e specialistiche, che rappresentano al più alto livello il settore di riferimento. Le regole procedurali applicate, inoltre, sono spesso flessibili (perlomeno rispetto al settore penale) e tendono più facilmente a rispecchiare un approccio inquisitorio. Variabile, da ultimo, è anche l'efficacia delle loro pronunce: in taluni casi, si tratta di organi essenzialmente consultivi, mentre in altri le decisioni hanno direttamente efficacia anche nei confronti della autorità amministrativa competente.

Ora, il processo dialettico instaurato davanti ai *quasi-judicial bodies* svolge certamente un ruolo importante per la costruzione progressiva di decisioni che siano al tempo stesso sia più coerenti e stabili nel tempo, sia più attente anche alla prospettiva dei soggetti vigilati.

Nella ricerca di un organo capace di garantire in pienezza il diritto a un rimedio effettivo, però, tali organi non sembrano proporre modelli adatti<sup>36</sup>, soprattutto nel caso in cui le sanzioni abbiano una natura sostanzialmente penale.

Da un lato, infatti, talune di queste strutture hanno funzione esclusivamente consultiva, come nel caso della *Commissione amministrativa del riesame del MVU*<sup>37</sup>. Non essendo qualificati da quella *judicial function* richiesta dalla

*Quasi-Judicial administration*, cit., 1-20, 6: “In particular, if one considers the last 20 years of the institutional history of the Union, there are no agencies or authorities authorised to adopt binding individual acts without a board of appeal also being instituted to examine appeals against their decisions”, come, ad esempio, il *Board of appeal of the Office for Harmonization in the internal market*; i *Boards of Appeal within the European Patent Office*; il *Board of Appeal of the European Chemical Agency*; the *European Aviation Safety Authority* (EASA); the *European Union Intellectual Property Office* (EUIPO); il *Community Plant Variety Office* (CPVO). Sul tema si vedano anche, più diffusamente, i contributi di M. Chamon, D. Fromage, *Between Added Value and Untapped Potential: The Boards of Appeal in the Field of EU Financial Regulation*, in M. Chamon, M. Eliantonio, A. Volpato (eds.), *The Boards of Appeal of EU Agencies: A New Paradigm of Legal Protection?*, cit., 8-33.

36. Cfr. Conclusioni dell'A.G. Campos Sánchez-Bordona, cit., § 49. In tal senso, recentemente, anche D. Ritleng, *Boards of Appeal of EU Agencies and Article 47 of the Charter: Uneasy Bedfellows?*, in M. Chamon, A. Volpato, M. Eliantonio (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, 2022 (online ed.), che sottolinea come i *quasi-judicial bodies* (allo stato attuale) non possano essere usati per sostituire il diritto al rimedio effettivo offerto dai *tribunals*, sebbene possano contribuire a rafforzarlo (§ 13.3.2. ss.).

37. Cfr. art. 24 RMVU, su cui si vedano anche i contributi di C. Brescia Morra, R. Smits, A. Magliari A., *The administrative board of review of the European Central Bank: experience after 2 years*, in *Eur Bus Org Law Rev*, 18, 2017, 567-589, in particolare 580 ss.; C. Brescia Morra, *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, in *Scritti sull'Unione Bancaria*, in *Quad. Ricerca Giuridica, Banca d'Italia*, 81, 2016, 109-136, 114 ss. Per un'ana-

giurisprudenza essa non può integrare il livello di tutela richiesto dall'art. 47 CDFUE.

Dall'altro, anche quando dotati di poteri decisori effettivi, tali organi non sempre hanno la facoltà di intervenire anche sul merito della valutazione svolta dalla autorità amministrativa. Si prenda ad esempio il caso della *Commissione di ricorso*, comune alle tre autorità europee di vigilanza finanziaria: ESMA, EBA e EIOPA. Contrariamente a quella stabilita nel MVU, questo *quasi-judicial body* ha solo giurisdizione di legittimità, potendo esclusivamente confermare la valutazione espressa dalle autorità di vigilanza o rimettere gli atti all'autorità competente per una nuova valutazione<sup>38</sup>.

Da ultimo, in ogni caso la condizione di dipendenza istituzionale dall'autorità amministrativa di appartenenza non pare essere sufficiente a garantire quei requisiti di imparzialità ed indipendenza richiesti dalla Carta e dalla Convenzione. Di nuovo, si possono prendere ad esempio le citate Commissioni. Pur dotati di garanzie anche significative per evitare interferenze o conflitti di interesse, i loro membri sono nominati dalle autorità amministrative di riferimento, che provvedono anche a fornire le strutture di supporto essenziali al loro funzionamento (come il Segretariato)<sup>39</sup>.

lisi della Commissione alla luce dei principi del giusto processo, si consenta il rinvio a G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, cit., 139 ss. e 202 ss.

38. Cfr. art. 60(5) dei Regolamenti ESA (Regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), ultima versione consolidata del 12 agosto 2022; Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), ultima versione consolidata del 26 giugno 2021; Regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), ultima versione consolidata del 1° gennaio 2020, su cui anche S. Looseveld, *Appeals against decisions of the European supervisory authorities*, in *J Int Bank Law Regul*, 1, 2013, 9-13, in particolare 9; e P. Chirulli, L. De Lucia, *Specialised adjudication in EU administrative law: the Boards of Appeal of EU agencies*, in *Eur Law Rev*, 6, 2015, 832 ss.

39. Per ESMA, EIOPA e EBA, si vedano per tutti gli art. 58 ss dei rispettivi Regolamenti; per il MVU, cfr. art. 24 RMVU. Analizzando la compatibilità della nozione di indipendenza alla luce di quella di *functional continuity* e concludendo per un invito alla non generalizzazione e all'analisi caso per caso a seconda delle caratteristiche del *quasi-judicial body* sotto esame, J. Alberti, *The Position of Boards of Appeal: Between Functional Continuity and Independence*, in M. Chamon, A. Volpato, M. Eliantonio (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies*, cit., 2022 (online ed.), § 11.2.2.

## 5. Soluzioni possibili per la mancanza di un rimedio effettivo: corti specializzate o specializzazione della Corte?

Ad oggi, quindi, Il diritto al rimedio effettivo non trova un riscontro soddisfacente all'interno dei sistemi europei di vigilanza bancaria e finanziaria. La considerazione è più evidente nel caso del MVU, per il quale, oramai quasi da un decennio, si susseguono richieste di estendere la giurisdizione nel merito della Corte di giustizia anche alle sanzioni dell'art. 18(1) RMVU<sup>40</sup>. Come si è argomentato, però, a fronte della complessità tecnica della materia in oggetto, l'effettività dei ricorsi esperibili resta dubbia persino là dove una giurisdizione illimitata formalmente sussiste.

Cosa fare, dunque, per tentare di porre rimedio (possibilmente, in modo effettivo) a questa situazione così critica sul piano della tutela dei diritti fondamentali?

Le principali vie percorribili sembrano due<sup>41</sup>.

Anzitutto, si potrebbe imboccare esplicitamente la strada della specializzazione degli organi di ricorso, puntando su una trasformazione in senso giurisdizionale dei *quasi-judicial bodies*. In termini generali, l'idea è già stata paventata da quella dottrina che interpreta lo status di *quasi-judicial* come la tappa estemporanea di un processo evolutivo destinato a dare una forma più definita al carattere ad oggi magmatico di questi corpi ibridi. Uno dei possibili esiti, che potrebbe essere

40. Cfr., per tutti, R. D'Ambrosio, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, cit., 74 ss.; M. Lamandini, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, cit., 137; M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, J. Solana Alvarez, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: the role of constitutional mandates and of fundamental rights's protection*, cit., 91 ss.; O. Voordeckers, *Administrative and Judicial Review of Supervisory Acts and Decisions under the SSM*, cit., 130; G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, cit., 227 ss.; S. Allegrezza, G. Lasagni, *The Enforcement of ECB Sanctions in light of the Proportionality Principle: Is There a Need for a Guide to Define a Solid Legal Framework?*, in *Common Market Law Review* (sottoposto a referaggio), part 4, § 2 (paper risultato della borsa di finanziamento della Banca centrale europea – ECB, Legal Research Programme 2022).

41. Una terza via, per la verità, potrebbe essere quella, già prospettata in sede di riforma della struttura della corte nel 2015, ma non attuata se non in minima parte, della creazione di sezioni specializzate all'interno della Corte (cfr. CGUE, Relazione prevista all'art. 3, par. 1, del Regolamento 2015/2422, 46 ss., testo disponibile al sito: [curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-12/tra-doc-it-div-t-0000-2020-202009736-05\\_02.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-12/tra-doc-it-div-t-0000-2020-202009736-05_02.pdf) [consultato il 7 ottobre 2023]). Questa opzione non è indagata nella trattazione per un duplice motivo: innanzitutto, alla luce dello scarso successo sinora riscosso dalla proposta, formulata in sede ufficiale ormai un decennio fa; in secondo luogo, poiché la mera creazione di una sezione specializzata non farebbe comunque venire meno la necessità di integrare la conoscenza dei giudici su materie estremamente tecniche, come la vigilanza finanziaria, a meno di non modificare anche i criteri di selezione dei giudici da attribuire alle singole sezioni, per includervi anche esperti in materia di regolamentazione prudenziale finanziaria e bancaria.

adottato nell'analisi sul diritto al rimedio effettivo, prevederebbe la metamorfosi di questi organi in veri e propri *tribunal*, cioè in *decision-makers* dotati di competenza specializzata, ma, al tempo stesso, anche di imparzialità ed indipendenza<sup>42</sup>.

Questa riforma, che dovrebbe necessariamente passare quantomeno per una revisione della normativa secondaria di settore<sup>43</sup>, comporterebbe tuttavia in aggiunta un mutamento significativo nel panorama giudiziario europeo. Ad oggi, infatti, solo la Corte di giustizia può essere compiutamente identificata come organo a cui sono attribuite vere e proprie competenze giurisdizionali. L'eventuale creazione di corti specializzate in materia di vigilanza finanziaria e bancaria potrebbe naturalmente aprire la strada alla istituzione di altri tribunali specializzati, in altre materie caratterizzate da saperi e nozioni particolari; si pensi, ad esempio, alla disciplina dei brevetti, all'*antitrust* o, perché no, anche al diritto penale.

Questa prima opzione, oltre al riconoscimento ufficiale di nuovi corpi istituzionali all'interno dell'Unione, richiederebbe inoltre una ricalibrazione dell'attività della CGUE, che potenzialmente assumerebbe un ruolo molto più simile a quello delle corti costituzionali nazionali. È evidente, quindi, come la proposta di

42. Cfr. S. Cassese, *A European Administrative Justice?*, cit., 16, che prospetta però anche la possibilità che l'evoluzione di questi organi li porti "un passo indietro", tornando ad avere in ogni caso (e non solo all'interno del MVU) funzione esclusivamente consultiva.

43. Anche senza bisogno di modifiche dei Trattati, in virtù di quanto già previsto dall'art. 275 TFUE ("Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono istituire tribunali specializzati affiancati al Tribunale, e incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche. Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano mediante regolamenti su proposta della Commissione e previa consultazione della Corte di giustizia o su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione della Commissione"), si vedano sul punto M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, *Law and practice of financial appeal bodies (ESAS' Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A view from the inside*, in *Common Market Law Rev*, 2020, 119-160; E. Koupepidou, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SSM: The Administrative Board of Review*, in C. Zilioli, K.P. Wojck, *Judicial Review in the European Banking Union*, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, 28-43, in particolare 37 ss.; M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, *Administrative Pre-Litigation Review Mechanism in the SRM: The SRM Appeal Panel*, in C. Zilioli, K.P. Wojck, *Judicial Review in the European Banking Union*, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, 44-58, in particolare 46 ss., rilevando come "the Secretariat is functionally independent from other SRB functions, albeit it lacks budgetary autonomy" e ancora (49) "neither the Supervisory Board's new draft decision, nor the new Governing Council decision (adopted via the non-objection procedure) is subject to further ABoR review. Thus, despite its importance to enhance the quality of ECB supervisory decision-making, the ABoR is closer to a fully internal mechanism than a quasi-judicial body. This impression was confirmed by the General Court and the CJEU in the Landeskreditbank case". In sintesi, "Appellants get a timely, expert review. This protection appears to respect Article 41 of the Charter, but most important, in our view it would also respect 'fair trial' requirements of Article 47 of the Charter if these were applicable to administrative review" (58); tuttavia la conclusione sembra diversa se applicata alla interpretazione data al rimedio effettivo in ambito punitivo.

istituire corti specializzate possa portare a una ridefinizione profonda del sistema di giustizia europeo per come lo conosciamo oggi.

Tracce di un simile ripensamento strutturale, però, possono già trovarsi nei recenti interventi di revisione dello statuto della Corte di giustizia. Ci si riferisce, in particolare, alla modifica che ha portato al ridimensionamento del sindacato della Corte proprio in alcune materie, come quelle dei brevetti o dell'aviazione, nei quali *quasi-judicial bodies* sono stati istituiti da più tempo<sup>44</sup>. L'avvenuto riconoscimento di un ruolo di vero e proprio "rimedio" ai *boards of appeal* di tali settori potrebbe in conclusione costituire un preludio a una più ampia riforma in questo senso, da estendere ad ambiti del diritto diversi e forse più sensibili, almeno nell'ottica dell'opinione pubblica.

Un'opzione meno dirimpente sul piano istituzionale potrebbe fondarsi su uso più efficace degli strumenti già a disposizione della Corte di giustizia per integrare il proprio panorama conoscitivo. Il riferimento, in particolare, va all'istituto della perizia, previsto all'art. 70 del Regolamento di procedura<sup>45</sup>.

Questo mezzo di prova ha avuto sinora applicazione piuttosto sporadica nei procedimenti davanti ai giudici del Kirchberg<sup>46</sup>, come testimoniato da una disci-

44. Cfr. Regolamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, su cui si vedano J. Alberti, *The draft amendments to CJEU's Statute and the future challenges of administrative adjudication in the EU*, 3 *Federalismi.it*, 2019, 1-32, e, più recentemente M. Lamandini, D. Ramos Muñoz, *Administrative Pre-Litigation Review Mechanism in the SRM: The SRM Appeal Panel*, cit., 44 ss., secondo cui "Thus, Union lawmakers seem to trust quasi-judicial bodies enough to limit review by the highest court in cases decided by such bodies and reviewed by the General Court, which is tantamount to treating them like courts, or quasi-courts of first instance" e ancora (57) "the recent CJEU reform that limits its own review in case there has been a previous decision by boards of appeals of some Union agencies (i.e., treating them as somehow part of the judicial review system), does not give any of these boards the possibility to make preliminary references".

45. "1. La Corte può disporre perizie. L'ordinanza con la quale si nomina il perito ne precisa l'incarico e fissa il termine per la presentazione della sua relazione. 2. Dopo il deposito della relazione e la sua notifica alle parti, la Corte può ordinare che il perito venga sentito, previa convocazione delle parti. Su domanda di una parte oppure d'ufficio, il presidente può rivolgere quesiti al perito. 3. La stessa facoltà spetta a ciascun giudice e all'avvocato generale. 4. Sotto l'autorità del presidente, i rappresentanti delle parti possono porre domande al perito", cfr. art. 70, Regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012 (ultima versione consolidata del 26 novembre 2019).

46. Quantificati, nel totale, a soli quattordici casi nel 1989 (P. Biavati, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Giuffrè, 1992, 1-332, 35) e nel 2008, ad appena venticinque (E. Barbier de La Serre, A. Sibony, *Expert Evidence before the EC Courts*, in *Common Market Law Review*, vol. 45, n. 4, 2008, 941-985, in particolare 948-949), ad esempio in settori come il diritto della concorrenza (cfr. *Alström e a. c. Commissione*, 31 marzo 1993, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, da C-125/85 a C-129/85, ECLI:EU:C:1993:120) e

plina che abbisogna ancora di affinamento, a partire dalla necessità di istituire una lista di periti accreditati<sup>47</sup> e rafforzare il diritto al contraddittorio delle parti<sup>48</sup>. Nonostante il poco successo di questo mezzo di prova nella prassi<sup>49</sup>, il suo impiego pare essenziale in materie tanto tecniche come quella finanziaria, che non consentono al giudice di esercitare un controllo effettivo sulle scelte compiute dall'auto-rità di settore (si pensi, ad esempio, al calcolo dei *capital buffer* utilizzato per determinare il rispetto dei requisiti prudenziali, la cui violazione è sanzionabile ai sensi dell'art. 18(1) RMVU).

Il ricorso alla perizia, peraltro, sembra preferibile rispetto ad altre strade già percorse nella prassi dei procedimenti davanti alla Corte, soprattutto con riguardo alla possibilità delle parti di presentare nel giudizio le opinioni tecniche di esperti di parte. È infatti chiaro come l'uso sistemico di questa soluzione risulti

la responsabilità contrattuale (*Mulder e a. c. Consiglio e Commissione*, 27 gennaio 2000, C-104/89 e C-37/90, ECLI:EU:C:2000:38); sulla rarità dell'utilizzo della perizia si vedano anche A. Van Houtte, *La Cour de Justice des Communautés Européennes. Organisation et procédure*, in *Chaier de Droit Européen*, 1983, 20; V. Grementieri, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Giuffrè, 1974, 1-262, 191. Secondo l'analisi di P. Biavati, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, cit., 169, 172-177, relativa alla procedura della Corte precedente la riforma del 2015, diverse sono le ragioni che portano a questo esito, fra cui l'eccessivo controllo dello strumento da parte della Corte stessa, con svilimento dell'iniziativa di parte e, dall'altro; la facoltà delle parti di utilizzare comunque con una certa frequenza la figura dell'esperto di parte, con chiaro svantaggio però per la parte privata del procedimento, che non possiede le stesse risorse delle istituzioni coinvolte; l'utilizzo ampio della facoltà di porre quesiti da parte della Corte e il tentativo dei giudici europei di non vedere ridimensionato il proprio ruolo a scapito di chi possiede competenze tecniche.

47. Che invece ad oggi è ancora carente, cfr. P. Biavati, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitari*, cit., 170 e, più recentemente, A. Setari, *sub art. 70*, in C. Amalfitano, M. Condinanzi, P. Iannuccelli (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea: commento articolo per articolo*, Editoriale scientifica, 2017, 526-532, in particolare 528.

48. Ad oggi limitato, almeno in linea di principio: ad esempio, le parti possono assistere alle spiegazioni fornite dal perito ma i difensori possono sottoporlo a domande dopo la deposizione della sua relazione solo eventualmente e sotto l'autorità del presidente. Le parti, inoltre, non possono nominare consulenti di parte, sebbene possano allegare documenti tecnici agli scritti difensivi (si veda *Cofaz c. Commissione*, 12 luglio 1990, C-169/84, ECLI:EU:C:1990:301 e *Commissione c. Belgio*, 26 giugno 1991, C-153/89, ECLI:EU:C:1991:273); la stessa Corte, peraltro, può chiedere alle parti di presentarsi in udienza accompagnate da un esperto (*Vedel*, 16 febbraio 1982, 204/80, ECLI:EU:C:1982:55; *Interquell c. CEE*, 6 ottobre 1982, 261/78, ECLI:EU:C:1982:329). Cfr. sul punto A. Setari, *sub art. 70*, cit., 530; P. Biavati, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, cit. 171-172.

49. In parte per ragioni legate ai presupposti richiesti dalle regole processuali, ma in larga parte per ragioni più pratiche, come il costo, in termini economici e temporali, l'affidamento della Corte alla propria discrezionalità e la tendenza della Corte a fare un affidamento piuttosto acritico dell'accertamento del perito, nei rari casi in cui si è ricorso allo strumento, cfr. E. Barbier de La Serre, A. Sibony, *Expert Evidence before the EC Courts*, cit., 949 ss.



in uno “squilibrio ai danni della parte più debole”, e cioè del privato, che non può disporre degli strumenti e delle risorse di accertamento e misurazione dei profili tecnici di cui sono invece dotati Stati o istituzioni europee<sup>50</sup>.

Il discorso resta significativo anche in riferimento al settore della vigilanza finanziaria, dove pure i privati coinvolti sono presumibilmente in grado di fare uso di risorse più ampie rispetto a quelle del cittadino medio. Da un lato, infatti, l'autorità di vigilanza può sempre proporre una panoramica più ampia ed articolata dei dati raccolti, che trae vantaggio dall'intera esperienza di vigilanza e non solo dal caso specifico posto all'attenzione della Corte. Dall'altro, la ricostruzione tecnica proposta dalla parte, specie dalla parte privata accusata di aver commesso un illecito, rischia sempre di essere ammantata di minore credibilità rispetto alla analisi svolta invece da un soggetto imparziale quale il perito. Ammettere le parti a presentare l'opinione di esperti, quindi, non equivale, nella prassi, ad ammettere lo svolgimento di una perizia.

L'integrazione delle competenze specifiche della Corte sembra diventare un elemento imprescindibile per raggiungere il livello di effettività richiesto dall'art. 47 CDFUE, così come interpretato dalla stessa CGUE, in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU. In assenza di tale strumento, il ricorso ai giudici del Lussemburgo, anche quando formalmente esteso al merito, rischia infatti di non costituire, nella prassi, un rimedio davvero effettivo. Un risultato che, soprattutto in caso di sanzioni a carattere sostanzialmente penale, non pare accettabile alla luce dei principi del giusto processo.

50. In questo senso, già P. Biavati, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, cit., 175.

# LA PROPORZIONALITÀ DELLA PENA IN MATERIA DI ABUSI DI MERCATO. PROFILI PROBLEMATICI DI UN SINDACATO DIFFUSO DI RI-EQUILIBRIO SANZIONATORIO

CHIARA SILVA\*

SOMMARIO: 1. L'intricato labirinto della moltiplicazione sanzionatoria in materia di mercati finanziari tra sanzioni amministrative e penali, persone fisiche ed enti giuridici – 2. La tela di Penelope delle (irrisolte) soluzioni legislative – 3. La tormentata evoluzione del *ne bis in idem* – 4. La proporzionalità al banco di prova della giurisprudenza – 5. Il giudizio di ri-proporzione nelle pronunce in materia di abusi di mercato.

## **1. L'intricato labirinto della moltiplicazione sanzionatoria in materia di mercati finanziari tra sanzioni amministrative e penali, persone fisiche ed enti giuridici**

I reiterati interventi normativi in materia di abusi di mercato avevano indotto la dottrina penalistica a confidare in (e a suggerire) un ripensamento complessivo dell'impianto normativo, che potesse superare le spinose questioni problematiche emerse negli ultimi decenni in tema di *ne bis in idem*.

È innegabile, tuttavia, che l'opzione del legislatore sia stata deliberatamente quella di non voler rinnovare l'attuale sistema, come è stato dimostrato in tutte le occasioni in cui è tornato a riformare le tormentate norme sui mercati finanziari. Così, la tanto attesa modifica del 2018 ha evidentemente scelto di non intervenire sugli aspetti più controversi oggetto di fervido dibattito, e, allo stesso modo, la recente novella del 2022 ha mancato nuovamente l'obiettivo, palesando una precisa volontà di preservare immutato lo schema del doppio binario sanzionatorio.

La pulsione eurounitaria, come noto, ha condotto il legislatore domestico a rivedere in plurime occasioni la disciplina dei c.d. abusi di mercato, allo scopo di individuare una più efficace tutela degli stessi<sup>1</sup>. Le previsioni comunitarie infatti,

\* Università di Padova.

1. Circa la "europeizzazione" del diritto penale finanziario, si veda S. Seminara, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in S. Canestrari, L. Foffani

a loro volta influenzate dal mondo anglosassone<sup>2</sup>, hanno portato – o in realtà costretto – il legislatore italiano a svariati interventi normativi di adeguamento, che si sono rivelati tuttavia privi di capacità di ri-formulare in modo omogeneo la materia, e soprattutto di risolvere i nodi problematici emersi nel tempo<sup>3</sup>.

L'accoglimento delle imposizioni sovranazionali, di fatto, ha comportato il mero recepimento – ancorché ritardato e spesso inadeguato – di quanto sollecitato, e, al contempo, la progressiva stratificazione di illeciti – penali e amministrativi – e delle relative conseguenze sanzionatorie.

A distanza di venticinque anni dall'introduzione del TUF, senza dubbio, il percorso è stato caratterizzato da un progressivo innalzamento delle cornici editali di pena (e delle sanzioni amministrative), fino a giungere all'attuale quadro di ipertrofia sanzionatoria che caratterizza il settore degli abusi di mercato.

(a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2005, 236 ss.; A. Alessandri, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un'introduzione*, in *Atti del Convegno di studio "Enrico de Nicola"*, Milano 14 marzo 2008, Giuffrè, 2009, 32 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna University Press, 2009, 48 ss.

2. Come noto, i paesi continentali hanno effettuato un progressivo adeguamento ai paradigmi statunitensi in materia, con un processo di cd. americanizzazione. Sul punto cfr. F. Consulich, *La giustizia e il mercato: miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffrè, 2010, 30 ss. D'altro canto, è negli Stati Uniti che ha origine la tutela penalistica dell'*insider trading* ben prima di ogni altro Stato, all'indomani del crollo di Wall Street del 1929 (cfr. U. Bhattacharya, H. Daouk, *The World Price of Insider Trading*, in *The Journal of Finance*, 57, 2002, 88). Per una panoramica sulla legislazione statunitense, *ex multis*, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda E. Herlin-Karnell, N. Ryder, *Market Manipulation and Insider Trading: Regulatory Challenges in the United States of America, the European Union and the United Kingdom*, Hart Publishing, 2019; M. Ventrone, *The Concept of Insider Dealing*, in M. Ventrone, S. Mock (eds.), *Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2017, 15 ss.; Id., *Comparing Insider Trading in the United States and in the European Union: History and Recent Developments*, in *European Company and Financial Law Review*, 11, 2015, 554 ss.; S.M. Bainsbridge, *The Law and Economics of Insider Trading: A Comprehensive Primer*, testo disponibile al sito: [ssrn.com/abstract=261277](https://ssrn.com/abstract=261277) [consultato il 7 ottobre 2023], February 2001; Id., *The Insider Trading Prohibition: A Legal and Economic Enigma*, in *University of Florida Law Review*, 38, 1986, 35 ss.

3. In ordine ai ripetuti interventi e alla continuità normativa in materia, A. D'Andrea, *Abuso di informazioni privilegiate*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Il diritto penale dell'economia in trasformazione*, UTET, 2020, 318; M.B. Magro, *Manipolazioni di mercato (ad vocem)*, in *Dig. disc. pen.*, UTET, 2014, 750 ss. In merito ai macroscopici limiti delle riforme interne, per tutti, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2020, 301 ss.; E. Basile, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 5, 2017, 271 ss.; F. Mucciarelli, E. Basile, *Market abuse evolution after the MAD II and the MAR: how Italy amended its legislation in light of Regulation (EU) 596/2014*, testo disponibile al sito [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu) [consultato il 7 ottobre 2023], 23/11/2018; F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, testo disponibile al sito: [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6249-gli-abusi-di-mercato-riformati-e-le-persistenti-criticita-di-una-tormentata-disciplina](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6249-gli-abusi-di-mercato-riformati-e-le-persistenti-criticita-di-una-tormentata-disciplina), 10/08/2018, 1 ss.

Dopo le importanti novità derivate dalla c.d. MAD I (2003/6/CE) – che aveva condotto alla riscrittura delle fattispecie in esame con la l. n. 62 del 2005<sup>4</sup>, – il legislatore eurounitario è tornato nuovamente sulla materia, non essendo riuscito nell'intento di armonizzazione tra i differenti regimi nazionali<sup>5</sup>. Con l'attuale regolamentazione ha voluto, così, ulteriormente reagire agli scandali finanziari che hanno caratterizzato l'inizio del nuovo millennio<sup>6</sup>. Ma, come noto, il percorso di recepimento del Regolamento (UE) 596/2014 (cd. MAR) – ancorché *self executing* – e della Direttiva 2014/57/UE (cd. MAD II) è stato molto complesso e tortuoso.

Solo nel 2018<sup>7</sup> infatti, a quattro anni di distanza e ben oltre la scadenza del termine stabilito, si è giunti alla tanto invocata riforma, mediante peraltro un disinvoltato utilizzo della tecnica del rinvio (incompleto e riferito solo ad alcune specifiche disposizioni)<sup>8</sup>, con pericolose conseguenze in termini di chiarezza di lettura delle norme, oltre che di tassatività e determinatezza.

Con tale intervento, tuttavia, il Governo ha adeguato la normativa interna al solo MAR, omettendo consapevolmente invece di attuare la Direttiva MAD II<sup>9</sup>. E, a fronte dell'incompleto recepimento alle disposizioni comunitarie, l'ulteriore modifica del TUF in tema di abusi di mercato risale alla legge europea entrata in vigore il 1° febbraio 2022<sup>10</sup>, con la quale, tra l'altro, si è provveduto ad attribuire rilevanza nell'art. 184 TUF anche alle condotte dell'*insider* secondario – che erano restare in precedenza penalmente irrilevanti, a dispetto di quanto richiesto dal MAD II –, oltre che ad inasprire ulteriormente le sanzioni penali per l'*insider* primario e a limitare la confisca obbligatoria *ex art.* 187 TUF al solo profitto derivante dal reato<sup>11</sup>.

4. A cui è seguita poi la l. n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio, che ha comportato il raddoppio di tutte le pene del TUF e la quintuplicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

5. Evidenzia i differenti regimi statali, L. Foffani, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 3-4, 2014, 71.

6. Sul tema, A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, 101 ss.

7. Con il d.lgs. n. 107 del 2018.

8. F. Mucciarelli, E. Basile, *Market abuse evolution after the MAD II and the MAR*, cit.; F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 179, con particolare riferimento all'utilizzo della tecnica del rinvio.

9. In ordine alle aspettative frustrate da tale riforma, oltre ai contributi già citati, si veda anche E. Basile, *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 11, 2017, 228 ss.; Id., *Mini riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini del d. lgs. n. 107/2018*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 336.

10. Art. 26, l. n. 237 del 23 dicembre 2021.

11. Relativamente a tale riforma del 2022, si veda Cass., Uff. del Massimario, *Relazione su novità normativa, La legge 23 dicembre 2021, n. 238*, Roma, 21 marzo 2022, 20 ss., testo disponibile al sito: [www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1648113913\\_relazione-massimario-2022-20-legge-europea-238-2021-criminalita-informativa-pedopornografia-abusi-di-mercato.pdf](http://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1648113913_relazione-massimario-2022-20-legge-europea-238-2021-criminalita-informativa-pedopornografia-abusi-di-mercato.pdf).

In definitiva, l'attuale quadro normativo resta caratterizzato dal doppio binario sanzionatorio, esattamente come introdotto nel 2005. Ma a ben guardare, se all'epoca era stata proprio la Direttiva MAD I ad aver incentivato i sistemi di doppio binario, imponendo il vincolo comunitario di adottare "sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive", mentre era lasciata ai legislatori nazionali l'opzione della sanzione penale<sup>12</sup>, la Direttiva MAD II ha invece completamente invertito la prospettiva.

Se dunque, all'esito della MAD I, era la tutela amministrativa a risultare "obbligata" rispetto a quella penale, che gli Stati – non solo quello italiano – hanno affiancato parallelamente con una ondata di criminalizzazione in tutta Europa<sup>13</sup>, con la MAD II sono le sanzioni penali a divenire irrinunciabili<sup>14</sup>, mentre quelle amministrative costituiscono un'opzione discrezionale<sup>15</sup>. La strada delineata a livello comunitario è quella di una sorta di gradualismo sanzionatorio tra illecito amministrativo e penale<sup>16</sup>, compiendo così il legislatore europeo una *marche arrière* rispetto al doppio binario sanzionatorio precedentemente caldeggiato, e attribuendo al contempo specifica attenzione al tanto rivendicato principio di *ne bis in idem*<sup>17</sup>. Certamente, come è stato rilevato, si è trattato di una posizione in qualche modo pilatesca, che, non vincolando più gli Stati membri, ha lasciato loro la responsabilità di decidere se, e in quali termini, meglio articolare un regime di doppio binario sanzionatorio<sup>18</sup>.

Ciò nonostante, il legislatore italiano si è ben guardato dal riformulare il sistema vigente caratterizzato da una pressoché totale sovrapposizione tra fattispecie penali e amministrative, peraltro moltiplicate nei confronti di persona fisica e giuridica, limitandosi esclusivamente a riformulare l'art. 187-*terdecies* TUF, al quale viene così attribuito il ruolo di – inadeguato – meccanismo di "compensazione"<sup>19</sup>

12. Così, art. 14 Direttiva 2003/6/CE. In ordine alla non obbligatorietà della sanzione penale, si veda F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4, 2014, 219-238, 231.

13. Cfr. L. Foffani, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 3-4, 2014, 68; o Id., *Il "manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia*, 2010, 662 ss.

14. Considerando n. 8 MAD II: "L'introduzione, da parte di tutti gli Stati membri, di sanzioni penali almeno per i reati gravi di abusi di mercato è pertanto essenziale per garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione in materia".

15. Ancorché raccomandata, cfr. Considerando n. 71 e 72 MAR.

16. Così si esprime S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Il diritto penale del mercato mobiliare*, vol. III, Giappichelli, 2022, 69, poiché i Considerando n. 10-12 e 23 tracciano un gradualismo sanzionatorio fondato sulla gravità oggettiva della condotta e sul dolo.

17. Espressamente si riferisce al rispetto del *ne bis in idem* infatti il Considerando n. 23 MAD II.

18. Così F. Viganò, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 2016, 1, 200.

19. *Ex multis*, in ordine a tale norma e al suo obiettivo – mancato – di evitare la violazione del *ne bis in idem*, si veda F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 187; S. Seminara, *Diritto*

nei confronti della evidente sovrabbondanza sanzionatoria derivante da tale sistema<sup>20</sup>. Come si diceva, anche l'ultima novella del 2022 si è limitata a evitare la procedura di infrazione per il mancato recepimento della normativa comunitaria, ostinandosi per il resto a proseguire nell'incessante percorso dell'aumento sanzionatorio.

Il settore finanziario è divenuto dunque emblema degli eccessi a cui è giunto il sistema penale e "para" penale, la cui crescente degenerazione repressiva ha condotto alla costruzione di conseguenze draconiane – tra loro astrattamente cumulabili, e semmai solo *ex post* "compensabili" tramite il correttivo di cui all'art. 187-terdecies TUF –. La risposta sanzionatoria ha subito così continui innalzamenti fino a raggiungere esiti irrazionali, tra cui *in primis* la quasi totale equiparazione in termini sanzionatori tra fattispecie ontologicamente diverse quali l'*insider trading* e il *market abuse*<sup>21</sup>.

Il diritto penale dei mercati finanziari, in questo modo, troppo spesso si presta pericolosamente a tramutarsi in quel diritto penale mediatico e populista, incentrato sulla portata simbolica del contrasto alla criminalità in materia finanziaria, e improntato a una sempre maggiore dimensione afflittivo-vendicativa della pena<sup>22</sup>. Il settore finanziario, dunque, manifesta appieno le gravi patologie che ormai affliggono il diritto penale, denunciate da tempo unanimemente in dottrina, e affronta con difficoltà una disciplina legislativa sovrabbondante e iper-sanzionatoria, caratterizzata da molteplici problematiche le cui soluzioni il legislatore ha scelto di non affrontare e di addossare completamente alla giurisprudenza, a cui spetta il compito di interpretare e risolvere questioni complesse con un sindacato e una discrezionalità estreme, offuscando così le garanzie illuministiche e mettendo a repentaglio la certezza del diritto e della preventiva conoscibilità<sup>23</sup>.

*penale commerciale*, cit., 66 ss. E anche, F. Tripodi, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob, in F. Sgubbi, D. Fondaroli, A.F. Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario. Lezioni*, Cedam, 2008, 175-195.

20. Neppure gli aspetti problematici che la norma palesava, peraltro, sono stati risolti, essendo rimasti invariati o comunque solo parzialmente temperati, come meglio si dirà.

21. Sul punto, L. Baron, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Archivio penale*, 3, 2019, 3.

22. Per tutti, A. Alessandri, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. II, Jovene, 2007, 925 ss.; F. Consulich, *Market manipulation e legislazione cosmetica*, in *Soc.*, 5, 2019, 558 ss.; V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, il Mulino, 2022, 59 ss. e 74 ss.

23. Il tema è ormai da tempo oggetto di attenzione continua da parte della dottrina penalistica. Tra i numerosissimi contributi si cita *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista* (un dibattito promosso dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale), in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 21 dicembre 2016; F. Giunta, R. Guerrini, V. Maiello, S. Seminara, F. Sgubbi (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni della contemporaneità*, Edizioni scientifiche, 2020; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale*

In quest'ottica, allora, il doppio binario sanzionatorio assume il ruolo di meccanismo perverso che, da una parte, riesce a consacrare il simbolismo della pena, e, dall'altra parte sul versante amministrativo, continua ad assicurarsi comunque l'efficacia della sanzione amministrativa<sup>24</sup>.

## 2. La tela di Penelope delle (irrisolte) soluzioni legislative

Anche all'esito dell'ultima riforma, dunque, permane la rilevante interferenza dei delitti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni di mercato di cui agli artt. 184 e 185 TUF, da un lato, con gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF, dall'altro.

Accanto ad essi, peraltro, si aggiunge il corrispondente e parallelo ulteriore doppio binario costruito a carico della persona giuridica, per gli illeciti amministrativi derivanti da reato *ex art. 25-sexies* del d.lgs. 231/2001 – per le ipotesi di reato – e per gli illeciti amministrativi derivanti, a loro volta, dagli illeciti amministrativi, ai sensi dell'art. 187-*quinquies* TUF.

Tale schema, introdotto sempre con la novella del 2005, ripropone, come noto, sostanzialmente quello costruito per la responsabilità individuale anche nell'ipotesi della responsabilità diretta nei confronti dell'ente, nell'interesse o a vantaggio del quale abbia agito la persona fisica<sup>25</sup>. Nonostante la mancanza della corrispondente clausola di salvezza presente invece negli illeciti di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF, è evidente che anche in questa ipotesi il legislatore ha costruito un sistema di doppio binario “cumulativo” di duplicazione sanzionatoria, così come dimostra – d'altro canto – l'art. 187-*terdecies* TUF che, nel disciplinare il meccanismo di “scomputo”, espressamente fa riferimento anche alla responsabi-

*tra lex e ius*, Mucchi, 2019. Recentemente si dedica ampiamente a tali problematiche relativamente alla “overcriminalization”, A. Cadoppi, *Il “reato penale”. Teorie e strategie della criminalizzazione*, Edizioni scientifiche, 2022, 54 ss. Già, sull'argomento, anche G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, CEDAM, 2016.

24. Così efficacemente, L. Baron, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, cit., 4, circa l'ineffettività della pena e l'agilità invece della sanzione amministrativa. Nello stesso senso, M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sistema penale*, 23/06/2022, testo disponibile al sito: [www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-cost-149-2022-incostituzionale-doppio-binario-punitivo-diritto-autore](http://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-cost-149-2022-incostituzionale-doppio-binario-punitivo-diritto-autore).

25. *Ex multis*, in argomento A. Rossi, *Market abuse e insider trading*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1, 2006, 97; M. Vizardi, *Manipolazione del mercato: “doppio binario” da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 707; M. Fratini, *Art. 187-quinquies t.u.f.*, in M. Fratini, G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, vol. III, UTET, 2012, 2519. In giurisprudenza, Cass. Civ., SU, 23 giugno 2009, n. 20936.

lità dell'ente, e non solo a quella individuale, proprio nell'ottica di mitigare, anche in questo caso, gli eccessi derivanti dal cumulo sanzionatorio.

Non pochi sono i profili problematici, pertanto, che possono porsi relativamente al *ne bis in idem* pure nei confronti dell'ente, nonostante la questione non sia stata ad oggi ancora oggetto di dibattito altrettanto vivace rispetto a quella che anima da tempo dottrina e collegi giudicanti relativa alla responsabilità della persona fisica<sup>26</sup>.

Più che di duplicazione, in questo campo, si potrebbe – e dovrebbe – parlare di quadruplicazione di sanzioni, già di per sé caratterizzate da particolare rigore sanzionatorio, soprattutto se si volge lo sguardo a quelle amministrative, addirittura superiori nel massimo a quelle penali<sup>27</sup>.

Allo stesso modo, nei confronti dell'ente, la sanzione prevista *ex art. 187-quinquies* TUF è – ancora una volta – superiore a quella stabilita per gli illeciti derivanti da reato dal d.lgs. 231/2001<sup>28</sup>.

In simile quadro di particolare afflittività delle sanzioni derivanti dagli illeciti amministrativi, da ultimo, è doveroso quanto meno menzionare la crescente rilevanza attribuita a livello comunitario alle autorità di vigilanza europee<sup>29</sup> – a cui si affiancano le autorità amministrative nazionali, quale la CONSOB in Italia – a cui sono stati via via assegnati sempre più incisivi poteri di intervento nello svolgimento delle proprie attività di vigilanza e controllo<sup>30</sup>.

Preso atto di come l'impianto costruito nel 2005 sia rimasto sostanzialmente

26. Si dedica a tale problematica F. Tripodi, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sistema pen.*, 28 dicembre 2020, 1-32.

27. Così come da ultimo riformato, infatti, l'*insider trading* prevede la pena della reclusione da due a dodici anni oltre alla multa da ventimila a tre milioni di euro e la manipolazione di mercato la pena della reclusione da due a dodici anni e la multa da ventimila a cinque milioni di euro. A ciò si devono aggiungere le pene accessorie e la confisca del profitto del reato, anche per equivalente. I corrispondenti illeciti amministrativi stabiliscono entrambi un *quantum* sanzionatorio da ventimila a cinque milioni di euro, aumentabile fino al triplo qualora inadeguato, a cui si aggiunge la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito amministrativo.

28. Ai sensi dell'art. 187-*quinquies* TUF, la sanzione amministrativa, infatti, spazia da ventimila a quindici milioni di euro ovvero al 15% del fatturato quando superiore ai quindici milioni. e il fatturato è determinabile ai sensi dell'art. 195, comma 1-*bis*, TUF nel caso in cui sia commessa nel suo interesse o a suo vantaggio una violazione del divieto di cui all'art. 14 o del divieto di cui all'art. 15 del Regolamento (UE) n. 596/2014(1).

29. Sul punto, ampiamente, F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2020, 33 ss.

30. D. Fondaroli, *La Consob e gli abusi di mercato*, in F. Sgubbi, D. Fondaroli, F. Tripodi (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2013, 209 ss.; F. Tripodi, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, *ibidem*, 233 ss.; F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, 255 ss.; A. Alessandri, *Il potere sanzionatorio della Consob: in particolare, in tema di abusi di mercato*, in G. Carcano, M. Mosca, M. Ventoruzzo (a cura di), *Regole del mercato e mercato delle regole*, Giuffrè, 2016, 441 ss.



invariato, deve allo stesso tempo riconoscersi che si è trattato di una scelta consapevole, tenuto conto non solo che, come già rilevato, la stessa normativa europea invitava gli Stati a intervenire tenendo in considerazione la tutela del *ne bis in idem*, ma anche che la dottrina da tempo sollecitava a più voci una rivisitazione della disciplina in materia<sup>31</sup>. E, in fondo, anche la giurisprudenza aveva chiarito in più occasioni di non essere in grado di trovare soluzioni soddisfacenti al problema nel suo insieme, se non tramite un ripensamento complessivo.

In particolare, la clausola di salvezza “cumulatoria” presente negli illeciti amministrativi ha generato sin dalla sua introduzione molteplici problemi<sup>32</sup>, imponendo di fatto di esautorare il principio di specialità di cui all’art. 9 l. 689/1981 (che avrebbe altrimenti potuto trovare ingresso in relazione ad alcune ipotesi di abuso di informazioni privilegiate), così come qualsiasi altro criterio di risoluzione del conflitto infra-sistematico di norme, ivi compreso il dibattuto criterio di consunzione, che in ogni caso fatica a trovare riconoscimento in seno alla giurisprudenza quale ulteriore criterio generale di risoluzione del concorso apparente di norme (e che, si ritiene, avrebbe potuto operare ove si anche si dovesse escludere la sussistenza del rapporto di specialità)<sup>33</sup>. La dottrina ha convenuto nel riconoscere alle stesse, sin dalla loro introduzione, natura di norme derogatorie di pari rango cronologicamente successive, che, in quanto tali, impongono il cumulo tra sanzione amministrativa e penale.

La convinta scelta di proseguire verso sempre maggiori eccessi sanzionatori al fine di reagire efficacemente ai noti fenomeni criminali verificatisi negli scorsi decenni in ambito finanziario ha condotto a una incontrollata espansione di un diritto punitivo, penale o “sostanzialmente” penale, senza alcuna effettiva differenziazione delle fattispecie, che avrebbero potuto essere ritagliate dal legislatore, sulla base di una recuperata concezione gradualistica tra fattispecie penale e am-

31. *Ex multis*, C. Silva, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio*, in *Giur. it.*, 6, 2019, 1475-1476. Si veda anche, F. Mucciarelli, *L’Insider trading nella rinnovata disciplina UE sugli abusi di mercato*, in *Soc.*, 2016, 194; F. Viganò, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato; una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 1, 2016, 200.

32. Circa la sua natura derogatoria rispetto al concorso infra-sistematico, cfr. per tutti F. D’Alessandro, *Regolatori di mercato*, cit., 217; F. Consulich, *La giustizia e il mercato: miti e realtà di una tutela penale dell’investimento mobiliare*, Giuffrè, 2010, 398 ss.; M. Miedico, *La manipolazione del mercato: illecito penale o illecito amministrativo?*, in *Soc.*, 2007, 626 ss. Circa i primi commenti dopo la sua introduzione, si veda in senso contrario, C.E. Paliero, “*Market abuse*” e *legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. Merito*, 2005, 811.

33. Sul tema estesamente, C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli, 2018, 311 ss. Quanto in generale al criterio di consunzione e al suo controverso riconoscimento nel c.d. concorso infra-sistematico e nell’interpretazione dell’art. 9 l. 689/1981, cfr. sempre Ead., *Sistema punitivo*, cit., 231 ss.

ministrativa<sup>34</sup>. In tal modo, si sarebbero potuti certamente evitare pericolosi vuoti di tutela, raggiungendo il più vasto ventaglio di condotte, dalle più gravi – con lo strumento penale – alle meno gravi – con quello amministrativo.

Viceversa, punire semplicemente tutto due volte risponde a una esigenza repressiva incapace di differenziare e distribuire la rilevanza penale. A ciò peraltro si associa, sul versante processuale, un inadeguato coordinamento tra procedimenti, in cui di fatto del tutto casuale risulta di volta in volta quale sia il primo procedimento ad essere aperto e, quindi, il primo poi ad essere concluso.

La cieca repressione indifferenziata finisce per divenire semplicemente improvvisata, “nel nome di una reazione repressiva quanto più energica possibile, confidando che mettendo in una sorta di competizione sanzione penale e amministrativa, almeno una delle due riesca a giungere al traguardo!”<sup>35</sup>. Se questa era l'impressione che la disciplina suscitava già all'alba della sua introduzione nel

34. Impossibile in questa sede ripercorrere il dibattito in argomento, ormai risalente e per certi versi poi superato. Tra gli studiosi tedeschi che hanno approfondito il rapporto *Straftaten-Ordnungswidrigkeiten*, e in particolare ipotizzato una posizione di progressione di tutela tra gli stessi, si veda H. Welzen, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, in *JZ*, 1956, 240; anche H. Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, parte I: *Geschichte und Rechtsvergleichung*, Duncker & Humblot, 1977, 229 ss.; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, 1996, 58; C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, parte I, C.H. Beck, 2006, 58-59; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vahlen, 2011, 20-21; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Gieseking, 2016, 35-36. In senso parzialmente diverso, si veda K. Tiedemann, *La recente evoluzione del diritto penale dell'economia in Germania con particolare riferimento al diritto penale delle società commerciali*, traduzione italiana di E. Dolcini, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Giuffrè, 1978-79, 113; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie, des Verbrechens*, Athenäum, 1973, 219. In Italia, si veda C.E. Paliero, *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale-amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 122-123; C. Pedrazzi, *Relazione di sintesi*, in *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (Profili penalistici e processuali)*, Atti del Convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985, CEDAM, 1987, 202; E. Dolcini, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 604-605. Il tema della graduazione nel *quantum* del reato, come noto, non si limita certo alla distinzione tra illeciti amministrativi e penali ma caratterizza precipuamente la difficile distinzione tra delitti e contravvenzioni. Sul punto, per primo in Italia C.E. Paliero, *"Minima non curat praetor". Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, 1985, 693 ss. In Germania, cfr. E. Kern, *Grade der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW*, 1952, 255 ss.; P. Noll, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Verlag, 1955, 45 ss. Inoltre, relativamente ai *Bagatelldelikte* e al concetto di esiguità, appunto C.E. Paliero, *"Minima non curat praetor"*, cit., 653 ss.; in Germania, C. Roxin, *Verwerflichkeit und Sittenswidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, in *JuS*, 1964, 376 ss.; K. Tiedemann, *Die mutmassliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder*, in *JuS*, 1970, 108 ss.; H. Ostendorf, *Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel*, in *Golt-dammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, pp. 334 ss.

35. Così testualmente A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2005, 555.

2005, oggi – a fronte dell’immobilismo del legislatore – detta impressione non può che divenire un fondato convincimento.

Per evitare macroscopiche violazioni del *ne bis in idem*, allora, è parso al legislatore più semplice intervenire sull’art. 187-terdecies TUF, per assicurare quanto meno una “limitazione” sanzionatoria, sulla base dello scomputo della sanzione seconda (temporalmente) rispetto alla prima (ossia semplicemente arrivata prima), qualunque essa sia.

Il meccanismo introdotto, e poi riformato, risulta tuttavia insufficiente, per molteplici ragioni.

La disposizione sconta – anche dopo la riforma – il macroscopico limite di tenere in considerazione, nella fase esecutiva, la sola sanzione pecuniaria penale e amministrativa, che impone di scomputare tra loro, dimenticando gli ulteriori profili sanzionatori quali la fondamentale sanzione detentiva (che non può trovare un corrispondente nella sanzione amministrativa), le pene e le sanzioni accessorie, e le confische<sup>36</sup>. In questo senso, ha rilevato le carenze di tale norma – ancorché nella sua versione precedente alla riforma di cui al d.lgs. n. 107 del 2018 – la stessa Corte di Giustizia che, con la sentenza *Garlsson*, ha ritenuto la disciplina italiana inidonea a tutelare il *ne bis in idem* proprio sulla base dell’incapacità dell’art. 187-terdecies TUF di garantire che la severità dell’insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione, in quanto la stessa aveva ad oggetto il solo cumulo delle pene pecuniarie, restando fuori dalla funzione di riequilibrio la pena della reclusione<sup>37</sup>.

Benché la pronuncia si riferisse alla disposizione ante-riforma, con l’intervento del 2018 il problema si può considerare solamente affievolito, nella parte in cui la norma introduce un ulteriore piano di valutazione, non solo limitato a quello dell’esecuzione, ma altresì rivolto alla fase di determinazione del complessivo carico sanzionatorio. Tuttavia, in ordine al momento meramente esecutivo, la novella risulta irrilevante, continuando a limitare lo scomputo algebrico alle sole sanzioni di tipo pecuniario.

Viceversa, nell’antecedente fase della determinazione della sanzione, la norma si riferisce alla necessità da parte dell’autorità che procede temporalmente per seconda di tener conto nel complesso delle “misure punitive” già irrogate, locuzione quest’ultima molto ampia e idonea a ricomprendere qualsiasi tipologia di sanzione. Va nondimeno sottolineato, da un punto di vista puramente pratico,

36. F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 6; Id., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e proporzionalità*, testo disponibile al sito: [archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 17 ottobre 2018, 2.

37. Corte EDU, GS, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri*, al sito: [archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), § 60.

che la nuova disposizione sembra non aver mutato l'orizzonte: in effetti, la parte dell'articolo relativa alla determinazione sanzionatoria permane astratta e generica, priva di una capacità di orientare l'interprete con criteri di determinazione e rischia, dunque, di risultare ineffettiva, soprattutto se si tiene conto della difficoltà di ponderare sanzioni tra loro eterogenee in assenza di elementi precettivi. L'alternativa, altrimenti, è quella di consegnare al giudice un potere di determinazione pressoché assoluto relativo alle "misure punitive", finanche divenire arbitrario. Quanto invece allo stadio esecutivo, che persiste concentrato sulle sole sanzioni pecuniarie, restano fermi i medesimi nodi problematici<sup>38</sup>.

Tali ragioni, in ogni caso, non esauriscono di per sé i limiti della disposizione.

In via più generale, si deve tornare a osservare infatti che il disposto dell'art. 187-terdecies TUF si inserisce nella mera fase successiva di applicazione della sanzione, mitigando così i soli eccessi sanzionatori, ovvero – all'esito della riforma – in quella di commisurazione della pena.

La norma non è tuttavia certamente in grado di evitare né la duplicazione procedimentale né la duplicazione di contestazione al medesimo soggetto per lo stesso fatto di norme tra loro convergenti. Se è vero che nessuno può essere punito due volte, in verità, non si potrà neppure contestare – e poi addirittura accertare nei suoi confronti – la violazione di due illeciti che tra loro risultano in concorso apparente, anche se poi si riduce (o addirittura non si applica *in toto*, come si dirà) la determinazione e l'applicazione della sanzione temporalmente successiva rispetto alla prima. La moltiplicazione di qualificazioni giuridiche e l'interferenza tra fattispecie astratte costituiscono problemi distinti rispetto al temperamento sanzionatorio garantito dalla norma in esame<sup>39</sup>. E la composizione di tali problemi, si resta convinti, racchiude l'essenziale portato del *ne bis in idem* sostanziale.

Al di là degli evidenti aspetti critici che presenta la disposizione, pertanto, deve rilevarsi come la stessa costituisca la chiara dimostrazione di una precisa scelta di rimettere nelle mani del giudice, con una valutazione lasciata al caso concreto, la risoluzione di volta di volta della spinosa questione della violazione del *ne bis in idem*.

L'ignavia del legislatore italiano dimostrata con la riforma risulta peraltro di pochi mesi successiva rispetto alle sentenze della Corte di Giustizia del 2018 – e comunque posteriore rispetto al celebre *revirement* della Corte EDU, *A e B c. Norvegia*<sup>40</sup>, le quali tutte hanno contribuito ad introdurre quella lettura "inde-

38. Si concentra su questi aspetti, L. Baron, *Test di proporzionalità e ne bis in idem*, cit., 31 ss.

39. *Amplius*, C. Silva, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. Pen.*, 1, 2019, 13 ss.

40. Corte EDU, GC, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, in [archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 18 novembre 2016 [consultato il 7 ottobre 2023]; con nota di F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.

bolita” del principio – sia nella versione proposta dalla Corte di Strasburgo che in quella della Corte di Lussemburgo –. Pur nell’autonomia delle differenti esegesi, entrambe hanno inaugurato un nuovo indirizzo ermeneutico – in larga parte coincidente – in relazione al *ne bis in idem*, prima tutelato in via assoluta, e ora ridimensionato in una lettura di “seconda generazione”<sup>41</sup>, relativizzata nel suo portato.

Evidentemente tale inversione di rotta ha in qualche modo legittimato la posizione compromissoria poi assunta dal legislatore in materia di abusi di mercato.

D'altronde, se le Corti sovranazionali avessero continuato a proporre la precedente posizione rigorosa e concentrata sugli aspetti eminentemente processuali del canone<sup>42</sup>, così come affermata precedentemente in modo granitico in molteplici occasioni, la disciplina italiana in materia avrebbe continuato a risultare del tutto incompatibile con il principio convenzionale ed eurounitario di cui rispettivamente all'art. 4 prot. 7 CEDU e all'art. 50 CDFUE. Così difatti era emerso espressamente con la pronuncia *Grande Stevens*<sup>43</sup> che, con un'attenzione precipuamente rivolta alla dimensione processuale del principio, aveva condannato l'Italia proprio per la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU, in relazione alla disciplina del delitto di manipolazioni di mercato.

La stagione giurisprudenziale che ne è seguita, invece, proponendo una possibile convivenza del *ne bis in idem* con il doppio binario sanzionatorio ha inevitabilmente strizzato l'occhio ai venticinque sistemi statali<sup>44</sup>, consentendo proprio di ad-

41. F. Consulich, C. Genoni, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e di doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giur. pen.*, 4, 2018, 17.

42. Si pensi, oltre alla pronuncia *Grande Stevens* (Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, nn. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/10), tra le altre, a Corte EDU, sez. II, *Kiivari c. Finlandia*, 20 febbraio 2015, n. 53753/12; Corte EDU, sez. V, 27 novembre 2014, *Lucky Dev. c. Svezia*, n. 7356/10; Corte EDU, Sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, n. 11828/11; Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia*, n. 37394/11.

43. Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, cit., commentata, tra i vari, da F. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due, L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione di mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014; G. De Amicis, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, in *Dir. pen. Cont., Riv. Trim.*, 3-4, 2014, 201; G.-M. Flick, V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (“materia penale” giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. delle Soc.*, 5, 2014, 953 ss.; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, *Dir. pen. Cont.*, 3-4, 2014, 219 ss.; A. Alessandri, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea*, cit., 855 ss.; M. Castellaneta, *Caso Grande Stevens: si applica il “ne bis in idem” se la sanzione amministrativa equivale a quella penale*, in *Guida al Dir.*, 2014, 82.

44. Riconosce, tra i vari, che l'inversione di orientamento – viste le difficoltà che la rigidità dello stesso comportava nei confronti degli Stati membri – sia avvenuta “allo scopo di alleviare tale inconveniente”, Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, in *dejure.it*, § 7.3. Continua infatti

divenire a valutazioni casistiche in ordine alla sussistenza dell'elastico criterio della “*sufficiently close connection in substance and time*” tra i due procedimenti, e dei relativi indici che lo compongono<sup>45</sup>.

In definitiva, simile posizione ha inevitabilmente avallato la ritrosia del legislatore a ripensare l'assetto normativo in materia, fondato su un sostanziale coacervo di disposizioni astrattamente tra loro in gran parte coincidenti. E lo ha così rafforzato nell'addivenire, al contempo, alla decisione – di fatto ir-resolutiva del problema – di affidare allo strumento di cui all'art. 187-*terdecies* TUF il ruolo di garante del canone del *ne bis in idem* in materia di abusi di mercato.

### 3. La tormentata evoluzione del *ne bis in idem*

Sotto il versante giurisprudenziale, il percorso di definizione del *ne bis in idem* senz'altro non può considerarsi concluso, e, anzi, necessita di proseguire il suo tortuoso cammino mediante ulteriori interventi che consentano, con progressive soluzioni, di continuare a forgiarne gradualmente il contenuto e a completarne così la definizione.

Tuttavia, dopo più di un decennio in cui l'instancabile interesse della giurisprudenza, della Corte EDU e altresì della Corte di Giustizia, ha prodotto innegabili esiti in termini di emersione dello statuto del canone e della sua tutela, negli ultimi anni il principio non ha goduto di altrettanta fortuna, quanto meno da parte della giurisprudenza sovranazionale. E con ciò non si vuole certo intendere che il tema sia stato abbandonato, poiché vivace resta indubbiamente l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, continuamente investita della questione in ordine alla violazione del principio.

ammettendo espressamente che la nuova declinazione del principio di *ne bis in idem* “salva” sia le garanzie individuali che la struttura bifronte della tutela degli interessi dell'Unione Europea, superando problemi di armonizzazione delle legislazioni interne rispetto ai principi declinati dalle Corti sovranazionali. Così sempre Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, cit., § 7.4.

45. Quanto a tale criterio, come noto, esso è stato introdotto dalla, plurime volte citata, pronuncia Corte EDU, GC, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, cit., e si sostanzia dei fattori per cui: i procedimenti previsti per la violazione debbano avere scopi differenti, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto ma anche in concreto – profili diversi della medesima condotta antisociale; la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta; i due procedimenti siano condotti in modo da evitare “per quanto possibile” ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una “adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento”; infine, la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena (§ 133).

Tuttavia, la garanzia del *ne bis in idem* fatica a uscire da quella fase di stallo in cui si trova all'esito del suo prepotente depotenziamento, sprofondata ormai nella nebbia di quei tratti così confusi e imprecisati che la caratterizzano.

Le decisioni della Corte EDU del 2016 e della Corte di Giustizia del 2018 rappresentano certamente il momento del giro di boa verso la nuova declinazione del *ne bis in idem*. Nonostante abbiano inaugurato una nuova lettura ambigua e sfumata, esse avrebbero potuto tuttavia esprimere al contempo quella prima apertura verso la dimensione sostanziale del principio, da cui muovere per successivi passaggi definitivi che colmassero l'eccessiva vaghezza e discrezionalità dei criteri proposti. In qualche modo, la virata verso il canone sostanziale, fino a quel momento completamente al di fuori dell'indagine in materia, concentrata esclusivamente sul fratello processuale. Il test di "sufficiently close connection in substance and in time" avanzato dalla Corte EDU, tuttavia, è rimasto pressoché immutato così come inizialmente individuato, senza essere ulteriormente plasmato nel tempo in modo da assicurare una più estesa garanzia o, quanto meno, più delimitata nei suoi labili confini.

La Corte EDU, in effetti, a partire dal 2016 ha continuato a riproporre il medesimo principio di diritto in tutte le proprie decisioni successive, senza alcuna significativa novità né maggiore specificazione degli indici che compongono la *close connection*.

Quanto meno, tuttavia, diversamente rispetto a quanto inizialmente si era pronosticato<sup>46</sup>, si sono registrate pronunce che hanno riconosciuto la violazione del principio di *ne bis in idem* anche nella sua nuova veste<sup>47</sup>. Il timore, in effetti, era che il sottodimensionamento del canone conducesse la Corte, di fatto, a negare sempre la sua violazione e – di conseguenza – a mettere facilmente in salvo tutte le discipline vigenti nei diversi Stati membri.

Sotto questo profilo, invece, la Corte di Strasburgo ha anche avuto modo di ricordare come gli indici dalla stessa enucleati non debbano esaurirsi in quello della sola proporzionalità sanzionatoria e ha attribuito specifico rilievo anche agli altri

46. Basti pensare alla *dissenting opinion* di Pinto de Albuquerque alla sentenza *A e B c. Norvegia* (Corte EDU, GC, 15 novembre 2016, cit., § 79), secondo cui tale interpretazione avrebbe reso possibile una politica punitiva basata sulla moltiplicazione di procedimenti per lo stesso fatto nei confronti dello stesso soggetto al fine di ottenere la massima repressione possibile.

47. Cfr. Corte EDU, sez. I, 18 maggio 2017, *Johannesson e a. c. Islanda*, n. 22007/11; Corte EDU, sez. II, 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, n. 72098/14; Corte EDU, 6 giugno 2019, sez. V, *Nodet c. Francia*, n. 47342/13, con nota di M. Scoletta, *Il ne bis in idem 'preso sul serio': la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in tema di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 17 giugno 2019, in tema di manipolazioni di mercato, che nega la *close connection* poiché i due procedimenti perseguivano gli stessi obiettivi; Corte EDU, sez. III, 31 agosto 2021, *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda*, n. 12951/18.

criteri di carattere processuale<sup>48</sup>. In particolare, nell'ulteriore e recente arresto relativo al caso *Tsonyo Tsonnev c. Bulgaria*<sup>49</sup>, la Corte EDU ha riconosciuto la mancanza della connessione sostanziale tra i due procedimenti, in quanto gli stessi perseguivano il medesimo scopo e non erano in alcun modo collegati tra loro sotto il profilo probatorio, oltre al fatto che la sanzione irrogata con il procedimento amministrativo non era stata considerata dal giudice penale nella determinazione della pena<sup>50</sup>. Come è stato notato, tuttavia, la sanzione complessiva in concreto doveva senz'altro ritenersi proporzionata, tenuto conto della sua esiguità e del fatto che la stessa non era mai stata eseguita<sup>51</sup>. Nonostante la rispettata proporzionalità, dunque, i giudici hanno ritenuto di ravvisare la violazione del canone.

Quanto riconosciuto nella pronuncia appare particolarmente significativo, allora, proprio alla luce del fatto che l'elemento della proporzionalità ha invece assunto un ruolo predominante, talvolta addirittura esclusivo, nella visione eurounitaria e in quella domestica.

La Corte di Lussemburgo, dal canto suo, ha riaffermato al contrario sempre più la rilevanza dell'elemento di proporzionalità sanzionatoria, che ha finito per divenire l'aspetto maggiormente valorizzato nelle pronunce successive a quelle del 2018, sul quale ha appiattito spesso il proprio giudizio in relazione al *ne bis in idem*<sup>52</sup>.

In questo senso, arrestato il tragitto del suo modellamento *in itinere*, oggi il *ne bis in idem* resta un non finito, un'opera incompiuta in attesa di essere plasmata mediante successivi nuovi passaggi.

Attualmente il canone assume sembianze spurie, e risulta una confusa ibridazione tra il principio processuale e sostanziale, senza riuscire ad acquisire una precisa identità in nessuno dei due fronti.

In fondo, nella precedente versione esso ometteva di considerare gli aspetti so-

48. Corte EDU, sez. II, 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit., con nota di A. Galluccio, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul ne bis in idem*, in *archivioidpc.dirittopenaleuomo.org*, 7 maggio 2019, che riconosce l'assenza di connessione temporale e di acquisizione e valutazione della prova, ricordando – in buona sostanza – come non sia sufficiente il solo indice della proporzione complessiva. Così anche Corte EDU, sez. IV, 6 aprile 2021, *Tsonyo Tsonnev c. Bulgaria* (n. 4), n. 35623/11, § 40.

49. Corte EDU, sez. IV, 6 aprile 2021, *Tsonyo Tsonnev c. Bulgaria*, cit.

50. Per questa ragione, la Corte non giunge nemmeno a prendere in considerazione la connessione temporale tra procedimenti.

51. In questo senso, G. Ardizzone, *Tsonyo Tsonnev c. Bulgaria: un'occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem "europeo"*, in *Sist. pen.*, 14 luglio 2022, 9.

52. Corte Giust. UE, sez. I, 5 maggio 2022, BV, C-570/20, in *Riv. dott. comm.*, 2022, 3, 505, relativa alla Francia. Sul punto, si veda J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sist. pen.*, 24 novembre 2022, 9-10.



stanziali, ma almeno assumeva tratti ben più definiti sotto il versante processuale. Certamente la sua tutela assoluta – per come era stata configurata dalla giurisprudenza – presentava non pochi nodi problematici che necessitavano di trovare soluzione. Tuttavia, la strada imboccata ha semplicemente sortito gli effetti di indebolire il portato del divieto, confondere l’ambito processuale con quello sostanziale (quando in realtà, oltre al *nomen*, ormai è acclarato, essi condividono molto poco) e demandare in concreto al giudice il compito di valutazione, attribuendogli una discrezionalità pressoché illimitata.

Di fatto, la tutela del *ne bis in idem* – per come attualmente interpretata – è del tutto rimessa alla discrezionalità giudiziale, che rischia facilmente di sconfinare nella piena arbitrarietà.

La questione è lasciata per intero a valutazioni casistiche, a seconda del *quantum* sanzionatorio concretamente irrogato e di quale procedimento si sia concluso per primo. Più frequente nella pratica si realizzerà l’ipotesi in cui cronologicamente si concluda per secondo il procedimento penale: spetterà dunque al giudice penale occuparsi di tale valutazione, a seguito di sanzioni amministrative molto spesso così elevate da risultare di per sé sole sufficienti, per non travalicare il *limen* della proporzionalità, e compiere complesse operazioni di scomputo o di disapplicazione della sanzione penale. Non mancano, e non solo mancati, tuttavia, anche casi opposti, in cui per prima sia divenuta definitiva la condanna penale, per esempio in ipotesi in cui il rito si sia concluso con l’applicazione della pena su richiesta delle parti.

In questo scenario di assestamento, una significativa novità è rappresentata dalla recente pronuncia della Consulta in tema di *ne bis in idem*<sup>53</sup>. Non tanto ovviamente per quanto la Corte ha riconosciuto in relazione all’art. 649 c.p.p. e alla materia della violazione dei diritti d’autore<sup>54</sup>, in ogni caso non riferibile agli abusi di mercato, quanto invece per le incidentali importanti considerazioni che si rinvengono nella fondamentale decisione.

Innovativo risulta, infatti, l’approccio con cui la Corte Costituzionale traccia una linea di demarcazione tra principio di *ne bis in idem* – oggetto del proprio giudizio – e proporzionalità.

Evidentemente, infatti, la questione di legittimità sollevata riguardava l’art.

53. Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, in *Giur. Cost.*, 3, 2022, 1554. Per un primo commento, cfr. L. Carraro, *La Consulta dichiara la parziale illegittimità dell’art. 649 c.p.p. per violazione del ne bis in idem in materia di diritto d’autore: la natura “ectoplasmatica” del test di close connection*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2022. In commento, cfr. anche M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore*, cit.; J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente*, cit.

54. E in particolare per i delitti di cui all’art. 171-ter e l’illecito amministrativo di cui all’art. 174-bis l. n. 633/1941.

649 c.p.p. e dunque il versante processuale del canone; tuttavia, la Consulta premette alcune considerazioni sul *ne bis in idem* in via generale così come tutelato dalla garanzia convenzionale, espressamente rivendicandone la natura processuale di diritto fondamentale della persona, la cui *ratio* è proprio quella derivante dai costi – e dalle sofferenze – di un doppio procedimento in relazione all’*idem factum*<sup>55</sup>. Con tale fondamentale passaggio, dunque, la Corte colloca l’identità del principio convenzionale nell’alveo processuale, riportandolo chiaramente a principio di garanzia processuale. Al contempo, viene ricordata la “diversa garanzia” della proporzionalità della pena, a cui tuttavia si riconosce l’estraneità al principio in parola, che si distingue anche nel proprio fondamento<sup>56</sup>.

Le essenziali osservazioni richiamate introducono dunque un approccio innovativo che attribuisce autonomia alla distinta garanzia della proporzionalità che, pur rilevando nella valutazione degli indici di “stretta connessione”, si colloca fuori dal perimetro del *ne bis in idem* – processuale appunto –, inteso dalla Corte come divieto di un secondo procedimento (a prescindere dall’esito del primo), che di per sé non osta invece alla diversa ipotesi di cumulo sanzionatorio nell’ambito di un medesimo procedimento per il medesimo fatto, limitato invece appunto dalla proporzionalità della pena<sup>57</sup>.

Significativa, in definitiva, appare non solo la definizione del canone il cui baricentro viene re-individuato nella prospettiva strettamente processuale, ma anche la circostanza che in relazione al problema del cumulo sanzionatorio per il medesimo fatto il riferimento della Consulta non vada al *ne bis in idem* – que-

55. Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, cit., § 5.1.1., “La garanzia convenzionale in parola mira (...) a tutelare l’imputato non solo contro la prospettiva dell’inflizione di una seconda pena, ma ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto. E ciò a prescindere dall’esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un’assoluzione. La ratio primaria della garanzia (...) è dunque quella di evitare l’ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata”.

56. Sempre Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, § 5.1.1. secondo cui “Il *ne bis in idem* non si oppone, invece, alla possibilità che l’imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena: garanzia, quest’ultima, fondata su basi giuridiche distinte da quelle su cui si fonda il diritto al *ne bis in idem* (in particolare, sugli artt. 3 e 27 Cost., a livello interno, e sull’art. 49, paragrafo 3, CDFUE a livello unionale)”.

57. Testualmente: “Il *ne bis in idem* non si oppone, invece, alla possibilità che l’imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, a pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena: garanzia, quest’ultima, fondata su basi giuridiche distinte da quelle su cui si fonda il diritto al *ne bis in idem* (in particolare, sugli artt. 3 e 27 Cost. a livello interno, e sull’art. 49, paragrafo 3, CDFUE a livello unionale)”, Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, cit., §5.1.1.

sta volta sostanziale –, declinato poi di fatto nella proporzionalità sanzionatoria, quanto invece direttamente e autonomamente alla proporzionalità stessa.

Sulla rilevanza di tale rilievo e sulle sue possibili conseguenze si tornerà a breve, anche in relazione al fatto che la proporzionalità è andata acquisendo una dimensione autonoma anche in seno alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in tema di *ne bis in idem* recentemente si è limitata ad analizzare il cumulo sanzionatorio riferendosi alla proporzionalità non tanto quale elemento dell'art. 50 della Carta quanto invece in via immediata, sulla base all'art. 52 § 1 e dell'art. 49 § 3 della Carta<sup>58</sup>.

#### 4. La proporzionalità al banco di prova della giurisprudenza

Un'analisi della giurisprudenza domestica, che si è occupata degli abusi di mercato negli ultimi anni, è sicuramente in grado di offrire una conferma del complesso scenario finora tratteggiato.

Non sono mancate, infatti, decisioni chiamate ancora una volta a pronunciarsi sul *ne bis in idem*, le quali tutte hanno dimostrato di attribuire essenziale rilievo all'indice della proporzionalità complessiva, sulla quale si è sostanzialmente condensata la valutazione dei giudici domestici<sup>59</sup>. Di fatto, è innegabile che esso abbia assunto spesso un ruolo preponderante nella valutazione della violazione del criterio, la cui tutela – nella veste sostanziale – è stata così fatta coincidere con un giudizio di proporzionalità sanzionatoria.

In questa prospettiva, il terreno degli abusi di mercato costituisce luogo privilegiato per analizzare le decisioni che si sono occupate della materia. Si tratta infatti di un settore in cui, più degli altri, la proporzionalità inevitabilmente acquisisce particolare rilevanza e diviene l'argomento dirimente in tema di violazione di *ne bis in idem*.

A ben guardare, la flessione del giudizio di *ne bis in idem* verso il canone di proporzionalità si è attuata in particolare nell'ambito degli abusi di mercato.

La disciplina del TUF, in effetti, è stata ritenuta fino ad ora strutturata in modo da poter astrattamente – e concretamente – assicurare il rispetto degli altri elementi che compongono la connessione “sostanziale”. Innanzi tutto, senz'altro prevedibile si considera l'apertura del doppio procedimento, alla luce delle clau-

58. Sul punto, sempre Corte di Giustizia UE, sez. I, 5 maggio 2022, BV, cit.

59. Cfr. Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, in *dejure.it*, § 4.1., la quale espressamente afferma che “tra questi il sub-criterio prevalente per verificare la presenza della stretta connessione è pacificamente individuato da tutte le pronunzie in quello della ‘proporzionalità’ tra il cumulo di sanzioni irrogate (di cui quella amministrativa pecuniaria è ormai considerata di natura penale)”.

sole “cumulative” presenti all’art. 187-*bis* e 187-*ter* TUF, che sostanzialmente impongono il cumulo di illecito para-penale e penale<sup>60</sup>. Ma a ciò si aggiunga il reciproco obbligo di informativa e di trasmissione che vincola tra loro le autorità competenti, l’una nei confronti dell’altra, mediante il quale di fatto l’apertura di un procedimento – sia esso amministrativo o penale – comporta inevitabilmente l’apertura di quello per il corrispondente reato ovvero illecito amministrativo<sup>61</sup>.

Quanto poi alla connessione tra procedimenti, il legislatore ha previsto un meccanismo di coordinamento tra gli stessi anche sotto il profilo della acquisizione e della valutazione degli elementi probatori, regolando espressamente anche lo scambio di informazioni da parte della CONSOB, e di documenti, dati e notizie acquisiti dalla Guardia di Finanza<sup>62</sup>.

Infine, gli obiettivi perseguiti dai due procedimenti vengono considerati dalla giurisprudenza come eterogenei, tenuto conto che “scopo delle sanzioni amministrative è quello di incoraggiare i soggetti destinatari della sanzione a rispettare il loro dovere di fornire informazioni complete e corrette e di rafforzare le fondamenta del sistema fiscale nazionale, condizione preliminare per il funzionamento dello Stato e quindi per il funzionamento della società; la sanzione penale rappresenta, invece, il ‘castigo’ che lo Stato infligge a un soggetto che abbia commesso un reato e tende non solo a reprimere un fatto reato commesso, ma ad impedire che quel determinato individuo non commetta più reati in futuro”<sup>63</sup>.

Sotto quest’ultimo profilo, simile posizione in realtà non convince affatto. Appare contraddittorio, da un lato, rivendicare una finalità differente delle sanzioni amministrative ai fini di differenziarne gli obiettivi e riconoscere la sussistenza dell’indice di complementarità dei procedimenti e, dall’altro lato, attribuire invece in modo acclarato a tali sanzioni natura sostanzialmente penale, con conseguente applicazione a tali illeciti dei principi fondamentali del diritto penale, proprio tramite l’utilizzo del fondamentale criterio dell’afflittività della sanzione stessa. Non vi è dubbio alcuno, infatti, che gli illeciti amministrativi in questione debbano essere ricondotti nell’alveo della caotica “*matière pénale*”, la cui

60. Tra le varie, Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564, testo disponibile al sito [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), §22.

61. Ci si riferisce all’obbligo di informativa senza ritardo da parte del PM nei confronti della Consob e a quello di trasmettere relazione motivata da parte della Consob al PM previsto dall’art. 187-*quinquiesdecies* TUF.

62. Il riferimento evidentemente va agli artt. 187-*decies*, e 187-*octies* e 187-*undecies* TUF. Sul punto, si veda la sentenza *Chiarion Casoni* (Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, testo disponibile al sito [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org)) che si sofferma su tale aspetto della connessione tra procedimenti, ricordando appunto la disciplina prevista a tali articoli.

63. Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564, cit. Nello stesso senso, Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, cit., e Cass. pen., sez. V, 09 novembre 2018, n. 5679, testo disponibile al sito [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) [consultato il 7 ottobre 2023].

continua estensione a dismisura da parte della Corte EDU, così come dalla Corte di Giustizia, ha seguito a fagocitare al suo interno le più svariate misure formalmente qualificate come non penali<sup>64</sup>.

In questo senso, allora, bisognerebbe coerentemente prendere atto che proprio in ragione della afflittività che le caratterizza e che costituisce criterio principale per individuare l'appartenenza alla "*matière pénale*", anche le sanzioni formalmente amministrative perseguono esse stesse quelle finalità repressive e preventive (general-preventive e special-preventive) tipiche della sanzione penale.

Anche in relazione alla connessione temporale, infine, la stessa non viene particolarmente indagata in giurisprudenza quale elemento dirimente, ma ciò si verifica anche in ragione del fatto che frequentemente i due procedimenti si aprono ed evolvono ravvicinatamente tra loro, anche in considerazione del reciproco obbligo di informativa tra autorità procedenti<sup>65</sup>.

In definitiva, in tema di abusi di mercato è sul fronte della proporzionalità che sta o cade la connessione sostanziale tra procedimenti e – di conseguenza – la violazione del *ne bis in idem*<sup>66</sup>.

Di fatto, è su tale criterio che le decisioni più recenti sugli abusi di mercato si sono lungamente soffermate, dimostrando come lo stesso abbia assunto concretamente il ruolo centrale nella dimensione del *ne bis in idem*.

Non vi è dubbio alcuno, sia chiaro, che il canone sia inscindibilmente legato – nella sua accezione sostanziale – alla proporzionalità, la quale peraltro gode di particolare valorizzazione in seno alla giurisprudenza costituzionale ed altresì sovranazionale, soprattutto negli ultimi anni.

Il principio, pur certamente di origine classica nel diritto penale, ha risvegliato infatti da tempo un rinnovato interesse in dottrina<sup>67</sup> e presenta plurime anime che

64. *Ex pluribus*, sul tema si veda M. Donini, L. Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2018.

65. Cfr. Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564, cit., § 22, che liquida rapidamente l'argomento temporale evidenziando la vicinanza cronologica tra l'apertura dei due procedimenti. Allo stesso modo, Cass. pen., sez. V, 09 novembre 2018, n. 5679, cit.

66. Valorizzano il ruolo assunto dalla proporzionalità in tema di *bis in idem*, tra i vari, F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 3, 2017, 1047 ss.; A. Mattarella, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, 4578 ss.; F. Mazzacava, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, 328.

67. *Ex multis*, A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2012; V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, 2013, 104 ss.; D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 2, 650 ss.; e, più recentemente, V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, 2019; G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Editoriale scientifica, 2018; N. Recchia, *Il principio*

gli attribuiscono differenti estensioni e intensità: quella del controllo sugli equilibri sanzionatori, da un lato, e sul fondamento stesso dell'incriminazione e sulla ragionevolezza, dall'altro lato.

Diverse sono le dimensioni che esso ha assunto in seno al nostro ordinamento rispetto a quelle sovranazionali. In particolare, circa queste ultime, è stato osservato che l'art. 49 della Carta sembra essere enucleato sulla falsariga della tedesca *Verhältnismäßigkeit*, alla quale è riconosciuto altresì il ruolo di criterio di valutazione della legittimità di intervento dei pubblici poteri, al fine di sottoporre al vaglio anche l'*an* della sanzione e dunque non solo il *quomodo* o il *quantum*<sup>68</sup>. In questo senso, esso assume rilievo anche in sotto-criteri quale la legittimità del mezzo e dello scopo perseguito, l'idoneità, la necessità e la adeguatezza dell'opzione penale<sup>69</sup>.

Sul punto, deve rilevarsi come in dottrina recentemente si sia avanzata la proposta di declinare la proporzionalità anche relativamente alle scelte di criminalizzazione, nella diversa veste di test in grado di effettuare un bilanciamento tra il fine legittimo perseguito nella criminalizzazione di un comportamento e il diritto di libertà costituzionale di volta in volta limitato<sup>70</sup>.

Attualmente, tuttavia, la legittimità dell'opzione penale trova internamente riferimenti concettuali diversi, quali i principi di offensività e di sussidiarietà, nei limiti in cui sono presi in considerazione dalla Consulta, mentre il criterio di proporzione è relegato al controllo sanzionatorio sulle leggi ovvero di ragionevolezza – sempre sanzionatoria – del legislatore<sup>71</sup>.

Come si diceva, la proporzionalità è tornata costantemente al vaglio della Corte Costituzionale, e, grazie alle numerose pronunce in materia, è stato possibile individuare il *fil rouge* che ne dipinge i tratti.

Per la verità, le sembianze del canone sono profondamente mutate nel tempo ed esso è stato scolpito quale traccia delimitativa della discrezionalità del legislatore in materia sanzionatoria<sup>72</sup>. In vero, seguendo le teorie di provenienza anglosassone<sup>73</sup>, sempre più è emersa l'esigenza di una proporzionalità rivolta non solo o

*di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020; F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021.

68. V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, 2012, 144 ss. In ordine al giudizio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione, ampiamente N. Recchia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 121 ss., anche per la copiosa bibliografia e giurisprudenza costituzionale d'oltralpe.

69. Ivi, cit., 145, anche per i riferimenti bibliografici, nota 417.

70. Ivi.

71. Sempre V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., 145.

72. Ampiamente F. Viganò, *La proporzionalità*, cit., 216 ss.

73. Si veda la celebre impostazione di H.L.A. Hart, *Punishment and the elimination of Responsibility*, in *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968, 159 ss. È stato

non tanto al perseguimento delle finalità della pena, ma anche, e soprattutto, alla gravità del fatto commesso<sup>74</sup>. La Consulta, così, ha progressivamente plasmato la proporzionalità<sup>75</sup>, ancorandola non solo al principio di uguaglianza, ma anche ai fondamentali paradigmi penalistici di offensività e di *extrema ratio*, nonché di personalità della responsabilità penale. Va peraltro ricordato come nell'ultimo decennio<sup>76</sup> il giudizio abbia compiuto l'importante passaggio di liberarsi della presenza del *tertium comparationis* di un'altra disposizione, a cui ancorare il giudizio per valutare ingiuste sproporzioni, imponendosi in via assoluta quale necessaria sussistenza di proporzionalità tra il fatto di reato oggetto di scrutinio e la pena<sup>77</sup>.

Sempre in argomento, peraltro, va ricordato che la Consulta<sup>78</sup> ha censurato la previsione legislativa delle pene in misura fissa, che confliggono con l'imprescindibile processo di individualizzazione in concreto della pena<sup>79</sup>, e la necessaria proporzionalità rispetto al fatto commesso<sup>80</sup>, tenuto conto della considerevole eterogeneità che intercorre tra i fatti concreti potenzialmente riferibili alle fattispecie astratte e dei differenti disvalori di cui essi sono portatori.

In qualche modo, dunque, la Corte Costituzionale ha individuato un principio (addirittura fondamentale, assoluto e non bilanciabile<sup>81</sup>) il cui statuto minimo viene identificato nella non manifesta sproporzione della pena<sup>82</sup>, solido ap-

evidenziato (sempre F. Viganò, *La proporzionalità*, cit., 121) che simile prospettiva si ritrova anche in una certa dottrina tedesca che, in questa prospettiva maggiormente rivolta al passato, parla di *Tatproportionalität* invece che di *Verhältnismäßigkeit*: T. Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, 1999, 143.

74. Si veda sempre F. Viganò, *La proporzionalità*, cit., 119.

75. Per le prime pronunce che introducono il concetto di proporzione della pena: Corte Cost. n. 50/1980; Corte Cost. n. 103/1982; Corte Cost., n. 409/1989.

76. Si introduce tale approccio già con Corte Cost. n. 343/1993.

77. A tal fine emblematica Corte Cost. n. 236/2016, in *Giur. Cost.*, 2016, 2105, con nota di V. Manes, *Proporzione senza geometrie*. Si veda anche F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 2, 2017, 61 ss. In questo senso, recentemente, anche Corte Cost. n. 40/2019.

78. Corte Cost. n. 222/2018; Corte Cost. n. 88/2019. Sul punto, A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 985 ss.

79. Sul riconoscimento della necessaria individualizzazione e differenziazione del trattamento sanzionatorio in ossequio al principio di uguaglianza e ai principi costituzionali penalistici, Corte Cost., n. 104/1968 e n. 50/1980, con nota di C.E. Paliero, *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, 726 ss.

80. Circa l'ingiustizia di un sistema a pene fisse, inevitabilmente non proporzionate al fatto, E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 3 ss.

81. F. Viganò, *La proporzionalità*, cit., 302 ss.

82. Ivi, 213 ss., si dedica all'emersione del principio di non manifesta sproporzione e richiama le note risalenti impostazioni relative all'adeguatezza della pena rispetto alla colpevolezza (C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, parte IV, Beck, 2005, § 3, nn. 44 ss.), che non si discostano molto dal concetto di pena proporzionata al reato e alla riprovevolezza della condotta come lo stesso

più per limitare le discrezionali scelte legislative in ambito sanzionatorio<sup>83</sup>. Si sarebbe così affermata la cd. versione debole del principio, quale funzione limitativa della discrezionalità del giudice, e ancor prima del legislatore, declinata nella variante di imposizione di un mero limite massimo della pena (e non minimo per considerazioni preventive)<sup>84</sup>, diversa da quella versione cd. forte intesa come vincolo per il giudice e per il legislatore di addivenire alla pena proporzionata<sup>85</sup>.

Quanto ai suoi confini, il principio trova per certo espressione nei confronti dell'intero sistema punitivo e non solo di quello penale in senso stretto<sup>86</sup>. Anche ove si ritenesse che l'inclusione nella controversa "matière penale" non implichi automaticamente l'applicazione di tutte le garanzie nazionali di rango costituzionale poste a presidio nel sistema penalistico più intimamente connesso alla logica della pena privativa della libertà personale<sup>87</sup>, la proporzionalità rientra comunque tra le garanzie convenzionali di tipo penale riferibili in via generale al sistema punitivo, come da tempo ribadito dalla Corte EDU.

Sebbene la crescente attenzione dedicata alla proporzionalità abbia dunque consentito di tratteggiarne alcune linee di demarcazione, essa permane tuttavia principio dai tratti incerti e del tutto ondivaghi. D'altronde, come a più riprese è stato affermato, il canone si presenta necessariamente alla ricerca di un paradigma che ne definisca il contenuto, di per sé mancante, trattandosi di una regola vuota ed intrinsecamente relativistica<sup>88</sup>. Sul versante sanzionatorio, in effetti, il parame-

autore ha riconosciuto (Id., *Prevention, Censure and Responsibility: the recent debate on the Purposes of Punishment*, in *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Bloomsbury, 2014, 33). Sul punto, anche G. Ruggiero, *La proporzionalità*, cit., 201 ss.

83. Principio non fondante ma delimitativo del sistema sanzionatorio: M. Donini, Septies in idem. *Dalla materia penale alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. Pen.*, 8, 2018, 2297 ss.

84. In questo senso, già E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, CEDAM, 1979, 179 ss.; D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 651.

85. Ampiamente F. Viganò, *La proporzionalità*, cit., 215-216, che specifica come il compito sia quello di evitare appunto pene chiaramente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto.

86. Si pensi a Corte Cost. n. 88/2019, che ha dichiarato illegittima la sospensione automatica della patente di guida. Recentemente anche rispetto a misure appartenenti al medesimo binario sanzionatorio, Corte Cost., n. 112/2019, in materia di *insider trading*, su cui V. Mongillo, *Confisca pro-teiforme e nuove frontiere della ragionevolezza. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. Cost.*, 2019, 3343 ss., che evidenzia l'importanza di tale nuovo approccio riferito a una risposta sanzionatoria complessiva per misure appartenenti al medesimo binario sanzionatorio (amministrativo).

87. Come sembrano sostenere in alcuni passaggi Corte Cost. nn. 112/2019, 109/2017 e 281/2013, in linea con la tesi dei "cerchi concentrici" di F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, testo disponibile al sito: [archiviodpc.dirittopenaleuemo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuemo.org), 5 aprile 2017. Sul punto anche V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 1004 ss.

88. M. Donini, Septies in idem. *Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, cit., 2299.



tro è tenuto a misurarsi con l'inafferrabile tema della commisurazione della pena, la quale aumenta inevitabilmente il tasso di intuitività che lo caratterizza<sup>89</sup>. Ineliminabile permane dunque la cifra di indeterminatezza e di vaghezza che contraddistingue la proporzionalità<sup>90</sup>.

In questa sede merita un'ultima riflessione, infine, proprio la rilevanza di cui gode la proporzionalità a livello sovranazionale, vista altresì la particolare attenzione dedicata dalla giurisprudenza al tema, nazionale e sovranazionale. Il diverso portato che essa assume nella prospettiva eurounitaria, infatti, può risultare assai interessante proprio ai fini della *vexata quaestio* del *ne bis in idem*. Giova porsi allora il quesito se, quanto meno ai fini dell'indagine in argomento, il criterio possa acquisire una differente dimensione anche internamente, di potenziamento della propria garanzia<sup>91</sup>.

Tale passaggio potrebbe avvenire sulla base di quanto recentemente riconosciuto, d'altro canto, dalla Corte di Giustizia, che ha affermato espressamente la applicazione diretta – e la conseguente disapplicazione delle norme interne – in materia di proporzionalità<sup>92</sup>. Si tratta di un'importante decisione che, peraltro, supera le proprie precedenti affermazioni, di segno del tutto contrario<sup>93</sup>. Tale punto di arrivo rappresenta una svolta importante, quanto meno nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, tenuto conto che, in questo modo, il parametro europeo di cui all'art. 49 § 3 della Carta diviene esso stesso immediatamente rilevante, rispetto alla fase precedente in cui la proporzionalità, priva di efficacia diretta, doveva necessariamente essere veicolata tramite l'art. 50 della Carta, a cui già era stata riconosciuta efficacia diretta.

89. F. Coppola, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione" dal confronto con il Sentencing system inglese*, in *Arch. pen. online*, 3, 2018, 12.

90. Sempre M. Donini, *Septies in idem*, cit., aggiunge: "Non si pensi che la proporzione, che è vuota di contenuti ed ha preteso di fondare per secoli la pena retributiva come raddoppio del male (...) sia un criterio scientifico solo perché costituzionalmente ancorato a livello nazionale e internazionale. Certo è più argomentabile di una ragionevolezza priva di un *tertium comparationis* ancorata a certezze intuitive, ma in ogni caso resta anch'essa un parametro ad applicazione molto contingente e relativistica, la cui politicità è meno pronunciata di criteri di scopo là dove sia fondato su scale almeno anche quantitative".

91. Come noto d'altronde l'art. 53 CEDU e l'art. 53 della Carta impongono entrambi che la tutela dei principi affermati dalle stesse mai possa essere limitativa ma solo di potenziamento della tutela dei diritti fondamentali rispetto a quella assicurata dagli Stati.

92. Corte Giustizia UE, GS, 08 marzo 2022, NE, C-205/20, con nota di F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022, che esprime alcune considerazioni e caute perplessità su tale rivoluzionaria affermazione e le possibili conseguenze della stessa sui principi di legalità e di certezza del diritto.

93. Corte Giustizia UE, sez. V, 04 ottobre 2018, *Link Logistics*, C-384/17.

Certamente, a prima vista, tale decisione si inserisce nel percorso di progressivo potenziamento, da una parte, della proporzionalità – ora anche direttamente applicabile per via autonoma – e di contestuale indebolimento – dall'altra parte – del *ne bis in idem*, sempre più sfuocato e flebile. In tema sanzionatorio, dunque, i giudici domestici ora possono ricorrere direttamente all'art. 49 § 3 della Carta senza neppur effettuare più quel passaggio attraverso l'art. 50 della Carta, a sua volta costretto ormai esclusivamente in un mero giudizio di proporzionalità<sup>94</sup>. Simile conseguenza, immediatamente percepibile, si inserisce così pienamente in un orizzonte in cui il *ne bis in idem* non riesce a trovare più una sua precisa portata precettiva, fagocitato nel solo ruolo di moderatore degli eccessi sanzionatori.

Ad una più attenta riflessione, tuttavia, a questo punto il sempre più solido principio di proporzionalità è in grado di assumere un ruolo essenziale e costituire lui stesso il grimaldello per un cambio di passo, anche in seno al *ne bis in idem* e alle sue ormai dimenticate ambizioni.

Insomma, una apertura della proporzionalità ad altre sue possibili differenti accezioni, non limitata esclusivamente al *quantum* sanzionatorio ma rivolta all'opzione di criminalizzazione *tout court*<sup>95</sup>, permetterebbe di attribuire anche internamente un diverso contenuto al principio, pure con riferimento al *ne bis in idem*. Esso potrebbe riacquisire altresì rilievo relativamente alla criminalizzazione, anche nella differente prospettiva della rivendicata necessità di una risoluzione astratta tra le plurime fattispecie in concorso apparente tra loro, convergenti sul medesimo fatto e a carico del medesimo soggetto<sup>96</sup>. Tale chiave di lettura di diversa matrice sancirebbe una connessione più profonda e ampia con il principio di *ne bis in idem* a un livello anteriore rispetto a quello sanzionatorio.

Si tratta tuttavia di un mero spunto di riflessione, ben lontano dall'esegesi che attualmente trova la proporzionalità nelle pronunce delle Corti domestiche e della Corte Costituzionale, limitata alla sua accezione sanzionatoria.

Ritornando dunque ai legami che avvincono proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale, quest'ultimo certamente si declina nella sua fondamentale dimensione di divieto di sproporzione sanzionatoria, che costituisce la prima istanza di stampo equitativo a cui il principio deve rispondere.

94. Similmente, J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem*, cit., 13.

95. In questo senso, in modo non lontano, si ricorda nuovamente il recente studio che propone un approfondito percorso di riferire il *proportionality test* al giudizio sulle scelte legislative di criminalizzazione, rispetto alla molto più circoscritta ampiezza attribuita dalla Consulta al tema, importando la discussione penalistica tedesca e anglosassone, di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 361.

96. In qualche modo, pur in una prospettiva differente, N. Madia, *Il ne bis in idem europeo nella sua nuova veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell'ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi*, in *Arch. pen.*, 3, 2019, 36.

Allo stesso tempo, tuttavia, il canone non può esaurirsi nella proporzionalità, come invece negli ultimi tempi sembra essere avvenuto<sup>97</sup>. Tanto più in un periodo in cui la stessa trova sempre maggiore riconoscimento quale principio di rango costituzionale, convenzionale ed eurounitario, il *ne bis in idem* finisce – altrimenti – per perdere ogni autonomia concettuale e coincidere integralmente con la proporzionalità stessa.

Esso consiste, anzi tutto, nel divieto di doppia valutazione, quale divieto di moltiplicazione di qualificazioni giuridiche tra loro in concorso apparente nei confronti dello stesso soggetto per il medesimo fatto, in una fase dunque anteriore rispetto a quella relativa agli aspetti sanzionatori. Il conflitto di norme in concorso apparente tra loro deve trovare risoluzione proprio mediante il *ne bis in idem* sostanziale, per il quale non possono essere riconosciuti a un medesimo soggetto più illeciti sostanzialmente penali per lo stesso fatto, quando uno solo di essi è in grado di esaurirne il disvalore<sup>98</sup>. Certamente, poi, sotto il profilo sanzionatorio esso si esprime altresì nel divieto di sproporzione sanzionatoria, che tuttavia né coincide integralmente con il – né trova fondamento nel – *bis in idem*, in quanto quest'ultimo costituisce di per se stesso principio con un proprio portato precettivo, di rango costituzionale e tutelato anche a livello sovranazionale<sup>99</sup>.

Per quanto si auspicasse – e si continua ad auspicare – che il canone trovasse una lettura ermeneutica rivolta alla sua veste sostanziale, si deve in realtà prendere atto che la metamorfosi intervenuta negli anni da parte della giurisprudenza sovranazionale non ha affatto compiuto un passaggio dall'anima processuale a quella sostanziale del divieto, quanto piuttosto ha attuato una relativizzazione del

97. Sottolinea come il *ne bis in idem* sia divenuta mera espressione della proporzionalità di cui all'art. 49 § 3 della Carta, N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it) [consultato il 7 ottobre 2023], 22 marzo 2018.

98. La tesi appena esposta in testo, sia chiaro, non sta certamente a significare che sia la proporzionalità, né la sua lettura a livello eurounitario, a fondare il *ne bis in idem* sostanziale così come lo si va declinando (né si ritiene di condividere simile affermazione). Né tanto meno si sta sostenendo che tale lettura sia suggerita, o addirittura imposta, dalle Corti sovranazionali o domestiche, come in più punti sostiene L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, 2022, 198 note 269 e 200; e Id., *Anatomia del ne bis in idem*, cit., 122-123 e nota 181, secondo cui si sarebbe asserito che la valorizzazione dei criteri valoriali sarebbe stata imposta dalle Corti europee. Invero, sono per l'appunto le posizioni – opposte – delle Corti europee ad aver sollecitato i propri rilievi critici e le proprie differenti letture qui brevemente in testo riportate, non certo sorrette o dettate dalle interpretazioni della giurisprudenza, quanto invece alternative alle stesse. E, sempre in questo senso, va rimarcato che la prospettiva che si sta seguendo è addirittura del tutto inversa: non è la proporzionalità a legittimare la regola che vieta la previsione in astratto di più sanzioni sul medesimo fatto (sempre Id., *Anatomia del ne bis in idem*, cit., 127), quanto appunto il canone di *ne bis in idem* sostanziale.

99. In ordine a detti aspetti, per maggiori approfondimenti su tale ricostruzione quale principio costituzionale inespreso, sia consentito il rinvio a C. Silva, *Sistemi punitivi*, cit., 173 ss.

principio processuale all'interno del quale si è innestata una accezione – sostanziale sì – ma esclusivamente limitata al principio di proporzionalità<sup>100</sup>.

A questo punto, pare sempre più inutile voler far coincidere la proporzionalità con il principio di *ne bis in idem* sostanziale, poiché converrebbe semplicemente riconoscere la indipendente rilevanza, costituzionale e sovranazionale, del principio di proporzionalità. Varrebbe la pena, quindi, limitarsi alla sola verifica del parametro di proporzionalità in quanto tale, senza nemmeno scomodare il *ne bis in idem* sostanziale.

Se questo è il confuso e nebuloso contenuto assunto da un canone a cui è stata attribuita una sfuocata struttura bifronte, allora, prendendo le mosse dalla recente riaffermazione della collocazione processuale del *ne bis in idem* operata dalla Consulta<sup>101</sup>, converrebbe davvero considerare la proporzionalità, da un lato e, separatamente, da un altro lato, il principio di *ne bis in idem* nella sua sola identità processuale.

La precedente versione “assoluta” del canone, meramente processuale, ne sanciva una maggiore solidità garantistica, ancorché foriera di molteplici complessità interpretative e applicative, rispetto all'attuale scelta di compromesso da un contorno a tal punto ridimensionato, oltre che incerto e farraginoso. Le ibridazioni compiute finiscono solo per slabbrare e confondere i confini del principio, che – cercando di fargli coprire al contempo sia il versante processuale che quello sostanziale – non fanno altro in realtà che frustrare le ambizioni di entrambi.

## **5. Il giudizio di ri-proporzione nelle pronunce in materia di abusi di mercato**

Alla luce delle considerazioni finora svolte, la disamina della giurisprudenza nel settore degli abusi di mercato consente di verificare, in conclusione, come la proporzionalità sanzionatoria costituisca criterio assai labile e oscillante, rimesso al giudice che, di volta in volta, dovrà vagliarne il rispetto sulla base del fatto concreto<sup>102</sup>.

Evidentemente, il giudizio di proporzionalità è ontologicamente discreziona-

100. Similmente, N. Recchia, *Note minime*, cit.

101. Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, cit.

102. In tema di *ne bis in idem* – in specie proporzionalità – e abusi di mercato, si veda Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829; Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869; Cass. pen., sez. V, 09 novembre 2018, n. 5679; Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999; Cass. pen., sez. V, 09 gennaio 2020, n. 397; Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2021, n. 31507; Cass. pen., sez. V, 07 settembre 2021, n. 3555; e nella giurisprudenza civile, Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564; Cass. civ., sez. II, 06 dicembre 2018, n. 31632, Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2019, n. 33426.

le ed è di per sé criterio che si palesa come intuizionistico, privo di elementi in base ai quali tradurre aritmeticamente il reato in pena<sup>103</sup>. La conversione inevitabilmente risulta presuntiva, in assenza di strumenti che ne consentano la misurazione matematica.

In questo modo, il ruolo preponderante assegnato alla proporzione nell'ambito del *ne bis in idem* impedisce di giungere a una risposta univoca in relazione alla disciplina degli abusi di mercato, che – in questa soluzione di compromesso – resta astrattamente ammissibile nonostante lo schema del doppio binario, nella misura in cui in concreto le sanzioni vengano ritenute proporzionate.

Peraltro, non è attualmente così facilmente determinabile a chi spetti tale valutazione, se al giudice del rinvio<sup>104</sup> ovvero alla Cassazione stessa.

Nelle più recenti pronunce in tema di abusi di mercato, infatti, la Corte ha affermato di poter essa stessa giudicare nel merito la proporzionalità complessiva qualora ciò non richieda un ulteriore esame del fatto<sup>105</sup> e così, di caso in caso, ha valutato se rinviare al giudice di merito – in quanto la valutazione della proporzionalità implicava un riesame del fatto – ovvero se occuparsi essa stessa di tale parametro.

Ebbene, la giurisprudenza interna, dopo il caso *A e B* e le tre celebri pronunce “gemelle” della Corte di Giustizia, è tornata a occuparsi di abusi di mercato, anche con alcune importanti decisioni della Corte di Cassazione. In particolare, si sono ampiamente soffermate sul problema sin da subito le decisioni *Garlsson* (dopo la lunghissima e complessa vicenda processuale che l'ha riguardata), *Franconi* ed *Erbetta* per le manipolazioni di mercato, e la decisione *Chiarion Casoni* per l'abuso di informazioni privilegiate. Si tratta di quelle sentenze che per prime si sono soffermate ampiamente sul tema della proporzionalità, assegnandole il ruolo di elemento cardine nella tutela del *ne bis in idem* in materia finanziaria, gradualmente ampliando i confini del suo giudizio – con conseguente sempre maggiore discrezionalità attribuita al giudice –, fino al punto di consentirgli di travalicare i minimi edittali previsti per gli illeciti di *insider trading* e *market abuse*, con il pesante rischio di frustrare il principio di legalità e i suoi corollari.

Dopo l'importante decisione della Corte di Giustizia, per l'appunto sul caso

103. Sul punto, L. Bin, *Unità e pluralità di reati*, cit., 201 ss. E, circa valutazioni “relazionali”, F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., 171 ss.

104. Così in *primis* Corte EDU, GS, 20 marzo 2018, *Garlsson*, cit., §§ 57 ss.; e poi – in relazione alla medesima vicenda – Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564, cit., §§ 21.1.

105. In questi termini, Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, con nota di F. Boncompagni, *Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 398 ss., e di F. Mucciarelli, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e proporzionalità*, testo disponibile al sito: [archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 17 ottobre 2018.

*Garlsson*, che aveva in definitiva ritenuto la disciplina italiana non rispettosa del principio di *ne bis in idem* per come interpretato in sede eurounitaria, proprio sulla base del meccanismo di compensazione di cui all'art. 187-*terdecies* TUF, inidoneo ad assicurare la proporzione sanzionatoria complessiva<sup>106</sup>, la Cassazione infatti ha rinviato alla Corte di Appello di Roma per una valutazione nel merito della congruità della doppia sanzione, pur riconoscendo che nelle more la riforma del 2018 ha reso lo scorporo di cui all'art. 187-*terdecies* TUF molto più adeguato rispetto al passato.

Tanto premesso, la Corte – ritenendo di non poter compiere tale valutazione di merito – si è allineata sostanzialmente a quanto riconosciuto dalla Corte di Lussemburgo e ha lasciato al giudice del rinvio – senza alcuna indicazione tuttavia sui criteri in base al quale questi debba muoversi nella valutazione di adeguatezza e di proporzionalità – il compito di valutare il *quantum* della sanzione amministrativa (essendo in quel caso divenuta definitiva precedentemente la sentenza penale), lasciandogli la possibilità di confermarla, annullarla ovvero ridurla per ricondurre la condanna complessivamente considerata nei limiti di efficacia, proporzionalità e dissuasività<sup>107</sup>.

Viceversa nel caso *Franconi*<sup>108</sup> ed *Erbetta*<sup>109</sup>, come valorizzato dalla Corte, il problema si era posto in modo inverso rispetto al precedente, in quanto il procedimento amministrativo era stato concluso per primo.

Nella decisione *Franconi*, in particolare, la Corte – procedendo essa stessa con tale giudizio, ha riconosciuto il rispetto della proporzionalità nel cumulo delle sanzioni rispetto alla gravità dei fatti addebitati. Essa ha evidenziato che grazie al meccanismo di compensazione comunque le multe inflitte in sede penale agli imputati non sarebbero state esatte in quanto esse erano inferiori rispetto a quelle di cui all'art. 187-*ter* TUF incamerate dall'autorità amministrativa. Ciò nonostante, come si diceva, restava il cumulo della sanzione amministrativa con quella de-

106. Corte EDU, GS, 20 marzo 2018, *Garlsson*, cit., § 60.

107. Sempre relativamente alle ipotesi – più rara – in cui sia il procedimento penale ad essersi concluso per primo, circa la giurisprudenza della Cassazione civile, oltre alla fondamentale decisione già citata si ricorda Cass. civ., sez. II, 06 dicembre 2018, n. 31632, relativamente al caso *Di Puma e Zecca* di cui alla pronuncia della Corte di Giustizia, secondo cui non è compatibile con il principio di *ne bis in idem* l'instaurazione o la prosecuzione di un procedimento amministrativo per l'illecito di cui all'art. 187-*bis* TUF se l'imputato è stato definitivamente assolto con formula piena per il delitto corrispondente di cui all'art. 184 TUF. Viceversa, ove ci sia stato un giudicato penale di condanna, riconosce la necessità di rivalutare la proporzionalità complessiva Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2019, n. 33426. Sul tema, A. Scarpa, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) [consultato il 7 ottobre 2023].

108. Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, cit., § 7.

109. Cass. pen., sez. V, 09 novembre 2018, n. 5679, cit.

tentiva, oltre alle pene accessorie interdittive di cui all'art. 186 TUF e delle sanzioni amministrative accessorie *ex art. 187-quater* TUF.

La valutazione proposta dalla Cassazione, tuttavia, è consistita nell'attribuire rilievo al fatto che le sanzioni irrogate si assestassero tutte al di sotto dei massimi edittali previsti dalla disciplina vigente per cui, alla luce della incidenza delle attività degli imputati sul prezzo del titolo e della sua protrazione nel tempo, la sola sanzione penale inflitta non sarebbe risultata idonea a reprimere il delitto in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva.

Rispetto a quest'ordine di ragionamenti, l'ulteriore passaggio compiuto dalla giurisprudenza, e chiarito con la successiva sentenza *Chiarion Casoni*<sup>110</sup>, è stato quello dell'applicazione diretta del principio di *ne bis in idem* e la conseguente disapplicazione della norma interna ad esso incompatibile. In pratica, nella decisione si afferma che il giudice deve valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello "formalmente" amministrativo) e in particolare agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato (anche sotto il profilo dell'incidenza del fatto sull'integrità dei mercati finanziari e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari) tenendo conto dello scomputo regolato all'art. 187-*terdecies* TUF. Tuttavia, a ciò si aggiunge la possibilità per il giudice di travalicare il dettato legislativo, nell'ipotesi in cui ritenga violato il vincolo di proporzionalità e dunque il *ne bis in idem*, mediante applicazione diretta del principio di cui all'art. 50 della Carta. Lo strumento individuato, sulla scorta delle pronunce della Corte di Giustizia, è dunque quello della disapplicazione – *in mitius* – delle norme interne che definiscono il trattamento sanzionatorio. In questo modo, viene consentito al giudice di disapplicare il limite edittale minimo stabilito dal legislatore e di rideterminare la pena.

Ecco che la nuova dimensione multiforme del giudizio di proporzionalità è andata mano a mano espandendosi fino a divenire strumento di ri-commisurazione della sanzione "globale", sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p., considerando unitamente le sanzioni pecuniarie penali e amministrative (soggette ai limiti esattivi di cui all'art. 187-*terdecies* TUF), senza più neppure il limite della forbice edittale, quanto meno nel suo minimo.

Le pronunce *Chiarion Casoni* ed *Erbetta*, l'una sull'abuso di informazioni privilegiate e l'altra sulle manipolazioni di mercato, hanno espressamente sostenuto che esiste addirittura l'ipotesi di disapplicazione *in toto* della norma penale – ovviamente solo nel caso in cui sia divenuta per prima definitiva la sanzione amministrativa. Si tratta di un caso che viene definito come eccezionale, al di fuo-

110. Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, cit.

ri del quale è comunque consentita la disapplicazione *in mitius* della norma penale con deroga al limite edittale, fermo comunque quello inderogabile di cui all'art. 23 c.p.

Tale riconoscimento, per la verità, meriterebbe un ulteriore approfondimento. Se le decisioni che hanno incidentalmente affermato tale possibilità l'hanno però relegata a specifici casi-limite<sup>111</sup>, in occasioni successive è invece stato specificato, in modo assai interessante, che tale eventualità non deve considerarsi affatto “relegata entro ambiti paradossali e che, proprio in una materia come quella degli abusi di mercato, in cui l'apparato sanzionatorio penale fa spesso eco alla severità draconiana delle sanzioni amministrative per prime inflitte, il giudice di merito – o quello di legittimità (...) ha il dovere, nella valutazione dell'afflittività complessiva della sanzione ‘integrata’, di spingersi oltre la verifica meramente quantitativa o legata alle pur evidenti e pressanti ragioni di tutela dell'interesse generale alla trasparenza ed integrità dei mercati e, con essi, dei sistemi economici, valorizzando parimenti quelle esigenze di garanzia individuale delle quali le Corti Europee lo hanno eletto primo custode”<sup>112</sup>.

In questa diversa prospettiva, meriterebbe meglio indagare il contenuto di tale potere di disapplicazione *in toto*, e dunque quale estensione concretamente essa possa trovare.

In ogni caso, a prescindere da tale aspetto relativo alla totalità o alla parzialità della disapplicazione, la Suprema Corte è ben consapevole di quella che potrebbe essere l'obiezione mossa alla propria interpretazione e si sofferma lungamente nella decisione *Chiarion Casoni* sul profilo della possibile violazione da parte di

111. Ossia quei casi “in cui la sanzione amministrativa – evidentemente attestata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di consistente gravità – risponda, da sola, al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti”. Principio così richiamato anche in Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, § 7, cit.

112. Così sempre Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, § 8, cit. La stessa aggiunge infatti che “al giudice penale non devono essere di ostacolo né il principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*, che non può operare come una sorta di generalizzata preclusione al “recepimento”, nell'ordinamento interno, della riconducibilità nel *genus* della sanzione penale, così come delineato dalla CEDU, di sanzioni formalmente non qualificate come tali, né il già evocato criterio di legalità sulle cui basi si fonda la teoria dell'illecito penale nel nostro ordinamento, che pure non può essere invocato per giustificare una indiscriminata preclusione alla conformazione del diritto interno al diritto dell'Unione Europea in materia penale (cfr., per tale impostazione, la sentenza Chiarion citata). Si rammenti, altresì, che la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 48 del 2017, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui l'art. 11 Cost. impone al giudice nazionale di dare piena e immediata attuazione alle norme dell'Unione Europea provviste di efficacia diretta e non applicare, in tutto o anche solo in parte, le norme interne ritenute con esse inconciliabili, fatti salvi i limiti del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, certamente salvaguardati dall'assetto del *ne bis in idem* e dei compiti di accertamento riconosciuti al giudice penale”.



tale soluzione del principio di legalità, con argomentazioni poi riprese anche da sentenze successive<sup>113</sup>.

La Corte nega vigorosamente che la legalità possa essere invocata per giustificare una preclusione alla conformazione del diritto interno al diritto dell'Unione europea, richiamando in questo senso le varie decisioni della Corte di Lussemburgo e della Corte Costituzionale in punto di legalità<sup>114</sup>. In base all'ormai nota "regola Taricco", secondo cui l'obbligo di disapplicazione verrebbe meno per il giudice solo ove ciò comporti la violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato, la Cassazione esclude che ciò si realizzi nel caso in esame, in quanto né vi sarebbe applicazione retroattiva di norma penale più severa né e soprattutto le valutazioni in tema di proporzionalità del trattamento sanzionatorio possono considerarsi non sufficientemente determinate<sup>115</sup>.

Proprio tale ultima considerazione, tuttavia, solleva non poche perplessità, in quanto la valutazione assegnata al giudice appare deficitaria per l'appunto in termini di determinatezza.

Sulla scorta del potere di "riaggiustamento" in concreto della sproporzione complessiva consegnato in via diffusa al giudice, deve richiamarsi l'importante pronuncia del Tribunale di Milano<sup>116</sup>. In applicazione di quanto affermato dalla Suprema Corte, è giunto a ritenere *ex art. 133 c.p.* di dover fissare nel minimo edittale la pena per il delitto di manipolazioni di mercato, ma – essendosi già concluso in precedenza il procedimento amministrativo – di non dover applicare la pena pecuniaria *ex art. 187-terdecies TUF*, visto che la sanzione amministrativa già irrevocabilmente irrogata risultava decisamente superiore rispetto alla pena pecuniaria, e al contempo di dover disapplicare il minimo edittale previsto *ex art. 185 TUF* per la reclusione. In buona sostanza, i giudici di merito hanno valutato la sanzione amministrativa inflitta eccedente rispetto a quella che ritenevano di dover irrogare e – per questo –, preso atto dell'inadeguatezza del meccanismo compensativo anche così come nel frattempo modificato, hanno proceduto con un ragguglio *ex art. 135 c.p.* della parte della sanzione pecuniaria in esubero, al fine di valutare la reale afflittività della sanzione. In definitiva, convertendo la san-

113. Si veda ad esempio la conforme Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, § 8, cit.

114. Così, Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, cit., §11.4.

115. *Ibidem*.

116. Trib. Milano, sez. III pen., 15 novembre 2018, n. 14767, con nota di F. Mucciarelli, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 15 marzo 2019.

zione pecuniaria in detentiva, la reclusione è stata ridotta di otto mesi (pari alla corrispondente cifra “eccedente” rispetto alla pena pecuniaria ritenuta congrua) rispetto al minimo edittale stabilito *ex lege*. È divenuto dunque l’art. 135 c.p. lo strumento mediante il quale, secondo il Tribunale, sarebbe possibile coordinare sanzioni tra loro eterogenee, nel tentativo di colmare il vuoto normativo, che permane anche dopo l’intervento legislativo del 2018.

A dimostrazione del sindacato diffuso ormai affermatosi in tema di *bis in idem*, ancorché in diverso settore, si richiama il recente decreto di archiviazione della Procura della Repubblica di Milano, nel quale si dispone l’archiviazione del procedimento a carico dell’ente *ex d.lgs. 231/2001*, in quanto una prosecuzione dello stesso avrebbe potuto sfociare in una sproporzione sanzionatoria, tenuto conto che le sanzioni tributarie già irrogate nei confronti dell’ente e le attività “riparative” realizzate nel frattempo dalla società avrebbero reso ulteriori irrogazioni sanzionatorie sproporzionate rispetto ai fatti. Nel settore della responsabilità dell’ente e della materia tributaria, pertanto, il provvedimento ripercorre la posizione della Consulta in punto di proporzionalità e di *ne bis in idem*, oltre che le decisioni appunto relative agli abusi di mercato, a fondamento della propria decisione<sup>117</sup>. Tale decreto, ancorché in altro ambito (altrettanto critico in tema di *bis in idem*), dimostra concretamente l’insidiosità di un sindacato diffuso, privo peraltro di alcuna precisa coordinata, che determina una estrema incertezza applicativa del principio e una oscillabilità tale da permettere un ventaglio di alternative applicative che spaziano dal negare la sproporzione sanzionatoria fino a incidere significativamente sul dettato normativo mediante la disapplicazione, allo scopo di riottenere un completo equilibrio sanzionatorio<sup>118</sup>.

A fronte dell’insufficiente riscrittura dell’art. 187-*terdecies* TUF, dunque, l’ampia discrezionalità dell’apprezzamento giudiziale, così come riconosciuto dalla Suprema Corte, è in grado di determinare esiti in termini sanzionatori che possono sostanzialmente variare dal cumulo delle sanzioni (detentiva e pecuniaria per come ovviamente “compensata” *ex art. 187-terdecies* TUF) – ove si reputi la sanzione complessiva amministrativa e penale concretamente proporzionata al fatto – fino alla disapplicazione non solo della sanzione pecuniaria ma anche delle altre conseguenze sanzionatorie, travalicando i limiti previsti dalla norma. E ciò, va ribadito, in assenza di regole vincolanti per il giudice che dovrà muover-

117. Procura di Milano, decreto di archiviazione, 09 novembre 2022, con commento di F. Mucciarelli, *Ne bis in idem, sanzioni tributarie e responsabilità dell’ente*, in *Sist. pen.*, 25 novembre 2022.

118. Proprio in ordine a tale provvedimento, M. Scoletta, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022, che rileva i profondi limiti di tale sindacato diffuso – addirittura da parte della magistratura requirente –, che colpisce i postulati classici della legalità penale.

si tramite una sorta di “allargamento”<sup>119</sup> dei criteri di cui all’art. 133 c.p. con un intuitivo (pre-) giudizio di proporzionalità, sprovvisto di parametri aritmetici. Il sindacato diffuso sul *ne bis in idem* resta privo dei limiti della cornice edittale e diviene capace di adattarsi integralmente – ed esclusivamente – al contesto della vicenda concreta<sup>120</sup>.

In questi termini può dirsi ormai convergente la giurisprudenza in ordine alla necessità di superare i limiti del meccanismo di scomputo di cui all’art. 187-*terdecies* TUF, e di rimodulare il trattamento sanzionatorio con una verifica complessiva di tutte le conseguenze sanzionatorie, comprese quelle accessorie e la confisca, rispetto alla quale è stato riconosciuto che dovrà tenersi conto della necessità di ottenere un risultato sanzionatorio che complessivamente non esorbiti da criteri di ragionevolezza e sproporzione rispetto al disvalore in sé del fatto, avuto riguardo in special modo alla porzione confiscata riferita al capitale investito<sup>121</sup>.

Il richiamo condiviso – di conseguenza – è divenuto anche nelle pronunce successive quello ai parametri normativi di cui all’art. 133 c.p., mediante i quali sarebbe possibile svolgere il giudizio di “ri-proporzione” della sanzione complessiva con una valutazione globale del rapporto tra afflittività della sanzione integra e disvalore del fatto commesso, allargando ovviamente l’oggetto di valutazione degli stessi sia sotto il profilo sanzionatorio – questa volta integrato – che sotto quello del fatto – penale e “formalmente” amministrativo<sup>122</sup>.

119. Così testualmente, Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 29869, cit., § 10, secondo cui “l’apprrezzamento (...) è sostanzialmente affine alle valutazioni sottese ai parametri commisurativi di cui all’art. 133 cod. pen., determinando, rispetto ad essi, un ‘allargamento’ dell’oggetto di tali valutazioni, che, per un verso, devono essere estese al trattamento sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e, per altro verso, devono investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti (quello penale e quello ‘formalmente’ amministrativo)”.

120. In ordine ai rischi dell’apertura a un controllo diffuso, e ai margini di valutazioni assiologiche che sarebbero invece rimesse al controllo accentrato di legittimità, V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., 87.

121. Così Cass. pen., 15 aprile 2019, n. 39999, § 8, cit., con nota di C. Pagella, *L’inafferrabile concetto di “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”: la Cassazione ancora su ne bis in idem e insider trading*, in *Sist. pen.*, 9 gennaio 2020.

122. Così appunto Cass. pen., 15 aprile 2019, n. 39999, § 8, cit. Sempre con riferimento all’art. 133 c.p., Corte app. Milano, 15 gennaio 2019, n. 284, § 4.1., con nota di C. Pagella, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell’insider di sé stesso: la Corte d’Appello di Milano sul caso Cremonini*. Nei medesimi termini, successivamente, Cass. pen., sez. V, 7 settembre 2021, n. 3555, in *Giur. pen. web*, 1, 2023, che ripropone integralmente tutti i passaggi argomentativi delle pronunce sopra citate con riferimento a tutti gli aspetti fin qui esaminati, ivi compreso il riferimento all’art. 133 c.p. e all’ampliamento dell’oggetto di tali valutazioni.

In definitiva, quindi, sia per l'*insider trading* che per il *market abuse* la soluzione individuata dalla giurisprudenza, e ormai condivisa, è quella di procedere con la disapplicazione dei limiti edittali minimi dell'illecito penale – se si tratta del caso, peraltro più frequente, in cui per primo si sia concluso il procedimento amministrativo –, qualora il giudice rilevi concretamente una sproporzione sanzionatoria complessiva, così supplendo al riconosciuto limite dell'art. 187-*terdecies* TUF anche nella versione riscritta con la riforma del 2018. In tal modo, mediante l'applicazione diretta del principio di cui all'art. 50 della Carta, ribadita dalla Corte di Giustizia, sarebbe possibile mantenere il difficile equilibrio tra il doppio binario vigente e il *ne bis in idem* così come ormai interpretato dalla giurisprudenza.

Di fronte all'evidente insufficienza della disciplina dell'art. 187-*terdecies* TUF, si deve riconoscere il grande sforzo profuso in argomento dai giudici interni, che si sono trovati a dover colmare le carenze normative, mediante un'interpretazione integrativa in conformità alle acquisizioni continentali<sup>123</sup>.

Pur nella consapevolezza dei rischi a cui simile interpretazione espone la legalità, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che nell'attuale quadro normativo l'assetto indicato rappresenta una soluzione obbligata al fine di individuare il necessario punto di equilibrio tra le istanze, costituzionalmente protette, sottese al principio di legalità e, segnatamente, alla determinatezza della disciplina penale, così da escludere che al giudice penale possano essere assegnati inammissibili "obiettivi di scopo" (...), e il recepimento delle garanzie proprie del principio di *ne bis in idem* come delineato dal diritto dell'Unione europea (oltre che dalla CEDU); individuazione che deve necessariamente fondarsi sulla considerazione sistematica dei principi costituzionali e sovranazionali in termini tali da assicurare – nei limiti invalicabili in cui può espletarsi il ruolo del giudice comune – il necessario equilibrio tra la salvaguardia del principio costituzionale di legalità, nella pregnanza ad esso attribuita dalla giurisprudenza costituzionale, e la diretta applicazione del principio di *ne bis in idem* stabilita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>124</sup>.

La sensazione, per la verità, non è affatto quella che sia stato individuato un punto di equilibrio, quanto che in questo modo, piuttosto, si possa aggredire il principio di legalità proprio nel suo nucleo più intangibile<sup>125</sup>. E la soluzione di

123. Così definisce simile interpretazione N. Madia, *Il ne bis in idem europeo nella sua "nuova" veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell'ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi*, in *Arch. pen.*, 3, 2019, 32.

124. Così Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, cit.

125. Parla di violazione della riserva di legge in materia penale in questo ambito, M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercè degli interpreti*, in *Soc.*, 2019, 544.

affidare un così ampio margine di discrezionalità nell'apprezzamento comporta certamente il rischio di risultati valutativi fortemente aleatori<sup>126</sup>.

Tuttavia, preso atto della diretta applicazione del principio eurounitario in materia di abusi di mercato, e altresì della dimensione che la sua interpretazione ha ormai acquisito nel tempo, si deve convenire sul fatto che la soluzione a cui la giurisprudenza è addivenuta sia davvero obbligatoria.

Allo stato attuale, infatti, risulta davvero difficoltoso percorrere soluzioni ermeneutiche differenti.

Al fine di arginare, dunque, i rischi di cui l'orientamento ermeneutico affermatosi in giurisprudenza è portatore, due sole sono le strade percorribili.

La prima possibilità è rappresentata da un intervento della Corte Costituzionale in tema di *ne bis in idem* e abusi di mercato. La già più volte richiamata recente pronuncia della Consulta in materia, infatti, ricorda che “la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE non può essere di ostacolo all'intervento di questa Corte”, e che anzi, “tale rimedio non si sostituisce, ma si aggiunge a quello rappresentato dalla disapplicazione nel singolo caso concreto, da parte del giudice comune”, rilevando come una decisione di illegittimità costituzionale assicurerebbe maggiormente la certezza e l'uniformità del diritto necessarie in materia penale<sup>127</sup>.

Simile riaffermazione del fondamentale ruolo che garantirebbe “una tutela

126. Circa l'erosione della legalità da parte della discrezionalità giudiziale, con il rischio di degenerazione in puro arbitrio, F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, testo disponibile al sito: [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 29 gennaio 2016, 9 ss., il quale si riferisce anche alle ipotesi in cui la concessione di discrezionalità da parte del legislatore sia risultato di un suo inammissibile disimpegno dal decidere.

127. “Secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti erga omnes, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. della disposizione contraria a una norma della Carta avente effetto diretto (...). E ciò in un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che, ‘per definizione, esclude ogni preclusione’ (...), e che vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze. (...) Rispetto alla disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice, in ragione del loro contrasto con l'art. 50 CDFUE, la dichiarazione di illegittimità costituzionale cui aspira il giudice rimettente assicurerebbe del resto al diritto al *ne bis in idem* – riconosciuto assieme dalla Costituzione italiana (sentenza n. 200 del 2016), dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e dall'art. 50 CDFUE – una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento. Il che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legali-

certa e uniforme nell'intero ordinamento” appare di fondamentale importanza in questo contesto: una sentenza della Corte Costituzionale in materia, senza dubbio, con la sua efficacia *erga omnes*, consentirebbe di porre un argine all'attuale sindacato diffuso di legittimità.

In qualche modo, l'approccio seguito dalla decisione della Consulta del 2022 potrebbe avviare un ritorno alla valorizzazione del principio di *ne bis in idem* nella sua veste processuale, e, dunque, di tutti gli altri indici che compongono il criterio di *sufficiently close connection*, estendendo anche ad essi l'approfondimento ora fortemente focalizzato sul mero indice di proporzionalità, soprattutto nel settore degli abusi di mercato.

Come già rilevato, allora, forse proprio il ricordato *deficit* di autonomia funzionale dei due diversi procedimenti potrebbe far ritenere carente quella complementarità di scopo che dovrebbe caratterizzare il *bis in idem* ammesso dalla Corte EDU<sup>128</sup>. In questo settore, pare proprio, in effetti, che i due procedimenti assolvano entrambi a una funzione punitiva e faticino a trovare una differenziazione funzionale, e così anche le sanzioni – a differenza di quanto sostiene la Corte di Cassazione –, avvalendosi il legislatore del doppio binario punitivo in modo indistinto, al fine di vedere garantita la sanzione amministrativa, che tendenzialmente si ottiene in tempi più rapidi e sicuramente in modo maggiormente effettivo rispetto a quella penale, che tuttavia svolge il ruolo di assicurare il simbolismo della pena<sup>129</sup>. L'anomalia sistematica del doppio binario allora risiede proprio nei casi, come questo, in cui il sistema perde la propria necessaria complementarità e il versante amministrativo si carica anch'esso di tratti penalistici, con sanzioni che perseguono un obiettivo punitivo, e il conseguente rischio di una commistione – come è stato osservato – tra modello liberale ed autoritario<sup>130</sup>.

La seconda via di contenimento di tale sindacato diffuso in materia, evidentemente, non può che essere costituita da una riforma legislativa.

Il cerchio si deve chiudere così, ancora una volta, con un monito al legislatore, a cui si chiede da tempo di intervenire a rivedere un sistema normativo che incomprensibilmente duplica fattispecie tra loro convergenti.

tà (sentenze n. 98 del 2021, n. 115 del 2018, n. 109 del 2017 e ordinanza n. 24 del 2017)”. Così, Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, cit., § 2.2.2.

128. Si veda *supra*, § 4.

129. In senso simile, così, M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due*, cit.

130. In questi termini, Id., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. Cost.*, 2019, 2608 ss.; sempre sull'opinabile elemento della complementarità di scopo, si veda Id., *Uno più uno anche a Roma può fare due*, cit.; e sempre Id., in *Riv. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 4, 2021, 199-200. Inoltre, anche se relativamente al doppio binario tributario, si richiamano i rilievi critici di G. Marongiu, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1, 2019, 373 ss.

Solo in tal modo si potrebbe tornare a un rispetto effettivo del principio di *ne bis in idem*, anche sostanziale, senza forzature del dettato legislativo interno e dei principi che fondano il nostro ordinamento penale.

Le innegabili difficoltà con cui la giurisprudenza cerca di sbrogliare l'intricato quadro normativo non possono trovare diversamente requie senza un ripensamento complessivo del sistema<sup>131</sup>.

Condivisibili o meno, infatti, i ri-aggiustamenti sanzionatori con cui sono costretti a cimentarsi i giudici nel dedalo del giudizio valoriale di proporzionalità lasciano comunque pur sempre aperto il problema delle molteplici qualifiche astratte e delle duplicazioni sanzionatorie che – anche se temperate, come necessario, sul piano sanzionatorio nell'ottica della proporzionalità – permangono moltiplicazioni inique di fattispecie tra loro concorrenti (strutturalmente ovvero in termini di disvalore) sotto il profilo sostanziale, e resta altresì l'ingiusta sofferenza personale ed economica nel versante processuale, nella sua affermata dimensione di diritto fondamentale della persona.

In questo senso, l'unica strada percorribile è quella di un intervento normativo che compia una differenziazione tra fattispecie – penali e formalmente amministrative –, ad oggi con un campo di incidenza del tutto corrispondente.

Se l'opzione non vuole essere quella dell'abbandono del doppio binario<sup>132</sup>, infatti, quanto meno una maggiore distinzione normativa consentirebbe di evitare l'integrale sovrapposizione tra gli illeciti.

Una rinuncia alla strada del doppio binario penale e amministrativo, infatti, risolverebbe i nodi problematici del *ne bis in idem* sia sul versante sostanziale che su quello processuale. Tuttavia, è evidente che il nostro legislatore ad oggi non abbia voluto abdicare a tale impianto, caratterizzato appunto dall'espressa previsione del cumulo, mediante le clausole "cumulative" inserite negli illeciti amministrativi.

In questo contesto, allora, una selezione del disvalore penale e un criterio di assegnazione al diritto penale ovvero amministrativo mediante il ricorso a un opportuno gradualismo sanzionatorio permetterebbero così di sradicare sin dal principio la gran parte delle problematiche su cui ci si sta soffermando<sup>133</sup>.

131. Così anche M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem*, cit., 544.

132. In ordine alla difficoltà di superare il doppio binario, sul punto, merita volgere lo sguardo all'esperienza francese, ove anche in questo caso il legislatore è intervenuto con la riforma della *loi* n. 2016-819 *du 21 juin* 2016 (si ricorda che Corte EDU, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia, cit., ha riconosciuto la violazione del *ne bis in idem* convenzionale, sulla base della disciplina precedente a tale riforma) prevedendo alcune soluzioni di coordinamento tra autorità precedenti, ma anche in questo caso scegliendo di lasciare immutato il sistema di doppio binario. Cfr. G. Titola, *Doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e délit d'initié: elementi di comparazione e condivise frizioni con il divieto di bis in idem*, in *Giur. pen. Web*, 2021, 9.

133. *Ex multis* in questo senso, G. Fusco, E. Baggio, *Recenti pronunce in materia di market abuse. Qualche punto fermo in una materia ancora in attesa di un moderno assetto normativo*, in *Dir.*

Il tema non può che trovare soluzione, in definitiva, in sede di scelte di politica criminale in materia.

Peraltro, solo un disegno legislativo di questo tipo potrebbe consentire all'interprete di indirizzarsi, infatti, verso i criteri di risoluzione del conflitto di norme anche di stampo valoriale, quali la sussidiarietà e l'assorbimento<sup>134</sup>. Una diversificazione tra gli elementi tipici delle fattispecie penali e amministrative, in effetti, consentirebbe certamente di riaprire una valutazione relativa a un possibile rapporto di specialità tra le stesse, o – qualora si ammettesse l'ingresso ad altri criteri nel concorso apparente di norme, come si è convinti dovrebbe avvenire – anche di consunzione o sussidiarietà a favore della fattispecie penale, che dovrebbe essere costruita in modo da esaurire l'intero disvalore del fatto.

Viceversa, nell'attuale quadro normativo di sostanziale replicazione integrale delle fattispecie, così totalmente sovrapposte, non solo non è possibile rinvenire una norma con elementi specializzanti ma non è neppure più chiaro quale dovrebbe essere la fattispecie in grado di assorbire l'intero disvalore del fatto, tenuto conto che le previsioni astratte si rivelano sostanzialmente identiche e le conseguenze sanzionatorie giungono a quantificazioni addirittura più elevate nell'ipotesi dell'illecito amministrativo. Oggi come oggi, quindi, se ci si affidasse al criterio di maggiore gravità sanzionatoria, in taluni casi si potrebbe finire per considerare quest'ultimo in grado di assorbire l'illecito penale.

Di fronte a simile paradosso, pertanto, non sono certo solo le clausole cumulative di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF a rappresentare ostacolo insormontabile all'utilizzo dei criteri di risoluzione del concorso apparente, il cui impiego risulterebbe in ogni caso attualmente assai complesso e difficoltoso. In questo senso, in conclusione, non sarebbe sufficiente – ancorché auspicabile – espungere le clausole in parola mediante una riforma legislativa ovvero una declaratoria di illegittimità costituzionale (come da alcuni era stato proposto<sup>135</sup>), in quanto

*pen. cont., Riv. Trim.*, 1, 2019, 30, che evidenziano come la riforma del 2018 abbia mancato l'occasione di distinguere le fattispecie penali da quelle amministrative e di fare ordine in una materia confusa; o ancora L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem*, cit., 127, che auspica sia vagli critici legislativi che un rinnovato coraggioso intervento da parte della Corte Costituzionale.

134. Relativamente al controverso tema dell'utilizzo di criteri valutativi del *ne bis in idem* ulteriori rispetto a quello logico-strutturale della specialità, non potendo in questa sede ripercorrere la copiosa dottrina che se ne è occupata nel tempo, si ricordano, recentemente, *ex multis*, le voci favorevoli di M. Papa, *Fantastic voyage*, Giappichelli, 2017, 132 ss., che è tornato sull'argomento già visitato anni addietro. E, in senso non dissimile, M. Donini, *Septies in idem*, cit., 2301. Per una ricostruzione in senso generale del tema, per tutti cfr. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit.

135. Cfr. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 308-309; in origine si erano espressi in questo senso ad esempio, F. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazioni di mercato*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 9 marzo 2014, 4, il quale suggeriva una interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) conforme di



sarebbe al contempo necessaria una riformulazione e una differenziazione delle fattispecie.

E proprio nel senso di una revisione dell'attuale assetto normativo, ancora una volta, si è orientata la Consulta nella recente pronuncia con cui ha chiarito che il rimedio dalla stessa apprestato, pur se necessario, non “è idoneo di per sé a conferire razionalità complessiva al sistema” e ha concluso (non certo per la prima volta) che “spetta dunque al legislatore di modulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte”<sup>136</sup>.

tali clausole, così come si erano dirette anche Cass. Pen., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, e Cass., Ufficio del Ruolo e del Massimario, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, Relazione*, 8 maggio 2014, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 25 e 27 [consultato il 7 ottobre 2023]; E. De Amicis, P. Gaeta, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 490; e M. Bontempelli, *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2, 2016, 399. Come noto tuttavia, la Corte Costituzionale ha ritenuto la questione inammissibile nel 2016 con la pronuncia n. 102.

136. Così, Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, cit., § 7.

PARTE SESTA

OLTRE LA GIURISDIZIONE:  
EFFETTIVITÀ DI TUTELA  
E STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA  
DELLE CONTROVERSIE.  
LE LEZIONI DAL SETTORE FINANZIARIO



# ONLINE DISPUTE RESOLUTION. REGOLAMENTAZIONE EUROPEA ED EVOLUZIONE NORMATIVA

MARIA ALESSANDRA STEFANELLI\*

SOMMARIO: 1. *Artificial Intelligence* e soluzioni alternative delle controversie: le *Online Dispute Resolution* – 2. ADR e ODR: relazione o evoluzione? – 3. Le ODR nell'ordinamento giuridico europeo: il pacchetto ADR-ODR – 4. La piattaforma europea ODR – 5. Considerazioni conclusive. ODR e mercato digitale nella nuova regolamentazione giuridica europea. Sfide e opportunità.

## 1. *Artificial Intelligence* e soluzioni alternative delle controversie: le *Online Dispute Resolution*

La tematica della evoluzione dei sistemi giustiziali assume ai nostri giorni una rinnovata attualità, soprattutto allorquando si misura con l'enorme numero delle transazioni che quotidianamente avvengono all'interno del mercato digitale.

In tale nuovo contesto, caratterizzato da innovazioni profonde e talora *disruptive*<sup>1</sup>, la tutela del consumatore diviene tematica caratterizzata da una valenza sempre più rilevante e urgente, ma al tempo stesso impone una riflessione circa nuovi strumenti digitali che possano rendere effettivi i diritti del consumatore al di fuori dei circuiti giurisdizionali tradizionali.

Come noto, negli ordinamenti di *Common Law*, ed in particolare negli Stati Uniti d'America, già dal 1976 la c.d. *Pound Conference* organizzata dall'American Bar Association sul tema "*The causes of the popular dissatisfaction with the Administration of Justice*", segnò un punto di svolta nell'evoluzione della giustizia civile statunitense in virtù della formulazione di una proposta volta a "sottrarre alle Corti civili americane alcune categorie di controversie ed assegnarle alle ADR (Alternative Dispute Resolution), intese quale categoria in cui ricomprendere tutti i diversi organi di decisione estranei all'apparato giurisdizionale (dalle procedu-

\* Università di Bologna.

1. Sul tema si rinvia, per tutti e di recente, a T.E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di Biodiritto*, 2022, 155 ss.

ra di arbitrato, conciliazione e mediazione predisposte dalla citata *American Bar Association* e dal *Judicial Arbitration and Mediation Services*, alle sempre più numerose associazioni, enti ed uffici operanti nel settore dei metodi ADR) di natura privata ed operanti secondo regole tali da configurare un procedimento flessibile ed informale ed assicurare una tutela civile privata e differenziata”<sup>2</sup>.

In particolare, le ADR emersero “in forma preponderante, negli ordinamenti giuridici anglosassoni in particolare lì si sono distinti quali ‘movimento’: il movimento delle ADR (che nacquero quali *Alternative Dispute Resolution* e si sono andate trasformando progressivamente in *Adequate Dispute Resolution*). La ragione di ciò sta nel fatto che le ADR, disegnate inizialmente come mezzi di soluzione ‘contro il sistema’ (dei tribunali, del processo giurisdizionale, dei professionisti dello Stato) e cioè contro il modello statualmente configurato, sono andate gradualmente integrandosi nel sistema stesso”<sup>3</sup>.

La tecnologia ha tuttavia ai nostri giorni “promosso esponenzialmente la società del consumo” ma anche “un’inarrestabile espansione del capitalismo globale ad oltranza, sotto la grande influenza esercitata dalla Silicon Valley e dalle grandi multinazionali tecnologiche quali, tra le altre, Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, Twitter, LinkedIn, che offrono tecnologia, digitalizzazione e algoritmizzazione per salvare l’umanità”<sup>4</sup>.

Equalmente si è assistito al “consolidamento di concetti come algoritmi, Big data, software, soluzioni tecnologiche, Machine Learning, deep Learning, cyborg o biofakte”<sup>5</sup>.

I cambiamenti di ordine economico e giuridico indotti dalla applicazione di sistemi di *Artificial Intelligence* (AI) producono evidentemente effetti importanti se riferiti ai sistemi giurisdizionali (su cui la dottrina si è da tempo soffermata<sup>6</sup>) ma anche in relazione al più specifico ambito giustiziale, tanto che negli USA e in “Canada negli anni Novanta del secolo scorso”<sup>7</sup> hanno avuto origine le ODR (*Online Dispute Resolution*), oggetto del presente studio, che prendono forma all’interno dell’alveo concettuale delle ADR ed anzi ne rappresentano l’evoluzione naturale.

2. P. Pacileo, *Online dispute resolution: la “piattaforma UE” come nuovo modello di internet jurisdiction*, in *Cultura e Diritti per una formazione giuridica*, Pisa University Press, 2017, 80.

3. S. Barona Vilar, *Sfide e pericoli delle ADR nella società digitale e algoritmica del secolo XXI*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 252-253.

4. Ivi, 264.

5. *Ibidem*.

6. J. Nieva-Fenoll, *La tecnologia e i diritti fondamentali nel processo giudiziario*, in M. Imbreda, S. Pietropaoli, G. Dalia, R.M. Agostino (a cura di), *Frontiere digitali del diritto. Esperienze giuridiche a confronto su libertà e solidarietà*, Giappichelli, 2021, 36.

7. C.E. Papadimitriou, *Online Dispute Resolution: evoluzione del fenomeno digitale*, in *Diritto del risparmio*, 2021, 3.

Le ODR si configurano infatti come “quelle risoluzioni alternative delle controversie che si basano sui moderni strumenti di Information and Communication Technology – ICT”<sup>8</sup>, soprattutto attraverso “il ricorso e l’utilizzo di strumenti tecnologici (email, chat rooms, videoconferenze, software)”<sup>9</sup>.

Più specificamente, le ODR “si servono dei mezzi delle ICT (Information and Communication Technology) allo scopo specifico di comporre le liti out of Court”<sup>10</sup>, operando in modo trasversale in settori che vanno “dai conflitti matrimoniali e familiari, alle controversie relative al commercio elettronico di beni e servizi, alle liti aventi ad oggetto la fornitura di servizi finanziari, bancari ed assicurativi”<sup>11</sup>.

In particolare, le ODR hanno origine inizialmente nell’*e-commerce*, essendo “*designed to resolve disputes that arose online between two strangers who probably would never meet face to face. E-commerce marketplaces like eBay realized they needed to provide a fast and fair way for their users to resolve disputes in order to encourage people to trust online purchase*”<sup>12</sup>, cosicché “*Companies like eBay and Amazon and payment providers like PayPal invested tens of millions dollars into the design and launch of ODR system that could efficiently scale to handle many millions of disputes. By 2010 e-commerce companies were resolving tens of millions of these kinds of cases each years with ODR software*”<sup>13</sup>.

## 2. ADR e ODR: relazione o evoluzione?

“*As an outgrowth of ADR*”<sup>14</sup>, le ODR posseggono però alcune “proprie auto-nome peculiarità. Infatti, pensata per contratti nati via web, la piattaforma online di risoluzione delle controversie deriva dalla esigenza di instillare fiducia nell’acquisto online dell’e-consumer”<sup>15</sup>.

8. G. Peruginelli, *Le Online Dispute Resolution: un’evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e Diritto*, 2007, 483.

9. G. Gioia, *L’uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie*, in *Contratto Impresa. Europa*, 2016, 540.

10. L. Mingardo, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, 1.

11. C.E. Papadimitriou, *Online Dispute Resolution: evoluzione del fenomeno digitale*, cit., 3.

12. C. Rule, *Reinventing Justice with Online Dispute Resolution*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 176.

13. *Ibidem*. Per la dottrina in materia di ODR si vedano per tutti, e in via esemplificativa, gli studi: E. Katsh, J. Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, 2001; G. Kaufmann Kohler, T. Schultz, *Dispute Resolution Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International-The Hague, 2004.

14. L. Mingardo, *Amministrare la giustizia online*, cit., 2.

15. C. Maresca, *La sfida delle trasposizioni delle online dispute resolution sul suolo europeo: strumento realmente efficace o chimera?*, in *Giustizia civile.com*, 2021, 4.

E sebbene “non esista una definizione generalmente accettata di ODR”<sup>16</sup>, la dottrina ha cercato di identificare alcune caratteristiche proprie delle ODR, quali “l’assenza di una interazione faccia a faccia, che avviene invece online, spesso in modo asincrono; l’automatica acquisizione di dati e informazioni sulla controversia e sulle controversie; lo sviluppo della funzione dell’intelligenza artificiale (...) non più mero strumento di comunicazione tra soggetti coinvolti ma vero e proprio elemento attivo e autonomo nella gestione (e a volte nella decisione) della lite; e, ultimum sed non minimum, l’assenza dell’alternatività necessaria rispetto al processo come elemento qualificante”<sup>17</sup>.

Di conseguenza “le ODR individuerebbero un ampio spettro di modelli di integrazione, a diverso livello, delle tecnologie in tutti i sistemi di risoluzione delle liti, dalle ADR al processo. In questo senso, giova osservare che nomina sunt consequentia rerum: è significativo che le ODR non siano infatti ‘alternative’ ma riguardino tutti i tipi di dispute resolution”<sup>18</sup>.

Pare, cioè, potersi affermare che l’AI ha marcato l’esistenza di una differenza sostanziale tra ADR e ODR, potendosi ritenere che la stessa nozione di ODR appare “evanescente e, allo stesso tempo, problematica appare l’individuazione di quei caratteri comuni che permetterebbero di definire le Online Dispute Resolution come specie di ADR classiche”: ciò anche in relazione al fatto che nelle società “altamente tecnologizzate e digitalizzate, la pervasività dell’ICT, insieme all’effetto potenziante dell’IoT (Internet of Things), è tale per cui in un prossimo futuro non sarà più possibile distinguere tra ADR e ODR atteso che ogni attività intellettuale verrà svolta attraverso l’utilizzo di mezzi informatici e telematici (software, app, pc, tablet, smartphone), tutti connessi alla rete”<sup>19</sup>.

Ciò fa sì che oggi non sia affatto pacifico in dottrina “se vi sia tra le due categorie un rapporto di genus-species, oppure se la prima si sia affrancata dalla seconda”<sup>20</sup>, dal momento che le ODR si stanno “evolvendo sempre più verso qualcosa che è completamente diverso rispetto alle ADR, fino a giungere al punto di superare i principi su cui si fondano le stesse Alternative Dispute Resolution”<sup>21</sup>.

16. Così A. Schmitz, L. Ojelab, J. Zeleznikow, *Researching online dispute resolution. To expand access to Justice*, in *Giustizia Consensuale*, 2022, 270.

17. G. Lisella, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, in *Il giusto processo civile*, 2020, 272-273.

18. Ivi, 273.

19. C.E. Papadimitriu, *Online Dispute Resolution: evoluzione del fenomeno digitale*, cit. 2.

20. G. Lisella, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, cit., 272.

21. C.E. Papadimitriu, *Online Dispute Resolution: evoluzione del fenomeno digitale*, cit., 3-4. Sul punto si rinvia ancora a C.E. Papadimitriu, *ibidem*, che prosegue osservando come per “istituzionalizzazione” si intenda “il fenomeno per cui sono le autorità pubbliche a finanziare, progettare, predisporre, attivare, gestire, controllare, e infine, normare gli strumenti di risoluzione alternativa delle liti” (ivi, 9).

In altri termini, pare in via di superamento la distinzione più risalente nel tempo per cui “le ODR altro non sarebbero che ADR svolte online, nelle quali la compresenza di più soggetti è sostituita da una comunicazione a distanza svolta tramite internet”, mentre si sta facendo strada “una seconda impostazione, prevalente in ambiti internazionali”, che “descrive invece un istituto a sé stante, pur mancando ancora una definizione ampiamente condivisa”<sup>22</sup>.

In altri termini, se “l’ODR inizialmente costituiva il c.d. ‘aspetto telematico’ dell’ADR, oggi non può e non deve ridursi ad una mera trasposizione in rete di quest’ultima, bensì deve rappresentare oramai una categoria dogmatica autonoma a sé stante”<sup>23</sup>.

Le ODR, infatti, si sono “sviluppate in direzione diametralmente opposta rispetto alle ADR”, in quanto nascono “da un’esigenza proveniente dal basso, non presuppongono la possibilità dell’incontro degli interessi delle parti sulla base di un *neigh borough*, ma sorgono dalla internazionalizzazione delle controversie, dalla necessità in virtù della quale a un mercato globale deve corrispondere una peculiare risoluzione delle contese, dalla totale assenza di vicinanza tra le parti, tra le quali si presuppone che, nella maggioranza dei casi, si instaurino rapporti unici e istantanei”<sup>24</sup>.

Ciò è particolarmente vero per quanto riguarda la piattaforma di *e-commerce eBay*, ove “l’esistenza di una quantità ancor eccessiva di contese non legate alle recensioni degli utenti portò eBay a decidere di sviluppare una propria piattaforma ODR che portasse alla risoluzione della questione, laddove possibile, ancor prima che approdasse alla sua fase patologica”, e proprio per questo motivo era “inevitabile ritenere che il sistema di risoluzione delle controversie dovesse ricalcare il fondamento stesso del web. È qui che nasce il fondamentale concetto di *fourth party*, sviluppato da Ethan Katsh e Janet Rifkin, in virtù del quale la tecnologia ha un ruolo distinto rispetto al terzo arbitro e alle parti e può adoperarsi attivamente per risolvere la contesa”<sup>25</sup>.

All’interno di questo ambito definitorio evanescente la dottrina ha cercato di “tipizzare” alcune categorie di ODR in relazione alle differenti categorie concettuali cui fanno riferimento, distinguendo tra ODR di prima e di seconda generazione.

Con la prima locuzione si fa riferimento a ODR che possiedono due caratteristiche essenziali; la prima di esse assolve “alla funzione di mettere in contatto le parti sfruttando le innumerevoli possibilità offerte dalle tecnologie dell’informa-

22. G. Lisella, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, cit., 272.

23. P. Pacileo, *Online dispute resolution*, cit., 79.

24. C. Maresca, *La sfida delle trasposizioni delle online dispute resolution sul suolo europeo*, cit., 4.

25. Ivi, 5.



zione e delle telecomunicazioni. La seconda è che la presenza dell'uomo resta centrale per la risoluzione della controversia<sup>26</sup>: in questo caso le parti “non devono presentarsi nelle Corti o di fronte a mediatori o agli arbitri ma comunicano direttamente con strumenti elettronici”<sup>27</sup>.

In questo senso esse si configurano come “duplicati virtuali delle ADR”<sup>28</sup>, svolgendo “funzioni di porre in contatto le parti sfruttando le innumerevoli possibilità offerte dalle tecnologie dell'informazione e del digitale”: in tale contesto l'ITC rappresenta “il mero strumento attraverso il quale si svolge l'ADR, lasciando all'opera dell'uomo, l'organizzazione e l'esecuzione delle attività di elaborazione e risoluzione della controversia”<sup>29</sup>, es. “le procedure per la composizione negoziata online delle controversie aventi origine dai contratti transfrontalieri, stipulati dai consumatori europei, promosse dalla EFJ.net (European Extra Judicial Network) la quale, sviluppata dalla Unione Europea, è stata attivata dal 2001 al 2005, per essere poi sostituita dalla ECC Net (European Consumer Network)”<sup>30</sup>.

Differente configurazione mostrano invece le ODR di seconda generazione, o *Cyber ADR* o *Machine Based*, che si sviluppano in tempi più recenti ed il cui scopo “non si esaurisce nel mettere in contatto le parti, ma consiste nel proporre la soluzione o nel risolvere la lite”, e “l'attività umana è ridotta se non del tutto assente in alcune fasi della procedura”<sup>31</sup> (es. le ODR di “società statunitensi come la NAM – National Arbitration and Mediation – o la Cybersettle” ove la negoziazione online è “a modello cieco. Si tratta di un sistema indicato per risolvere soprattutto liti di carattere pecuniario, che si è rivelato particolarmente nelle controversie in materia assicurativa”<sup>32</sup>).

Ma tra le due tipologie in evoluzione, si distinguono ora “le c.d. Smart ODR, ovvero ODR di ultima generazione che sfruttano la tecnologia blockchain e gli smart contracts che hanno il pregio di garantire l'esecuzione automatica delle prestazioni dedotte in obbligazione”<sup>33</sup>.

26. G. Peruginelli, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., 485.

27. *Ibidem*.

28. C.E. Papadimitriu, *Online Dispute Resolution: evoluzione del fenomeno digitale*, cit., 4, che precisa che esse sono altresì note con acronimi quali *iADR*, *virtual ADR*, *online ADR*.

29. Ivi, 3, che osserva come per tali ragioni “queste ODR potrebbero essere definite human based”.

30. Ivi, 5.

31. G. Peruginelli, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., 489.

32. N. Soldati, *L'evoluzione delle procedure ADR in ambito bancario e finanziario nella disciplina dell'Unione europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, 943; C.E. Papadimitriu, *Online Dispute Resolution: evoluzione del fenomeno digitale*, cit., 7.

33. L. Mingardo, *Amministrare la giustizia online*, cit., 3.

### 3. Le ODR nell'ordinamento giuridico europeo: il pacchetto ADR-ODR

Come noto, l'Unione Europea da tempo ha posto in evidenza la necessità di procedere con l'elaborazione di soluzioni stragiudiziali in rete delle controversie civili "ed in particolare consumeristiche"<sup>34</sup>.

Più specificamente, gli artt. 12, 26, 81, 114 e 169 del TFUE dispongono che l'Unione sia tenuta a prendere in considerazione, nella definizione e nella attuazione delle proprie politiche, le esigenze relative alla tutela dei consumatori assicurando loro un elevato livello di protezione, anche promuovendo forme di cooperazione giudiziaria in materia civile.

Lo stesso art. 38 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce che nelle politiche dell'Unione deve essere garantito un elevato livello di protezione dei consumatori, mentre con il Libro Verde del 1993 sull'accesso alla giustizia per i consumatori mediante l'utilizzo di metodi alternativi al processo, con la Raccomandazione 2001/310/UE e con la Direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31), si fa "strada, nella mente e nella penna del legislatore comunitario, la convinzione che lo svolgersi del commercio online, mediante la conclusione da remoto di contratti tra professionista e consumatore, reclami un utilizzo della rete anche nella fase patologica del rapporto contrattuale, ovvero nel momento della sua mancata o inesatta esecuzione"<sup>35</sup>.

Ma è solo nel 2013 che l'Unione europea emana il c.d. *pacchetto* ADR-ODR composto dalla Direttiva 2013/11/UE<sup>36</sup> (c.d. Direttiva ADR per i consumatori) e dal Regolamento 524/2013/UE<sup>37</sup> (c.d. Regolamento ODR per i consumatori).

Il pacchetto "è parte delle 12 iniziative fondamentali dell'Atto per il Mercato Unico e dà attuazione ad una delle iniziative della Strategia Europea 2020, contribuendo a perseguire altresì uno degli obiettivi della Agenda digitale europea, che sollecita il ricorso alle tecnologie dell'informazione e comunicazione quale strumento chiave per lo sviluppo delle potenzialità del mercato unico digitale"<sup>38</sup>.

Più recentemente il Regolamento relativo ai mercati delle crypto-attività<sup>39</sup> pre-

34. S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 193-194.

35. S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale online nello spazio giuridico europeo?*, cit., 195.

36. A livello nazionale essa è stata recepita con d.lgs. 6 agosto 2015 n. 130, il quale ha apportato modifiche al Codice di Consumo inserendo il Titolo II-bis, dedicato alla *Risoluzione extragiudiziale delle controversie*.

37. Regolamento europeo n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori, entrato in vigore il 9 gennaio 2016. Si veda altresì il Regolamento europeo di esecuzione n. 1051/2015.

38. M.C. Bottino, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie e dei consumatori*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2014, 398.

39. Regolamento UE 2023/1114 del 31 maggio 2023 relativo ai mercati delle crypto-attività

vede che il documento informativo sulle cripto-attività (*White Paper*) debba contenere una serie di informazioni obbligatorie<sup>40</sup> tra cui anche quelle relative ai “reclami per la presentazione dei reclami e una descrizione delle procedure di trattamento dei reclami e di qualsiasi meccanismo di risoluzione delle controversie o procedura di ricorso stabiliti dall’emittente del token collegato a una attività”<sup>41</sup>, pur non facendo esplicito riferimento a meccanismi ADR/ODR.

Anche la Proposta di Regolamento dell’Unione europea in tema di accesso ai dati finanziari<sup>42</sup> stabilisce che i sistemi di condivisione di tali dati devono prevedere un sistema di risoluzione delle controversie sul modello ADR, di cui alla Direttiva 2013/11/UE, tra i membri del sistema stesso, e che tale sistema sia indipendente, imparziale, trasparente ed efficace (art. 10, comma 1, lett. j).

Ugualmente, la Proposta di Regolamento dell’Unione europea relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno<sup>43</sup> stabilisce che, ai sensi dell’art. 13, comma 1, lett. g, i prestatori di servizi di pagamento forniscano agli utenti le informazioni relative all’accesso a procedure di risoluzione alternative delle controversie sempre sul modello ADR (con medesimo richiamo alla Direttiva 2013/11/UE), ed al contempo all’art. 95 pone in capo agli Stati membri l’obbligo di prevedere procedure di risoluzione alternativa delle controversie tra gli utenti ed i prestatori di servizi di pagamento, sempre ricollegate al modello ADR.

Rinviano alla dottrina più recente in tema di considerazioni critiche circa la Direttiva ADR, che si pone “come obiettivo quello di raggiungere nello spazio giuridico euro-unitario, la piena copertura ADR per le controversie, nazionale e transfrontaliere, da responsabilità contrattuale derivante da contratti di vendita o servizi tra professionisti stabiliti e consumatori residenti nell’UE”<sup>44</sup>, il Regolamento ODR pare sia stato “pensato ed elaborato quale strumento legislativo interconnesso e complementare alla nuova direttiva”<sup>45</sup>, tanto da potersi dire che “la direttiva ADR si pone quale base per l’applicazione del regolamento ODR costituendo la disciplina della prima condizione per il lancio ed utilizzo della piattaforma ODR, disegnata nelle sue caratteristiche essenziali del secondo”<sup>46</sup>.

E anzi, “il regolamento ODR va letto in combinato disposto con la direttiva

e che modifica i Regolamenti UE n. 1093/2011 e UE n. 1095/2011 e le Direttive 2013/36/UE e UE 2019/1937.

40. Art. 19 del Regolamento UE 2023/1114.

41. Allegato II, parte D, punto 12, del Regolamento UE 2023/1114.

42. COM(2023) 360 del 18 giugno 2023.

43. COM(2023) 367 del 28 giugno 2023.

44. S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale online nello spazio giuridico europeo?*, cit., 201.

45. M.C. Bottino, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie e dei consumatori*, cit., 410.

46. S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale online nello spazio giuridico europeo?*, cit., 205.

2013/11/UE. Un chiaro collegamento con la direttiva in questione lo troviamo, infatti, all'art. 5, comma sesto, ove si stabilisce che tutti gli organismi inseriti in elenco, conformemente all'art. 20, par. 2, della suddetta direttiva, che sono competenti a trattare le controversie oggetto del presente regolamento sono registrati elettronicamente sulla piattaforma ODR europea<sup>47</sup>.

Relativamente poi ai contratti oggetto della disciplina del Regolamento ODR, va precisato che si fa riferimento ai contratti di vendita di beni o di servizi stipulati online, e precisamente quelli in base al quale “il professionista, o l'intermediario del professionista, offre beni o servizi mediante un sito web o altri mezzi elettronici e il consumatore effettua l'ordinazione di tali beni o servizi su tale sito web o mediante altri mezzi elettronici” (art. 4, comma 1, lett. e).

#### 4. La piattaforma europea ODR

Il nuovo sistema disegnato dal Regolamento europeo ODR si basa sulla istituzione, da parte della Commissione europea, di una Piattaforma ODR specificamente finalizzata alla risoluzione di controversie in ambito extragiudiziale derivanti da operazioni *online*, e cioè a contratti di vendita di beni o di servizi stipulati *online* non solo conclusi via internet ma anche stipulati mediante “altri mezzi elettronici, vale a dire strumentazioni elettroniche per il trattamento (inclusa la compressione digitale) e l'archiviazione di dati che sono interamente inviati, trasmessi e ricevuti via cavo, via radio, via mezzi ottici o tramite altri mezzi elettromagnetici (lett. e, g, comma 1 dell'art. 4 del Reg. UE n. 524/2013)”<sup>48</sup>.

Le disposizioni del Regolamento si applicano precisamente “non solo ai contratti di acquisto di beni o di servizi stipulati via Internet, ma anche a quelli stipulati via fax, telefono, televendite o radio vendite (che sono combinazioni di televisione o radio e telefono o internet) e con altri mezzi elettromagnetici”<sup>49</sup>, ad esclusione quindi dei soli contratti cartacei<sup>50</sup>.

La Piattaforma ODR, sviluppata e gestita dalla Commissione Europea (art. 5, primo comma), “si sostanzia in un sito web interattivo”<sup>51</sup>, di “facile impiego” (art. 5, comma primo), e costituisce “un unico punto di accesso per consumatori e professionisti europei che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale

47. G. Gioia, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie*, cit., 544.

48. G. Visconti, *Controversie online fra i consumatori ed i professionisti. Piattaforma ODR europea*, in *Società*, 2016, 45.

49. G. Visconti, *Controversie online fra i consumatori ed i professionisti*, cit., 45.

50. *Ibidem*.

51. C. Maresca, *La sfida delle trasposizioni delle online dispute resolution sul suolo europeo*, cit., 11.

le” le controversie derivanti da contratti di vendita o da contratti di servizi *online* (art. 5, comma secondo).

Tale disposizione si configura come una “*norma centrale*” perché comporta che “l’utilizzo della piattaforma è obbligatorio per risolvere tramite una procedura stragiudiziale (ADR) una controversia tra consumatore residente e un professionista stabilito nell’Unione europea avente per oggetto le obbligazioni che derivano dai contratti di vendita di beni o servizi stipulati online”<sup>52</sup>.

In relazione a tale obbligatorietà, però, va precisato che “essa non è assistita da una sanzione prevista dal Reg. n. 524/2013”<sup>53</sup> e pertanto sino a che nessuna sanzione sarà prevista, “l’utilizzo della piattaforma europea resterà facoltativo per le parti che vogliono risolvere una delle controversie citate per mezzo di una procedura ADR”<sup>54</sup>.

Tra le funzioni più rilevanti esercitate dalla Piattaforma ODR si richiama in particolare la messa a disposizione di “un modulo di reclamo elettronico che deve essere compilato dalla parte ricorrente” (art. 5, comma quarto, lett. a)<sup>55</sup>.

Inoltre, la Piattaforma ODR, ai sensi dell’art. 5, comma 4, informa del reclamo la parte convenuta (lett. b); individua gli organismi ADR competenti (lett. c), propone uno strumento elettronico di gestione dei casi (lett. d); fornisce la traduzione delle informazioni necessarie per la risoluzione della controversia (lett. e); mette a disposizione un sistema di comment (*feedback*) che “consente alle parti di esprimere un proprio punto di vista sul funzionamento della Piattaforma ODR e sull’organismo ADR che ha trattato la loro controversia” (lett. g).

L’organismo ADR che ha accettato di trattare la controversia deve concludere la procedura ADR entro 90 giorni “di calendario dalla data in cui ha ricevuto il fascicolo completo della domanda introduttiva da parte della piattaforma europea ODR”<sup>56</sup>.

Il Regolamento prevede poi all’art. 7 che ogni Stato Membro designi un “punto di contatto ODR”: tali punti di contatto “sono deputati a fornire assistenza per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la piattaforma ODR”<sup>57</sup>.

52. G. Visconti, *Controversie online fra i consumatori ed i professionisti*, cit., 46.

53. Ivi, 45.

54. Ivi, 46.

55. Sull’atto di reclamo si vedano gli artt. 8 e 9 del Regolamento *de quo*.

56. G. Visconti, *Controversie online fra i consumatori ed i professionisti*, cit., 49.

57. Ivi, 47. Per quanto riguarda l’Italia, essa con il comma 5 dell’art. 141-*sexies* del d.lgs. n. 206/2005 ha designato come punto di contatto ODR il Centro Nazionale della Rete Europea dei Consumatori (ECC NET), che deve disporre di “*almeno due persone che forniscano assistenza ai consumatori od ai professionisti che si rivolgono al punto di contatto per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati attraverso la piattaforma ODR*”, così *ibidem*.

La Commissione europea, a sua volta, “istituisce una Rete di punti di contatto ODR che consente la cooperazione fra di essi ed agevola la risoluzione delle controversie e disciplina le modalità di cooperazione mediante atti di esecuzione (paragrafi 5 e 7)”<sup>58</sup>.

Ma ciò che appare rilevante è sottolineare che l’art. 10 del Regolamento dispone “che l’organismo ADR, che accetti di trattare il reclamo che gli è stato trasmesso dalla piattaforma ai sensi dell’art. 9, ben può decidere di procedere offline. In altri termini, l’organismo ADR non è tenuto a condurre la procedura tramite la piattaforma”<sup>59</sup>.

La mancanza di obbligatorietà a perseguire la trattazione della controversia mediante ODR, contenuta nella disposizione di cui *supra*, “rende vana la ratio implicita del regolamento, impedendo un’efficace trattazione della controversia online. In sostanza, rompe il nesso ispiratore dell’online dispute resolution e cioè la specularità tra modalità elettronica della fase di stipulazione del contratto e modalità elettronica di risoluzione delle controversie. Ovvero, *the justice system would not work as internet works*”<sup>60</sup>.

Ciò mina “in radice l’obiettivo, non dichiarato ma implicito, del regolamento ODR: mantenere in rete, dopo la fase fisiologica di conclusione online del contratto, anche quella patologica di gestione del contenzioso che da questo deriva”; ed infatti ancora oggi, nonostante l’opera di costante miglioramento apportata dalla Commissione europea, “le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie consumeristiche, concernenti obbligazioni ex contractu derivanti da contratti di vendita o servizi stipulati online, non sono (ancora) vere e proprie procedure di online dispute resolution. Procedure, cioè, in cui – come accade in altri ordinamenti, ed in particolare in quello statunitense – la rete diventa essa stessa il quarto elemento della procedura, grazie all’intervento di forme semplificate di intelligenza artificiale dirette a facilitare l’incontro delle posizioni delle parti in conflitto, come avviene, ad esempio, nei casi di c.dd. negoziazione assistita dalla tecnologia o automatizzata, mediazione basata su software, e così via”<sup>61</sup>.

In conclusione, si può condividere in primo luogo l’affermazione per cui il Regolamento ODR “rappresenta un po’ un’appendice strumentale della nuova Direttiva, in quanto esso dà mandato alla Commissione di istituire e gestire una piattaforma informatica che consenta a consumatori e professionisti di accedere da un unico punto nell’Unione a servizi ADR online condotti di organismi aven-

58. G. Visconti, *Controversie online fra i consumatori ed i professionisti*, cit., 47.

59. C. Maresca, *La sfida delle trasposizioni delle online dispute resolution sul suolo europeo*, cit., 11.

60. Ivi, 10.

61. S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale online nello spazio giuridico europeo?*, cit., 208-209.

ti i requisiti qualitativi previsti dalla direttiva stessa (ed in quanto tali debitamente registrati e che rispettano le poche modalità operative stabilite dal regolamento stesso)<sup>62</sup>.

A causa delle difficoltà sopra richiamate, nel 2019 la Commissione europea, a seguito del monitoraggio della piattaforma ODR ha rilevato “la parziale inoperatività della stessa”: infatti “sebbene nell’arco del triennio una buona percentuale di consumatori avesse fatto ricorso alla piattaforma, la risposta dei professionisti si registrava come particolarmente carente; questi ultimi infatti, lasciando cadere la proposta del consumatore o rispondendo a quest’ultima negativamente, impedivano la prosecuzione della procedura”<sup>63</sup>. Con Report intitolato *Study on the Digitalisation of Cross Border judicial Cooperation in the EU*, del 24 agosto 2021, la Commissione europea evidenzia che “*suggestions in relation to synergies and reuse of the existing systems and initiatives to further digitize cross-border judicial cooperation. To partially close the gap of providing citizens with digital channels of communication with competent authorities, it is suggested enhancing the scope and the use of the Online Dispute Resolution (ODR) platform that is currently used for disputes between traders and consumers*”<sup>64</sup>.

## **5. Considerazioni conclusive. ODR e mercato digitale nella nuova regolamentazione giuridica europea. Sfide e opportunità**

L’irrompere della digitalizzazione in ogni ambito dell’agire umano ha fatto sì che ai nostri giorni il diritto sia chiamato ad affrontare tale sfida attraverso istituti e strumenti giuridici innovativi.

Per quanto riguarda i sistemi giustiziali, ed in particolare quelli relativi alla risoluzione alternativa delle controversie, il legislatore europeo, con il richiamato Regolamento n. 524, attraverso l’introduzione di una specifica Piattaforma ODR, ha cercato di fornire una prima risposta alle nuove esigenze di composizione di tali controversie *online*.

Come si è accennato e per i motivi che sono stati evidenziati, tale risposta non appare ai nostri giorni ancora del tutto soddisfacente.

Tuttavia va segnalato come il medesimo legislatore europeo abbia recentemen-

62. E.M. Appiano, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2013, 979.

63. C. Maresca, *La sfida delle trasposizioni delle online dispute resolution sul suolo europeo*, cit., 12.

64. Report della Commissione Europea *Study on the Digitalisation of Cross Border judicial Cooperation in the EU*, del 24 agosto 2021, 141.

te emanato due specifici *Acts*<sup>65</sup> che si configurano come importanti passi in avanti per la tutela del consumatore di servizi digitali.

Si fa riferimento in particolare al *Digital Service Act*, il quale, pur inserito in un contesto di regolamentazione digitale assai ampio e articolato, tuttavia riveste particolare importanza per la tematica oggetto del nostro studio.

Più precisamente il *Digital Service Act* dedica, oltre ai considerando 59 e 60, anche e gli artt. 21 e 24, primo comma lett. a, alla tematica de qua: l'art. 21 in particolare stabilisce precisi diritti e obblighi per i destinatari dei servizi e dei fornitori di piattaforme nel contesto della risoluzione, mentre l'art. 24, comma primo, impone rilevanti obblighi di trasparenza proprio in capo a questi ultimi operanti nel medesimo contesto.

Si ricorda infine che potrebbe essere parimenti utile proporre una riflessione a livello europeo circa lo strumento delle *Online Dispute Avoidance* (ODA) “in cui sistemi reputazionali e accordi transattivi (virtuali e standardizzati) innervano la loro efficacia (e potere persuasivo) sui meccanismi di sanzione (non legale) della reputazione”<sup>66</sup>.

In via conclusiva, si osserva altresì che la complessa tematica della costruzione di un sistema giuridico efficace di ODR in Europa deve essere letta alla luce e ricondotta nell'alveo della più generale riforma introdotta dalla *Digital Single Market Strategy for Europe*<sup>67</sup>, che rappresenta la vera sfida, ma anche una concreta opportunità, per la definizione di una regolamentazione giuridica uniforme e realmente efficace per le transazioni economiche-finanziarie che quotidianamente sono operate sul mercato digitale europeo nonché delle eventuali controversie che esse possono generare.

65. Regolamento europeo 2022/2065 del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali, e che modifica la Direttiva 2000/31 CE (*Digital Service Act*). Strettamente ad esso connesso è il Regolamento europeo 2022/1925 relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital Market Act*).

66. A. Merone, *Online Dispute Resolution, intermediari digitali e nuovo paradigma della composizione preventiva e self executing*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2022, 283.

67. COM(2015) 192 del 6 maggio 2015 e COM(2017) 228 del 10 maggio 2017.



# IL RILIEVO ASSUNTO DAGLI STRUMENTI GIURIDICI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE: IMPATTO SULLA FIDUCIA DEI CONSUMATORI NEL MERCATO

BEATRICE BERTARINI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea – 3. La “soluzione amichevole” delle controversie nel Codice del Consumo italiano – 4. Osservazioni conclusive.

## 1. Introduzione

L'accesso alla giustizia a livello universale rappresenta, ai giorni nostri, un riferimento essenziale per la definizione dello sviluppo sostenibile come evidenziato dal goal n. 16 contenuto nella *Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile* delle Nazioni Unite<sup>1</sup> intitolato “*Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli*”. Il goal n. 16 è uno degli obiettivi più innovativi focalizzandosi “*on advancing government accountability, building trust, and sustaining peace*”<sup>2</sup>.

\* Università di Bologna.

1. A/RES/70 Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale il 25 settembre 2015, intitolata *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*. In tema si veda anche il rapporto dell'OECD, *Equal Access to Justice*, 2015, che evidenzia che “*improving access to justice is increasingly recognised as a critical dimension of inclusive growth and as a mean for tackling inequality. The inability to access legal and justice services can be both a result and a cause of disadvantage and poverty. Legal (and justiciable) problems tend to occur in combination thus creating clusters of legal and justice needs (housing, employment for individuals and tax, regulation and employment for small businesses) and compounding legal issues. Although the data is limited, inability to obtain legal and justice services is often found to have a disproportionate impact on the low-income and other disadvantaged groups, precisely because of their lack of individual economic resources. This in turn can further undermine their ability to enforce their economic and social rights, including property and labour rights. For small businesses, inability to resolve legal problems, including disputes, may result in losses of employees, ceasing certain types of trading and incurring additional costs, thus hindering growth*”.

2. Per una analisi dettagliata si rinvia a K.R. Hope, *Peace, justice and inclusive institutions: overcoming challenges to the implementation of Sustainable Development Goal 16*, in *Global Change, Peace & Security*, n. 1, 2020, 58.

Il punto centrale pare essere la necessità di garantire un equo accesso a forme di giustizia per tutti che le Nazioni Unite individuano attraverso l'indicatore 16.3.3, che vuole misurare “*Proportion of the population who have experienced a dispute in the past two years and who accessed a formal or informal dispute resolution mechanism, by type of mechanism*”<sup>3</sup>.

Il generale riferimento a *formal* o *informal* meccanismi di risoluzione delle controversie permette di evidenziare come anche a livello internazionale sia rilevata la presenza non solo dei tradizionali sistemi giurisdizionali, ma anche di differenti e molteplici sistemi che sono *altro* rispetto alla giustizia ordinaria.

Numerose ed eterogenee sono, infatti, le procedure a-giurisdizionali o stragiudiziali volte a comporre i conflitti delle parti in causa “senza pervenire alla pronuncia della decisione da parte del giudice (ordinario) competente”<sup>4</sup>; la caratteristica precipua di tali forme di giudizio è di essere considerate alternative rispetto al sistema ordinario, nonché caratterizzate da rapidità, flessibilità, semplicità e contenimento dei costi<sup>5</sup>.

A livello storico gli studiosi del diritto hanno sottolineato come già la dottrina confuciana considerava la controversia quale turbamento dell'armonia naturale che doveva esistere tra singoli, gruppi e l'intera società, tanto che tale controversia doveva essere ricomposta attraverso la ricerca di una soluzione di compromesso che evitasse un processo<sup>6</sup>.

La più moderna definizione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie è però da ricercare negli Stati Uniti tra gli anni Sessanta e Settanta del

3. L'indicatore 16.3.3 è parte del target n. 16.3 intitolato *Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all*, contenuto nel *Global indicator framework for the Sustainable Development Goals and targets of the 2030 Agenda for Sustainable Development* definito dalle Nazioni Unite nel 2017 (A/RES/71/313).

4. G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1997, 403.

5. Cfr. G. Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2008, 349.

6. R. Cavaliere, *Diritto dell'Asia Orientale*, Cafoscarina, 2009, 5 ss. Analizza M. Taruffo, *Osservazioni sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, in A. Maggipinto (a cura di), *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell'Informazione*, Nyberg, 2006, 27 che “in Cina la tradizione confuciana, che ha determinato per più di due millenni l'atteggiamento verso la soluzione dei conflitti, ha costituito la base filosofica e ideologica su cui si è fondata l'avversione per il ricorso alla giustizia dei tribunali e il privilegio del ricorso a varie forme di conciliazione. Studi recenti hanno mostrato che, accanto all'ideale confuciano della ricostruzione dell'armonia sociale attraverso la composizione volontaria dei conflitti, a dar supporto alla prassi della mediazione vi erano corposi interessi di casta, di ceto e di conservazione delle forme tradizionali di potere, oltre all'interesse del potere imperiale di impedire che i conflitti si trasformassero in controversie legali che potevano mettere in crisi gli assetti tradizionali”.

secolo scorso<sup>7</sup> ove, a seguito della cosiddetta *litigation explosion* per cui “in molti casi le normali procedure giudiziarie risultavano troppo lente e complesse per produrre dei risultati che valessero la pena dei costi sostenuti”<sup>8</sup>, si cominciò a diffondere l’idea che “i tribunali dovessero smettere di essere il luogo dove comunemente iniziavano tutte le controversie: potevano diventare il luogo dove eventualmente andavano a finire, se prima non erano state risolte altrimenti”<sup>9</sup>.

Allo stesso tempo è anche stato osservato che i metodi alternativi di soluzione delle controversie si sviluppano in un contesto culturale caratterizzato da *contro-culturalismo* e *critica dell’ipertrofia giuridica*; il primo si riferisce al movimento sociale degli anni Sessante che radicava i suoi valori nell’individualismo, nel populismo, nel *laissez-faire* e nell’egualitarismo, i “punti di maggiore attenzione erano l’antiautoritarismo, l’anti-intellettualismo, la realizzazione di sé e della comunità”, ciò rendeva i contro-culturalisti “comprensibilmente ostili al consolidato sistema di soluzione delle controversie basato sulle corti”<sup>10</sup>. Al contempo, i *critici*

7. Nel diritto statunitense pare opportuno ricordare un ulteriore passaggio rilevante ai fini della nostra analisi e cioè come negli anni Quaranta sia rinvenibile una nuova “filosofia del mercato, assimilando tra i suoi principi operativi l’idea di efficienza e flessibilità. A una rigida concezione procedurale nell’applicazione del diritto venne sostituita, attraverso la promulgazione delle Federal Rules of Civil Procedure del 1938, l’idea di un diritto flessibile, i cui meccanismi processuali si adattavano alle nuove ed incalzanti esigenze del mercato. La riforma del processo, che abbandonava il formalismo del common law in favore dell’equity, corrispondeva a un ‘modello operativo’ più agile che abbandonava i limiti imposti dal rigore procedurale in favore di una maggiore discrezionalità delle corti”, così M.A. Foddai, *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d’America*, in *Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, n. 10, 2012, 410; ove l’A. riprende C.B. Harrington, *Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis*, in R.L. Abel (a cura di), *The Politics of Informal Justice*, vol. I, *The American Experience*, Academic Press, 1982, 39; M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, il Mulino, 2004, 467 ss.; S.N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1987, 909; O. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America*, in V. Varano (a cura di), *L’altra Giustizia*, Giuffrè, 2007, 129.

8. G. Romualdi, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, 2010, 29.

9. *Ibidem*. In tema ricorda C. Maresca, *La sfida delle trasposizioni delle online dispute resolution sul suolo europeo: strumento realmente efficace o chimera?*, in *Giustizia civile.com*, n. 8, 2021, 3, che “risale al 1977, infatti, il discorso del professor Sander dell’Università di Harvard sulla necessità di una ‘multi-door courthouse’ per rispondere al crescente bisogno di un sistema che permettesse un veloce, equo e specifico accesso alla giustizia, volto ad esaudire un movimento che alcuni hanno ben definito come proveniente dal basso. L’idea era, infatti, quella di guardare all’esigenza individuale e concreta e disegnare sulla fisionomia della stessa un metodo alternativo e specifico di risoluzione della controversia, in contrapposizione alla concezione di un unico rito applicabile a tutte le contese. In altre parole, *fitting the forum to the fuss*”.

10. O.G. Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura e rituali*, Laterza, 2009, 130; l’A. prosegue riprendendo le osservazioni di J.S. Auerbach, *Justice without law*, Oxford University Press, 1983, e

dell'“ipertrofia del diritto” osservavano un “eccesso di affidamento al diritto per risolvere i molti problemi della società”<sup>11</sup>.

La ricerca di metodi alternative di risoluzione delle controversie, anche detti, mutando un'espressione anglosassone, *Alternative Dispute Resolution* (ADR)<sup>12</sup>, ha assunto sempre maggior rilievo sia a livello giuridico, sia a livello economico rappresentando una concreta alternativa alla crisi degli attuali sistemi giuridici: la generale categoria di riferimento trova nei diversi ordinamenti giuridici pratiche e metodi specifici che, però, presentano anche caratteri comuni<sup>13</sup>.

di D.R. Hensler, *Our Court, Ourselves: how the Alternative Dispute Resolution Movement is reshaping our legal system*, in *Pen State Law Review*, n. 1, 2003, 165, che sottolineano che “il modo di pensare lineare e razionale, che è proprio del procedimento giuridico, contrastava con la loro con la loro diffidenza nei confronti ‘della logica, della razionalità, dell’analisi e dei principi’. E la natura adversarial del processo contrastava con il loro rifiuto della competizione. ‘Essi non vedono gli altri come qualcosa contro cui combattere’. L’invocazione del recupero di alternative al procedimento giudiziario nasceva perciò ‘dalla speranza euforica che esplose durante gli anni Sessanta, quando la valorizzazione della comunità divenne un tema centrale della riforma politica’. Il ‘movimento per la giustizia di comunità’ (community justice movement), che emerse in questo periodo, traeva ‘ispirazione dall’idea (...) che le istituzioni giuridiche formali, compresi i tribunali, fossero meccanismi peer salvaguardare il potere dell’élite (...) e impedire ai membri della comunità (ossi alle non élite) di imparare a governare il proprio ambiente e, in definitiva, le proprie vite’. Poiché questi critici vedevano il sistema della giustizia formale come un ostacolo al perseguimento di una società migliore, il loro obiettivo era ‘costruire delle istituzioni per la giustizia di base, capaci di applicare le norme della comunità alle controversie, e di fare affidamento sui membri della comunità per la loro risoluzione’”.

11. O.G. Chase, *Gestire i conflitti*, cit., 126, che ricorda che l’ipertrofia giuridica “fu un fenomeno tanto politico quanto culturale”. Analizzava F.E. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in A.L. Levin, R.R. Wheeler (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West Publishing Company, 1979, 65-87, che “A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts” (66).

12. S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, 2004, 33, sottolinea che l’acronimo ADR “ha avuto grande diffusione da quando il Congresso degli Stati Uniti ha inteso utilizzarlo nel Civil Justice Reform Act (CJRA, 1990) con cui ha riformato il sistema della giustizia civile. In tale atto (al punto 6) è espressamente incoraggiato l’uso di sistemi extragiudiziari quale principale rimedio ai problemi della giurisdizione tradizionale, troppo lenta ed affollata”; nonché ricorda che “tra le innumerevoli definizioni fornite dalla dottrina anglo-americana, una delle più convincenti appare quella elaborata da Brown: ‘alternative dispute resolution or ADR may be defined as a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of the dispute, generally involving the intercession and assistance of natural and impartial third party’” (35), l’A. riprende H. Brown, A. Marriott, *Alternative Dispute Resolution: Principles and Practice*, Sweet & Maxwell, 1999, 9.

13. Per una ampia analisi si rinvia a V. Varano (a cura di), *L’altra giustizia*, cit.

## 2. La risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea

La risoluzione alternativa delle controversie all'interno delle fonti primarie del diritto dell'Unione europea trova un riferimento giuridico essenziale nell'art. 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea che, al comma 1, sancisce che "l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri", mentre il successivo comma 2, lettera g, precisa che sia compito del Parlamento europeo e del Consiglio adottare misure volte a garantire "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie".

Storicamente appare doveroso il richiamo al Libro verde del 16 novembre 1993 "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico"<sup>14</sup>, nonché alla Raccomandazione della Commissione europea n. 257 del 30 marzo 1998 riguardante "i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo"<sup>15</sup>: congiuntamente i due atti definiscono un quadro di riferimento per i consumatori all'interno del mercato unico sottolineando per questa via "l'esigenza di rafforzare la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e la loro capacità di trarre pienamente vantaggio dalle possibilità che quest'ultimo offre loro" non trascurando "la possibilità per i consumatori di risolvere le loro controversie in modo efficace ed adeguato attraverso procedure extragiudiziali o altre procedure comparabili"<sup>16</sup>.

Tale generale previsione permette di analizzare più nel dettaglio come la presenza di metodi alternativi di risoluzioni delle controversie sia strettamente legata

14. COM(93) 576.

15. La Raccomandazione richiama il rispetto del principio di indipendenza, del principio di trasparenza, del principio di contraddittorio, del principio di efficacia, del principio di legalità, del principio di libertà e infine del principio di rappresentanza.

16. Raccomandazione della Commissione europea n. 257 del 30 marzo 1998, 1 che riprende le conclusioni approvate dal Consiglio Consumatori del 25 novembre 1996. Osserva S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR)*, cit., 31, che "ciascuno Stato membro, preferibilmente nel rispetto dei predetti principi-guida, provvede alla creazione di tali organismi ed alla regolamentazione delle relative procedure. L'inevitabile conseguenza di un sistema siffatto è che ciascun organismo extragiudiziario finisce per risentire del contesto giuridico-culturale in cui ha origine. Questo è anche il motivo per il quale alcuni Stati membri, tradizionalmente aperti alla 'giurisdizione alternativa', si caratterizzano per aver istituito una quantità assai rilevante di organismi extragiudiziari ed altri, ancora legati alla giurisdizione ordinaria, hanno quasi ignorato il fenomeno".

allo sviluppo e al buon funzionamento del mercato unico, nonché alla promozione della fiducia dei consumatori nel suddetto mercato, così da potersi evidenziare il ruolo che rivestono le ADR proprio nei conflitti *business to consumer* – B2C, infatti, i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, paiono affermarsi “nel solco di un affievolimento della centralità della giurisdizione nelle dinamiche (patologiche) dei rapporti di consumo”<sup>17</sup>.

Il quadro normativo europeo che caratterizza la tematica *de qua* trova nella emanazione della Direttiva n. 11 del 21 maggio 2013, specificamente dedicata alla “risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori”, la definizione di un *ius positum*<sup>18</sup>: la Direttiva ha l’obiettivo infatti di contribuire alla protezione dei consumatori garantendo che essi “possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie”<sup>19</sup>.

La Direttiva definisce “la cornice generale e fissa gli standards qualitativi minimi destinati ad essere applicati orizzontalmente a tutti i tipi di Consumer ADR”<sup>20</sup>.

Al pari il Regolamento 524/2013 inerente a “risoluzione delle controversie online dei consumatori”, riferendosi alla dimensione digitale del mercato interno<sup>21</sup> vuole mettere “a disposizione una piattaforma ODR europea (‘piattaforma ODR’) che agevoli la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie online tra consumatori e professionisti”<sup>22</sup>.

In senso ampio la scelta del legislatore europeo di “dislocare le vertenze che

17. M. Angelone, *La “degiurisdizionalizzazione” della tutela del consumatore*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 3, 2016, 744.

18. Ivi, 745; l’A. non si riferisce solamente alla Direttiva n. 11 del 2013, bensì anche al “*complementare Regolamento n. 524/2013 relativo alla risoluzione delle controversie on-line dei consumatori*” (c.d. ‘*Regolamento ODR*’).

19. Art. 1 della Direttiva n. 11 del 21 maggio 2013; da evidenziare anche che la Direttiva in parola all’art. 6 fa riferimento alla competenza, indipendenza e imparzialità; all’art. 7 declina il principio di trasparenza; all’art. 8 definisce l’efficacia; nonché all’art. 9 l’equità, all’art. 10 la libertà ed infine all’art. 11 la legalità.

20. M. Angelone, *La “degiurisdizionalizzazione”*, cit., 745, evidenzia che N. Creutzfeldt, *Alternative dispute resolution for consumer*, in M. Stürner, F. Gascón, I.R. Caponi (eds.), *The role of consumer ADR in administration of justice*, SELP, 2015, 3, preferisce e suggerisce l’acronimo “*CDR (Consumer Dispute Resolution)*”.

21. Con riferimento al mercato unico digitale si vedano in particolare le Comunicazioni della Commissione europea COM(2015) 192 del 6 maggio 2015 intitolata *Strategia per il mercato unico digitale in Europa* e COM(2017) 228 intitolata *Revisione intermedia dell’attuazione della strategia per il mercato unico digitale Un mercato unico digitale connesso per tutti* del 10 maggio 2017.

22. Art. 1 del Regolamento n. 524 del 21 maggio 2013.

contrappongono consumatori e professionisti presso plessi non inquadrati nell'organigramma giudiziario statale, trasferendole così "out of court", è funzionalmente orientata a migliorare l'effettività della tutela dei cittadini, nonché, di rimando, la fiducia, la sicurezza e l'affidabilità nelle transazioni commerciali che hanno luogo all'interno dello spazio comune; obiettivi questi che – senza farne mistero – fungono da volano per il pieno sviluppo delle potenzialità olistiche e per il completamento del mercato interno"<sup>23</sup>.

Infatti, *"the European approach to consumer rights enforcement allocates consumer disputes to a network of extrajudicial entities, both public and private. Some authors doubt this system will compensate for the inefficiencies of justice in the courts in dealing with the increase in consumer disputes. Eidenmüller and Engel believe this to be a 'detrimental development' of consumer rights protection, sidelining State courts and privileging efficiency over judicial scrutiny and the observance of due process standards. In the eyes of the authors, it is outright contradictory to leave the enforcement of consumer rights, aimed to correct market failures, to private bodies acting according to the same market logic. Such ADR entities operate outside of the procedural safeguards of the court system, and they do not necessarily have elevated legal competencies, features that may ultimately frustrate the enforcement of the sophisticated EU consumer law apparatus. Silberzahn proves to be more moderate and, although she does not believe privatisation always leads to better service, she suggests evaluating the ADR model upon consumer satisfaction to determine whether privatisation is a suitable strategy"*<sup>24</sup>.

### **3. La "soluzione amichevole" delle controversie nel Codice del Consumo italiano**

Nell'analizzare come l'ordinamento italiano definisce nel dettaglio la soluzione stragiudiziale delle controversie per i consumatori è necessario analizzare il recepimento nazionale della succitata Direttiva europea ad opera del decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130. Il d.lgs., infatti, legifera la modifica del Codice del Consumo inserendo il Titolo II-bis, intitolato *Risoluzione extragiudiziale delle controversie*<sup>25</sup>, che definisce le "procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e

23. M. Angelone, *La "degiurisdizionalizzazione"*, cit., 747.

24. S. Voet, S. Caruso, A. D'Agostino, S. Dethier, *Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR)*, JUST/2020/CONS/FW/CO03/0196, June 2022, 5.

25. Tale intitolazione è stata inserita dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole<sup>26</sup>.

La ricerca di una *soluzione amichevole* tra le parti quale fine ultimo della procedura pare racchiudere in sé il richiamo a un *patto* tra le parti. Il richiamo a tale patto fu anche messo in luce a conclusione dei lavori dell'Assemblea Costituente del 1947 dall'Onorevole Umberto Terracini che evidenziava che "l'Assemblea ha pensato e redatto la Costituzione come un solenne patto di amicizia e di fraternità di tutto il popolo italiano, cui essa lo affida perché se ne faccia custode severo e disciplinato realizzatore"<sup>27</sup>. L'amicizia "da un canto, rinvia alla 'reciprocità' che viene 'caratterizzata come eguaglianza', ricercata nel 'conflitto tra atteggiamento quantitativo e qualitativo'; da un altro, essa 'lega' la legalità alla giustizia e questo legame dell'amicizia risulta saldo nella misura in cui ognuno ha il 'suo', e pertanto esiste eguaglianza tra ciò che si dà e ciò che si riceve"<sup>28</sup>.

Analizzando alcuni elementi più nel dettaglio, seppur senza fini di esautività, si vuole sottolineare come il Codice del Consumo definisce "una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie conforme ai requisiti di cui al presente titolo ed eseguita da un organismo *ADR – Alternative Dispute Resolution*"<sup>29</sup>, nonché stabilisce che per organismo ADR debba intendersi "qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è iscritto nell'elenco di cui all'articolo 141-*decies*"<sup>30</sup>.

Le procedure svolte presso le diverse Autorità competenti di settore "sono considerate procedure ADR ai sensi del presente Codice, se rispettano i principi, le procedure e i requisiti delle disposizioni di cui al presente titolo"<sup>31</sup>; ciascuna Autorità definisce il procedimento per "l'iscrizione e verifica il rispetto dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità, nonché il rispetto del principio di tenden-

26. Art. 141, comma 4 del Codice del Consumo.

27. Onorevole U. Terracini, Atti dell'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di lunedì 22 dicembre 1947, 3597.

28. C. Palumbo, *Sistema, "philia" e reciprocità nel diritto. Uno studio su Alessandro Giuliani*, in *Nomos*, n. 2, 2021, 4 che riprende Aristotele, *La natura dell'amicizia*, in *Etica Nicomachea*, 1155a, 22. In tema si rinvia a R. Pini, *Democrazia bella, Democrazia incompiuta, Democrazia infranta*, Giappichelli, 2019.

29. Art. 141, comma 1, lettera g) del Codice del Consumo.

30. Art. 141, comma 1, lettera h) del Codice del Consumo.

31. Art. 141, comma 7 del Codice del Consumo che precisa la competenza "dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, della Banca d'Italia, dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, della Commissione nazionale per la società e la borsa e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ivi comprese quelle che prevedono la partecipazione obbligatoria del professionista".



ziale non onerosità, per il consumatore, del servizio”<sup>32</sup>, nonché provvede “alla sospensione e alla cancellazione degli iscritti e vigila sull’elenco nonché sui singoli organismi ADR”<sup>33</sup>.

Il Codice prevede, altresì, una serie di obblighi in capo agli organismi ADR<sup>34</sup>, tra i quali anche specifici obblighi in merito alle persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie<sup>35</sup>, nonché impone loro di rendere “disponibili al pubblico sui loro siti web, su supporto durevole su richiesta e in qualsiasi altra modalità funzionale al perseguimento delle finalità di trasparenza, efficacia, equità e libertà, informazioni chiare e facilmente comprensibili”<sup>36</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive

La risoluzione alternativa delle controversie definisce, quindi, “una giustizia che non decide chi abbia ragione e chi abbia torto, ma ‘rammenda’ le relazioni e ristabilisce il dialogo tra le parti”<sup>37</sup>; in questo senso le ADR rappresentano uno strumento di tutela dei consumatori nel mercato<sup>38</sup>.

La regolamentazione pubblica europea, infatti, disciplina la tutela dei consumatori considerando molteplici aspetti, muovendo dall’ assunto che “nella definizione e nell’attuazione di altre politiche o attività dell’Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori”<sup>39</sup>; nell’era contemporanea uno degli aspetti centrali è connesso alle nuove tutele di cui i consumatori necessitano a seguito dell’affermazione delle tecnologie digitali<sup>40</sup>, si pensi

32. Art. 141-*decies*, comma 1 del Codice del Consumo.

33. Art. 141-*decies*, comma 2 del Codice del Consumo.

34. Art. 141-*bis* del Codice del Consumo.

35. Art. 141-*bis*, comma 4 del Codice del Consumo.

36. Art. 141-*quater* del Codice del Consumo.

37. M. Ramajoli., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Rivista Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2015, 490.

38. Il rinvio è per tutti a S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2021, 106 ss.

39. Art. 12 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea.

40. In tema si rinvia in particolare e più recentemente alla Comunicazioni della Commissione europea COM(2015) 192 del 6 maggio 2015 intitolata *Strategia per il mercato unico digitale in Europa* e alla Comunicazioni della Commissione europea COM(2018) 183 dell’11 aprile 2018 intitolata *Un New Deal per i consumatori*; nonché alla Direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; alla Direttiva (UE) 2019/771 del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Regolamento (UE) 2017/2394 e la Direttiva 2009/22/CE, e che abroga la Direttiva 1999/44/CE, alla Direttiva (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019 che modifica la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le Direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle

ad esempio al Regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali<sup>41</sup>, oppure anche ai due nuovi Regolamenti dell'Unione europea uno relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act*)<sup>42</sup> e l'altro relativo ai mercati digitali (*Digital Markets Act*)<sup>43</sup>.

Il Digital Services Act dedica specifica attenzione all'accesso a sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie all'art. 21 stabilendo che sia obbligo dei fornitori di piattaforme online rendere facilmente accessibili e chiare le informazioni inerenti le ADR.

Gli organismi di risoluzione sono certificati dal "coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito l'organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie (...) per un periodo massimo di cinque anni rinnovabile"<sup>44</sup> in base a specifiche condizioni stabilite all'art. 21, comma 3.

Il Regolamento in parola stabilisce che gli Stati membri possono "istituire organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie" o "sostenere le attività di alcuni o di tutti gli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie"<sup>45</sup>, lasciando intravedere attraverso tale previsione un ruolo crescente delle ADR quale strumento di amministrazione della giustizia.

Possiamo, in via conclusiva, in questo quadro di riferimento evidenziare come le ADR rivestono un ruolo importante sia nell'ordinamento giuridico europeo, sia in quello nazionale, per la costruzione di una migliore relazione tra consumatori e mercato; in altre parole, e in senso prospettico, il maggior e sempre più efficace utilizzo delle ADR potrà incidere sia sul comportamento degli agenti economici, sia sulla fiducia che i consumatori ripongono nel mercato.

norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, alla Direttiva (UE) 2020/1828 del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la Direttiva 2009/22/CE.

41. Regolamento dell'Unione europea n. 679 del 27 aprile 2016.

42. Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la Direttiva 2000/31/CE.

43. Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le Direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.

44. Art. 21, comma 3 del Digital Services Act.

45. Art. 21, comma 6 del Digital Services Act.

# L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO NEL QUADRO EUROPEO E NEL CONTESTO DELLE RETI DI ADR. PROFILO ORDINAMENTALE, PROCESSUALE E DI MERITO

MARCELLO MARINARI\*

SOMMARIO: 1. Il Contesto di riferimento ed il sistema di accesso alla giustizia – 2. Giurisdizione e sistemi c.d. alternativi – 3. L'ADR nell'esperienza europea – 4. Il procedimento ABF, caratteristiche – 5. Il procedimento.

## 1. Il Contesto di riferimento ed il sistema di accesso alla giustizia

L'Arbitro Bancario Finanziario rappresenta ormai, dopo tredici anni dalla sua istituzione, una componente di rilievo non solo dell'insieme dei meccanismi di ADR che operano nel nostro paese, ma, più significativamente, del complesso degli strumenti di accesso alla giustizia, in una prospettiva che si estende ormai ben oltre quelli relativi alla giurisdizione in senso stretto (si consideri a questo proposito anche la successiva istituzione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, e di quello per le controversie assicurative, che vengono a completare un vero e proprio pilastro ADR del sistema, che comprende organismi che si possono definire come arbitri specializzati, estranei al sistema tradizionale dell'arbitrato ad hoc, a prescindere dalla denominazione di "arbitro" e dalla natura da riconoscere a questo tipo di arbitrato, sulla quale è in corso da sempre un dibattito<sup>1</sup>), e si può senz'altro affermare che tale rilievo possa apprezzarsi non solo nell'ambito del nostro ordinamento, ma anche nel contesto europeo ed extraeuropeo.

Questo allargamento di prospettiva mi pare indispensabile, per meglio inquadrare l'esperienza italiana, e coglierne i punti di contatto con quelle tendenze che si stanno sviluppando in altri paesi, non solo europei, per verificare in quale mi-

\* ADR Center.

1. Per una disamina approfondita del tema cfr. I, Pagni, *L'arbitrio bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie* in G. Conte, *Arbitro Bancario Finanziario*, Giuffrè, 2021, 3 ss.

sura vada nella stessa direzione in modo omogeneo, e meglio comprenderne, al contrario, le specificità.

Il riferimento agli strumenti di accesso alla giustizia, anziché al sistema giudiziario, vuole essere infatti esplicitamente rivolto ai nuovi scenari che si prefigurano in materia, e si ricollega agli sviluppi verificatisi negli ultimi decenni nel rapporto tra metodi non giudiziali di risoluzione delle controversie e decisione giudiziale, sia in conseguenza della crescita della diffusione dei sistemi c.d. alternativi e degli organismi che li amministrano, talora assumendo la funzione di quelli che si denominano comunemente *quasi judicial bodies*, che introducono un ulteriore ed importante elemento innovativo ai fini della configurazione di un sistema di giustizia più ampio di quello giudiziario, sia per la funzione che sono venuti ad assumere<sup>2</sup>.

## 2. Giurisdizione e sistemi c.d. alternativi

Si può infatti individuare, a mio giudizio, una linea di tendenza che può condurre a una trasformazione sostanziale di tale funzione, rispetto a quella iniziale dei metodi di ADR da intendere quali strumenti alternativi a quelli giudiziali, anche se, a ben vedere, fin dall'inizio dello sviluppo dei metodi ADR, si sono comunque configurati come coordinati con questi ultimi.

Mentre, infatti, quella della fase iniziale del movimento ADR era descritta come una funzione alternativa, se non ancillare, pur potendo talvolta essere promossa dallo stesso giudice attraverso lo strumento del *referral*, stiamo assistendo nei tempi più recenti allo svilupparsi di una funzione integrativa rispetto agli stessi provvedimenti giurisdizionali, se non addirittura, in una prospettiva non troppo lontana, di una integrazione strutturale, che viene ad includere la definizione alternativa all'interno dello stesso procedimento giudiziario<sup>3</sup>.

Il ruolo del sistema giudiziario ai fini della risoluzione delle controversie, infatti, pur senza porne in discussione la centralità, ha ormai cessato di rappresentare (anche sul piano teorico) l'unico strumento di risoluzione, per il sorgere o co-

2. Sulla problematica del ruolo "giurisdizionale" dell'ABF, sia pure ai fini della sua legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, cfr M.R. Maugeri *ABF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali*, in G. Conte, *Arbitro Bancario e Finanziario*, cit., 28 ss.

3. Un passaggio intermedio può essere individuato nelle esperienze dei sistemi giudiziari che hanno istituzionalizzato il *referral* in mediazione presso la stessa sede giudiziaria, come avvenuto in Olanda e Slovenia, anche se non ancora incorporandola nella disciplina processuale in senso stretto. Per una prospettiva di integrazione strutturale si tenga presente la riforma inglese che prende il nome da Lord Justice Briggs, che introduce entro un determinato limite di valore le *online courts* cfr R. Susskind, *Online courts and the future of justice*, Oxford University Press, 2019

munque lo svilupparsi, come detto, (anche quando si tratti di istituti già operanti nel passato), accanto al processo, di questi ulteriori meccanismi ADR, secondo la denominazione anglosassone di *Alternative Dispute Resolution*, con una crescente tendenza a superare, anche sul piano concettuale, una visione esclusivista in relazione alla risoluzione delle controversie.

Parallelamente, del resto, la stessa risoluzione giudiziale tende ad articolarsi in una serie di opzioni che non rispecchiano più la tradizionale tipologia, specie negli ordinamenti di *common law*, dove da tempo è ormai in netto calo il numero delle decisioni a seguito di trial, ormai limitate a percentuali inferiori costantemente al 5%, che ha fatto parlare addirittura (nel contesto statunitense, ma lo stesso si può dire di quello inglese) di *vanishing trial*<sup>4</sup>.

La visione esclusivista e tradizionale alla quale si fa riferimento è del resto figlia, se valutata in una prospettiva più profonda nel tempo, dell'esperienza storica degli ultimi due secoli, almeno, che hanno visto il trionfo di quello che, con una felice espressione di grande efficacia, Paolo Grossi ha definito come assolutismo giuridico, e che, trasferito nel campo della risoluzione dei conflitti, si può anche denominare come assolutismo giurisdizionale, naturalmente con tutte le differenze e gli adattamenti che caratterizzano gli ordinamenti delle diverse realtà nazionali, quello stesso esclusivismo di soluzione dei conflitti che aveva fatto riflettere Max Weber, nella *Sociologia Del Diritto*, sulla potenziale esplosione dei procedimenti giudiziari, e dell'attività dei Tribunali, chiamati ad operare come un vero e proprio "sentenzificio".

Benché, infatti, l'arbitrato, nelle sue varie forme, o anche la mediazione, per parlare dello strumento numericamente più diffuso di risoluzione alternativa delle controversie, siano istituti e meccanismi anch'essi tradizionali, storicamente, in ambito europeo (con connotati e denominazioni diversi, talvolta, anche se non sempre<sup>5</sup>, ed ancora di più extraeuropeo, per non parlare dell'esperienza dei paesi asiatici) gli sviluppi più recenti hanno avuto come principale punto di riferimento proprio la mediazione (una mediazione che si caratterizza, peraltro, rispetto alle esperienze del passato, anche remoto per una connotazione che pretende di essere più tecnica e strutturata), sviluppatasi inizialmente negli ordinamenti dei paesi anglosassoni, in primo luogo gli Stati Uniti, a partire dalla metà degli anni '70, dopo la grande crisi petrolifera (la stessa normativa federale e statale è succes-

4. L'espressione è di Mark Galanter; si cfr. anche la posizione di N. Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003.

5. Si pensi alla previsione del tentativo di conciliazione nell'art. 1 del codice Codacci Pisanelli del 1865, e nei più antichi codici degli Stati preunitari italiani, come in quello di Giuseppe II d'Asburgo della fine del '700, e, per un esempio poco conosciuto, all'esplicito riferimento alla mediazione contenuto nello statuto originario della Camera di Commercio di Firenze istituita da Pietro Leopoldo di Lorena nel 1770.

sivamente intervenuta a dare una riconoscimento anche formale al nuovo movimento, con il *Civil Justice Reform Act* (CJRA) del 1990, che ha raccomandato alle Corti Federali di sviluppare e favorire la definizione alternativa delle controversie, con l'*Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA) del 1996 e, nel 1998, infine, con il *Dispute Resolution Act* ha specificamente raccomandato alle Corti l'utilizzazione della *mediation* come strumento alternativo di risoluzione.

Accanto alla mediazione, il concetto di ADR ha ricompreso, oltre all'arbitrato, nelle sue varie forme tradizionali, ed a quelle di nuova concezione comunque ricollegate alla nozione di arbitrato, anche meccanismi eterogenei, e talvolta ibridi, spesso creati dalla pratica, sviluppatasi peraltro prevalentemente nel mondo anglosassone, come l'*early neutral evaluation* (ENE), il *mini-trial*, il *summary jury trial*, l'*expert determination*, l'*adjudication*, e molti altri di carattere misto, che prevedono talora una decisione, anche se generalmente non vincolante, talora una soluzione concordata, o mista, dove la scelta della via non giudiziale è spesso fondata (questa può anzi essere indicata come una caratteristica dei sistemi anglosassoni) sulla previsione di clausole compromissorie contrattuali che articolano anche la stessa procedura applicabile.

Fin dall'inizio del movimento ADR, tuttavia, malgrado l'uso del termine "alternativo", per designare questi nuovi strumenti, e la presenza, all'interno di questo movimento, di componenti dichiaratamente integraliste, ed antagonistiche, anche sul piano ideologico, rispetto alla scelta della via giudiziaria, l'idea dell'ADR si è generalmente proposta, contrariamente a quanto comunemente si ritiene, in senso cooperativo con il sistema giudiziario.

Così la ritroviamo nell'idea di *Multidoor Courthouse* del famoso discorso di Frank Sander del 1976 alla Roscoe Pound conference di Minneapolis, considerato da molti il manifesto fondativo del movimento ADR statunitense, così come nell'idea di un accesso alla giustizia più ampio della sola via giudiziaria, che si ritrova nell'altrettanto prestigioso Florence Access to Justice project del 1978, opera della cooperazione di Mauro Cappelletti e Brian Garth, che ipotizzava, in una ricostruzione articolata e tendenzialmente inclusiva di ogni forma di risoluzione, lo svilupparsi di progressive *waves* destinate a modificare lo stesso scenario del sistema di giustizia, con l'introduzione di nuovi strumenti, tra i quali l'ADR rappresentava appunto una delle componenti fondamentali.

L'idea della *multidoor courthouse*, in altri termini, già contiene in sé, fin dall'inizio, la prospettiva di una pluralità di opzioni a disposizione di chi voglia giungere alla risoluzione di una controversia, ma, ancora più specificamente, in effetti, contiene in sé la caratterizzazione di questi meccanismi come meccanismi comunque azionabili dall'interno (anche se non ancora all'interno) dello stesso sistema giudiziario, riaffermandone quindi la centralità, sia sul piano operativo, e di coordinamento, sia su quello della indispensabile funzione di orientamento

interpretativo, comunque rilevante anche nelle ipotesi di strumenti, come la mediazione, che non devono concludersi con una decisione.

### 3. L'ADR nell'esperienza europea

In ambito europeo, poi, ed in particolare nella legislazione dell'Unione Europea, la disciplina dell'ADR si è prevalentemente incentrata sullo sviluppo e sulla regolamentazione della mediazione.

Anche in questo ambito si ritrova una visione della mediazione, e più in generale dell'ADR, collegata e coordinata alla risoluzione giudiziale delle controversie.

Lo sviluppo di questi strumenti si inquadra in effetti nell'ambito della disciplina e dello sviluppo degli strumenti di accesso alla giustizia, anche in questo caso, quindi, in accordo con una visione tendenzialmente unitaria dei metodi di risoluzione delle controversie.

Il punto di arrivo di questo processo, che ha preso avvio dal Consiglio Europeo di Tampere dell'ottobre 1999, e che ha conosciuto anche momenti di crisi, è rappresentato storicamente dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 "relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale" attuata dall'Italia con la legge delega 69/2009 e con il d.lgs. 28/2010, e dei successivi interventi di modifica, che sancisce anche sul piano del diritto positivo, all'art. 1, il coordinamento degli strumenti di risoluzione non giudiziali con quello giudiziale, anche se formalmente riferito solo alla mediazione.

Si tratta della disposizione che, nell'individuare quale obiettivo della mediazione (ma il riferimento all'ADR in esso contenuto ne impone una lettura che ne indica una portata più ampia) quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la loro composizione amichevole<sup>6</sup>, prevede che ciò avvenga garantendo un'equilibrata relazione tra la mediazione ed il procedimento giudiziario, o più esattamente, sul piano letterale, tra il numero delle mediazioni e quello dei processi ("balanced relationship between the number of mediations and trials").

Ma, ancora più significativamente, la disposizione sembra richiamare una vera e propria relazione istituzionale tra il sistema giudiziario e quello degli strumenti di risoluzione alternativa, costituenti quindi un sistema complessivo e unitario.

Ulteriore caratteristica richiesta dalla Direttiva, in ciò seguendo l'esperienza e la stessa connotazione concettuale statunitense, è rappresentata dalla caratteriz-

6. Si veda anche, a questo proposito l'affermazione contenuta nel punto C del considerando della Risoluzione 25 ottobre 2011 del Parlamento Europeo.

zazione di questi strumenti (in particolare la mediazione) come strumenti strutturati, vale a dire dalla presenza di una serie di fasi, anche se non si ipotizza un modello unico di schema procedurale, e dalla impostazione tecnico-professionale dell'attività dello stesso mediatore, ed anche questa connotazione si può prestare di una riflessione sulla estensione di questi requisiti a tutti gli strumenti alternativi, come elemento omogeneo della categoria.

In base ai principi posti dalla Direttiva non può invece ritenersi come uno strumento alternativo in senso stretto, omogeneo a quello giurisdizionale, per gli stessi motivi, e coerentemente con le premesse appena esposte (e la considerazione si può estendere anche oltre l'ambito della mediazione) l'attività degli uffici interni ad enti ed imprese, pubblici o privati, quale ne sia la denominazione, che si sono andati moltiplicando in questi ultimi anni, competenti a ricevere i reclami degli utenti, e molto spesso, invece, nell'opinione comune, assimilati ad organismi di conciliazione.

L'istituzione dell'ABF, che si inquadra nell'ambito di applicazione della Direttiva 2013/11 UE, si inserisce nel quadro europeo degli organismi ADR che costituiscono la rete FIN NET, presenti in 23 paesi, tra i quali operano in materia bancaria quelli di Austria, Belgio, Repubblica Federale Tedesca, Liechtenstein, Danimarca, Olanda, Lussemburgo, Norvegia, Finlandia, Francia, Svezia, Irlanda, Gran Bretagna, Spagna, Grecia, Repubblica Ceca, oltre naturalmente all'ABF.

Si tratta di un complesso di organismi e di sistemi che presentano anche sensibili differenze, sul piano della competenza e della struttura, nonché dei poteri loro attribuiti, ma che costituiscono un insieme di istituzioni che possono certamente rientrare, almeno nella maggior parte dei casi, nella nozione di *quasi judicial bodies*, per richiamare la terminologia già ricordata, tra i quali si possono individuare esempi molto vicini al modello ABF, ed altri molto diversi, specie per quanto riguarda la presenza di procedure che comprendono tanto la soluzione *adjudicative* che quella *mediatoria*<sup>7</sup>.

Nell'ambito degli organismi europei, ferma restando la peculiarità del modello ABF, che prevede una procedura complessa e che, seppure non coincidente con alcun modello di arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile, costituisce, per il rilievo della sua attività e del ruolo che ormai riveste nel sistema, un model-

7. Si confronti, per un contributo articolato e recente sul tema M. Stella, *L'ABF nel panorama europeo*, in G. Conte, *Arbitro Bancario e Finanziario*, cit., 43 ss., che nota, sul piano generale, che la Direttiva 2013/11/UE non imponga un modello vincolato, con particolare riferimento alla possibilità che il procedimento si concluda con una decisione vincolante o non vincolante, e che l'efficacia vincolante operi solamente per l'intermediario. Lo stesso autore rileva come l'efficacia vincolante della decisione dell'organismo ADR non contrasterebbe, in linea di principio, con il disposto dell'art. 6 della CEDU, che richiede esclusivamente la precostituzione per legge dell'organo decisorio, senza escludere, come nel nostro ordinamento, un divieto di costituzione di giudici speciali.



lo anche sul piano strettamente procedimentale per gli altri paesi, si può senz'altro citare, per il suo rilievo, e per la sua relativa comparabilità al sistema italiano, l'esempio del Financial Ombudsman Service Ltd britannico, FOS, che riveste un ruolo di grande rilievo e tratta un numero molto elevato di controversie, comprendenti non solo, come nel caso dell'ABF, le controversie di carattere bancario, ma anche quelle finanziarie ed assicurative, e che non richiede neppure la presenza di una controversia vera e propria già instauratasi tra le parti, potendo operare anche a fini di consulenza.

A titolo esemplificativo si può notare che la procedura prevede un primo passaggio affidato a un *adjudicator*, termine che come è noto fa riferimento a una specifica forma ADR operante in Inghilterra, ad esempio nel campo dei contratti di appalto edilizi, su base legislativa ed anche contrattuale, ma che, a dispetto del nome, tende principalmente alla ricerca di una soluzione concordata, come del resto prevede anche la procedura della proposta conciliativa da parte del Presidente del Collegio ABF, introdotta dall'ultima versione delle Disposizioni (benché, nel caso del FOS, applicabile senza i limiti molto ristretti previsti per la proposta conciliativa del Presidente del Collegio ABF).

La controversia, in caso di fallimento di questa fase conciliativa (la proposta conciliativa trova comunque molti altri esempi nelle procedure degli ADR bancari europei) potrà essere deferita, su istanza delle parti, al collegio arbitrale, che in teoria potrebbe anche svolgere udienze istruttorie<sup>8</sup>.

Un altro organismo europeo che può rappresentare un interessante punto di riferimento è quello olandese, il KIFID, anch'esso, come nel caso del FOS, competente anche nella materia assicurativa, al quale gli intermediari soggetti ad autorizzazione devono obbligatoriamente aderire. La decisione, che interviene solo dopo il fallimento della fase conciliativa, sarà vincolante per le parti se l'intermediario dichiara di accettarlo<sup>9</sup>.

8. Cfr. sempre M. Stella, *L'ABF nel panorama europeo*, cit., il quale nota come la possibilità di un'attività istruttoria che vada oltre quella strettamente documentale sia molto rara, per le possibili ripercussioni sulla durata del procedimento, che hanno portato anche a una azione risarcitoria proposta nei confronti dell'Ombudsman proprio per l'irragionevole durata del procedimento. Lo stesso autore rileva che l'Ombudsman non è vincolato a decidere secondo diritto, benché debba motivare l'eventuale scelta di discostarsene, ma sia tenuto a decidere secondo quanto reputa "*fair and reasonable*". Il riferimento alla procedura del FOS appare rilevante anche per la particolarità della disciplina relativa all'efficacia della decisione, che, se favorevole al cliente, diviene vincolante per l'intermediario, se il cliente l'accetta, e, come riporta lo stesso autore, è impugnabile dall'intermediario dinanzi al Giudice ordinario solo con *Judicial review*, in ipotesi determinate, e non consente la proposizione di una nuova azione dinanzi al Giudice.

9. Cfr. M. Stella, *L'ABF nel panorama europeo*, cit., per il quale un valido incentivo per gli intermediari ad accettare questa previsione può consistere anche in una maggiore fiducia che potranno così ispirare ai clienti.

Il sistema degli organismi aderenti alla Fin Net, benché la loro grande varietà di regolamentazione ne renda problematico un inquadramento unitario, presenta tuttavia un indubbio rilievo anche al fine di individuare un nucleo di requisiti comuni che possano caratterizzare l'arbitrato o la mediazione bancaria in Europa, specie al fine di garantire l'indipendenza e la neutralità delle strutture che amministrano questi strumenti, e che possano costituirne uno statuto.

#### **4. Il procedimento ABF, caratteristiche**

L'istituzione dell'ABF, sotto questo profilo in modo omogeneo a quella del FOS e di altri organismi ADR bancari europei, si fonda su previsioni di legge, e questa caratteristica, come si è già accennato a proposito del FOS, può ritenersi coerente con il disposto dell'art. 6 CEDU, e può anche costituire un ulteriore ed anzi discriminante criterio di riferimento per l'individuazione di un primo elemento caratterizzante omogeneo che raggruppa alcuni degli organismi ADR bancari europei.

La norma istitutiva si deve individuare in quella dell'art. 128-*bis* del Testo Unico Bancario, che, nell'ambito delle iniziative dell'Unione volte allo sviluppo di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, impone agli intermediari bancari e finanziari di aderirvi, rimettendo al Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR), la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente, che ne assicuri l'imparzialità e la rappresentatività, e la disciplina dell'Organismo si articola poi in una serie di interventi c.d. "a cannocchiale" che partono proprio dalle delibere del CICR, la n. 275 del 29 luglio 2008 e successive modificazioni, che ha dettato le disposizioni fondamentali del nuovo organismo, tra le quali la stessa denominazione ABF, e si articolano poi nelle ulteriori disposizioni dettate dalla Banca d'Italia.

La Banca d'Italia, infatti, è stata designata quale Autorità Nazionale competente per l'ABF dal Decreto Legislativo 6 agosto 2015, n. 130, in attuazione della Direttiva 2013/11 UE già citata, e sostiene sul piano strutturale l'attività dell'ABF, attraverso le Segreterie Tecniche dei Collegi, assicurando peraltro l'indipendenza di questi ultimi nella loro attività, un requisito questo che si deve ritenere fondamentale ai fini della stessa rappresentatività ed imparzialità che sono oggetto della delibera CICR, e che rappresenta un ulteriore requisito che deve ricorrere ai fini del riconoscimento dell'indipendenza istituzionale dell'attività di qualsiasi organismo arbitrale in ambito europeo.

Sulla base della delibera CICR già ricordata, e successive modifiche, la Banca d'Italia ha emanato poi le *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle*

*controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, che contengono la disciplina finale ed estesa della struttura e dell'attività dei Collegi, ed in particolare del procedimento, attuativa delle disposizioni del CICR, anche se tale disciplina deve integrarsi con quella del *Regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF*, che ha un oggetto molto più limitato, ed in particolare rivolto alla disciplina della decisione dei ricorsi, in modo concorrente con la corrispondente parte delle Disposizioni, anche se il rapporto tra le due fonti di regolamentazione non risulta espressamente determinato, e che contiene peraltro anche disposizioni di carattere istruttorio, oltre a quelle relative alla rimessione del ricorso al Collegio di Coordinamento ed al funzionamento della Conferenza dei Collegi, due organismi caratteristici della disciplina ABF, la cui funzione è quella di garantire l'omogeneità degli orientamenti dei Collegi.

Esiste peraltro un'altra fonte regolamentare che, a dispetto del nome, ed in modo originale, include anche disposizioni di carattere procedimentale, vale a dire il Codice Deontologico per i componenti dell'organo decidente, che contiene innanzitutto regole per garantire la correttezza, l'indipendenza, e l'imparzialità dei componenti dei Collegi, anche se alcune delle regole in materia sono contenute anche nelle Disposizioni e nel Regolamento<sup>10</sup>, e disciplina l'astensione dei Componenti del Collegio, ma anche, ciò che appare indubbiamente singolare, rispetto ai comuni codici deontologici, i criteri cui i componenti devono attenersi nella valutazione della prova.

Si tratta, in conclusione, di un corpus di norme articolato e complesso, che impone un'attenta attività di verifica, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili, specie di carattere procedimentale, talvolta integrative, e talora anche apparentemente in sovrapposizione tra loro, con i conseguenti problemi interpretativi.

La normativa, coerentemente a quanto già esposto in riferimento ad altre norme, pone grande attenzione al profilo dell'imparzialità e dell'indipendenza dei componenti (accanto a quello della professionalità), che sono scelti dalla Banca D'Italia, dalle Associazioni degli intermediari e dalle assegnazioni rappresentative dei clienti (e degli imprenditori) e che compongono poi il collegio in una proporzione che assicura in ogni caso la maggioranza ai componenti di scelta della Banca d'Italia, e fa obbligo ai componenti, la cui posizione a tale riguardo è già valutata al momento della nomina di segnalare l'esistenza di possibili situazioni di conflitto di interessi, anche riferite semplicemente alla questione oggetto di decisione.

Questa preoccupazione costante che ha ad oggetto l'indipendenza e l'imparzialità dei componenti dei Collegi garantisce all'ABF quella caratteristica di terzietà che, come si è già osservato, costituisce un requisito indispensabile per la

10. Cfr. anche il punto 4 della sezione terza delle disposizioni.

qualificazione dell'organo, nell'ambito degli organismi che oggi vengono raggruppati nella categoria dei *quasi judicial bodies*, destinati ad operare nell'ambito del sistema integrato di giustizia al quale si è fatto cenno in precedenza.

Fondamentale, ai fini del buon funzionamento dell'ABF, appare l'attività della segreteria tecnica, struttura della banca d'Italia istituita nelle sedi ove ha sede un Collegio ABF.

La segreteria tecnica costituisce il vero e proprio motore dell'attività dell'Arbitro bancario, la cui attività rende possibile il raggiungimento degli obiettivi di efficienza qualitativa e quantitativa che le norme interne e sovranazionali impongono all'organismo, e potrà rappresentare un punto di riferimento importante anche per il sistema giudiziario, in relazione all'attività dell'Ufficio per il Processo recentemente istituito con la finalità di potenziare ed assistere l'attività del giudice.

Si potrebbe anzi individuare nella struttura di assistenza all'organo giudicante e nei requisiti che deve possedere, anche sul piano dell'indipendenza, un ulteriore elemento qualificante del modello di organo di giustizia non giudiziale suscettibile di fornire un utile punto di riferimento alle analoghe strutture operanti presso gli uffici giudiziari.

La segreteria, oltre all'attività di carattere amministrativo, gestita peraltro prevalentemente in modo telematico, oltre alla competenza, concorrente con quella del Presidente (anche in questo caso si tratta di un potere concorrente originale, che si inquadra nei poteri inerenti una sorta di doppia dirigenza) di formazione del calendario delle riunioni, valuta anche, per sottoporli al Presidente del collegio, profili di (manifesta) inammissibilità dei ricorsi, ed assume anche un ruolo attivo ai fini della richiesta di integrazioni documentali, compiti certo estranei a quelli che svolgono le cancellerie degli organi giudiziari, almeno in Italia, anche se in qualche modo assimilabili ad alcuni dei compiti che le stesse strutture svolgono in altri sistemi, come nel caso del *Court Service* inglese.

Ma, soprattutto, per gli effetti decisivi che tale compito ha sulla stessa efficienza quantitativa e qualitativa dell'attività dei collegi, la segreteria cura la formazione del fascicolo del ricorso (un fascicolo interamente digitale), che comprende anche, oltre agli atti, una relazione che deve essere posta tempestivamente a disposizione dei singoli componenti del collegio, che, riportando gran parte delle risultanze istruttorie documentali contenute negli atti delle parti, ne consente una più rapida valutazione da parte del relatore.

L'organizzazione appena descritta è certamente destinata ad arricchirsi di nuovi strumenti operativi attraverso l'uso della intelligenza artificiale, nel prossimo futuro.

## 5. Il procedimento

Si è già notato come la disciplina del funzionamento dell'ABF, per la complessità e la varietà delle fonti, appaia particolarmente complessa, richiedendo spesso una valutazione contestuale di normative concorrenti e potenzialmente integrantesi tra loro, senza che sia sempre possibile, e tantomeno agevole, una rapida ed automatica individuazione della disciplina sulla base della stessa gerarchia delle fonti.

Il problema non riguarda peraltro solamente il rapporto tra le diverse fonti di regolamentazione speciale, ma investe anche quello tra la disciplina speciale così individuata e quella di legge, per così dire di diritto comune, considerando che il punto 3 della sezione VI delle disposizioni dispone che il collegio, ai fini della decisione del ricorso applica *“le disposizioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisce”*.

Si tratta di un punto di grande rilievo, evidentemente, perché anche questa previsione incide sulla stessa connotazione dell'ABF come organismo inserito in un più ampio sistema di giustizia, al quale ho già fatto ripetutamente riferimento, e con il quale deve necessariamente coordinarsi, toccando da un lato i profili di diritto processuale, dall'altro, attraverso il rapporto con la Giurisprudenza della SC di Cassazione, anche quelli di carattere sostanziale, tenendo presente che è principio costantemente affermato dai Collegi ABF quello della centralità delle decisioni delle SU della Corte di Cassazione, organo di chiusura del sistema.

I Collegi hanno avuto modo in più occasioni di valutare l'applicabilità al procedimento di norme contenute nel codice di procedura civile, non solo per quanto riguarda le regole generali che hanno ad oggetto, in generale, l'onere della prova ed il principio della domanda, più volte richiamati nelle decisioni, ma anche per quanto riguarda aspetti specifici e particolari della disciplina, come ad esempio il principio di non contestazione o la stessa inapplicabilità del principio della soccombenza virtuale.

Le norme del codice di procedura, in sostanza, vengono ad assumere, per così dire, il ruolo di diritto comune, applicabile in mancanza di una norma specifica contenuta nella normativa specialistica, pur potendosi ragionevolmente ipotizzare la prevalenza della normativa codicistica su quest'ultima, qualora si configuri un contrasto, e comunque di norma di riferimento a fini di interpretazione conforme.

Naturalmente, una simile integrazione normativa presenta aspetti molto complessi e problematici per le possibili sovrapposizioni di norme, non sempre integralmente coincidenti sul piano della materia disciplinata e tenendo presente anche la specificità di un procedimento, come quello dell'ABF, che è caratterizzato da una forma di contraddittorio non omogeneo, potendo il collegio esaminare

solo le domande dei clienti e non quelle degli intermediari, e non consente generalmente una comparazione omogenea per fasi, rispetto al procedimento civile ordinario, anche se tale comparazione può avere ad oggetto i singoli istituti.

Il procedimento ABF presenta infatti una struttura originale, non sovrapponibile a quello del processo civile, articolandosi in una fase iniziale che nasce dalla proposizione del ricorso, si sviluppa poi in una successiva fase di raccolta delle difese e dei documenti che dovranno essere posti a base della decisione, e si conclude, nei termini rigidi previsti dalle disposizioni, con la decisione del collegio, da assumersi entro 90 giorni dalla data di completamento della procedura con il deposito degli scritti difensivi o il decorso dei relativi termini, seguita poi dalla fase di verifica dell'adempimento della decisione.

Lo schema procedimentale, a differenza di quanto avviene in un procedimento arbitrale ordinario o in un procedimento giurisdizionale, si caratterizza in primo luogo per una scansione per così dire bifasica, essendo prevista, a pena di inammissibilità, la proposizione di un reclamo nei confronti dell'intermediario, un reclamo che, per potersi ritenere regolarmente proposto, deve avere identico oggetto, rispetto al ricorso.

Il reclamo, benché spesso sia questa la connotazione che viene data all'istituto, non si può qualificare semplicemente come condizione di procedibilità del ricorso, ma rappresenta, come lo stesso Collegio di Coordinamento ha avuto modo di rilevare<sup>11</sup>, un atto destinato ad integrarsi con il successivo ricorso, sia ai fini della determinazione della domanda, sia anche ai fini della individuazione del materiale probatorio, unitamente alla risposta dell'intermediario.

Per quanto riguarda invece l'articolazione della fase istruttoria vera e propria, nessuna istruzione orale, o discussione orale, è possibile, così come non è prevista alcuna attività di consulenza tecnica, benché le parti possano depositare consulenze di parte a sostegno delle rispettive difese, ciò che costituisce (così come l'assenza di un obbligo di assistenza legale) la più significativa differenza rispetto al procedimento giurisdizionale, dal momento che anche quest'ultimo, nella materia bancaria, è caratterizzato da una istruttoria quasi esclusivamente documentale.

11. Cfr. Collegio di Coordinamento 12 giugno 2017, che, dopo avere comunque qualificato il reclamo quale condizione di procedibilità, aggiunge però che "(...) tale fase preliminare non condiziona solo formalmente l'avvio del procedimento avanti all'ABF, ma refluisce ed influisce anche sulla decisione del merito della controversia (...)", notando come, essendo quello dinanzi all'ABF un procedimento a contraddittorio "contratto", l'esame degli atti e dei documenti acquisiti in questa fase assume un'importanza speciale, considerando che il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo, che diviene pertanto uno strumento interpretativo della domanda proposta con il ricorso, oltre ad assumere rilievo istruttorio attraverso la documentazione relativa alla fase del reclamo.

La fase preliminare del procedimento presenta invece caratteristiche peculiari, che tendono a risolvere in via preliminare ed anticipata ogni questione che possa precludere l'esame del merito.

Le caratteristiche procedurali telematiche del procedimento comportano anche una ulteriore e caratteristica conseguenza per quanto riguarda la raccolta del materiale utilizzabile ai fini della domanda, vale a dire l'esclusione dello stesso inserimento materiale nel fascicolo delle produzioni successive ai termini massimi previsti dalle disposizioni, una volta trascorsi i termini per le repliche e le controrepliche. Si tratta di una conseguenza dell'adozione di un procedimento telematico che prevede moduli e spazi specifici da utilizzare, e che ordinariamente, salva naturalmente la possibilità che le parti contestino specificamente la legittimità dell'esclusione dei documenti, non richiede né prevede neppure una valutazione da parte del collegio, ma opera in via automatica, escludendo da tale valutazione il materiale documentale prodotto tardivamente e potrebbe anche essere gestita dagli strumenti di intelligenza artificiale.

La fase per così dire preliminare del procedimento, come già detto, e che ne rappresenta una caratteristica originale, finalizzata all'efficiente trattazione anticipata di questioni che possono rendere inutile la sua prosecuzione, attuando la finalità di *early control of the case* tipico della nozione di *case management*, impone alla segreteria di individuare e sottoporre all'esame del Presidente del collegio possibili cause di inammissibilità del ricorso, categoria che, nell'ambito del procedimento ABF, è molto ampia e raggruppa molte ipotesi anche eterogenee e peculiari del procedimento ABF.

In primo luogo si tratta delle questioni che riguardano la competenza, e che hanno ad oggetto in primo luogo la materia che può essere trattata dal collegio, che comprendono innanzitutto l'individuazione dei soggetti che possono promuovere e nei cui confronti può essere promosso il procedimento, vale a dire i clienti e gli intermediari, oggetto di specifiche "definizioni" nella parte iniziale delle disposizioni, che costituiscono quindi un numero limitato, rispetto a tutti i soggetti astrattamente ricompresi in queste categorie, dai quali sono esclusi i clienti che operino in modo professionale nei settori interessati e, d'altro lato, gli intermediari non iscritti all'albo previsto dall'art. 106 TUB.

Sotto la denominazione di "Ambito di applicazione oggettivo", le disposizioni richiamano una serie di ipotesi diverse; in primo luogo, sul piano generale, si prevedono le controversie "relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari", con esclusione peraltro di quelle attinenti ai "servizi e alle attività di investimento" così come di quelle estranee al titolo VI del TU, e quelle di carattere tributario, come costantemente affermato dagli orientamenti ABF.

Le disposizioni limitano la competenza dell'ABF alle pronunce di accertamento (con esclusione di decisioni di carattere costitutivo) di diritti obblighi e

facoltà, con il limite di valore di 200.000 euro, come recentemente aumentato, e con esclusione delle pretese di risarcimento del danno che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione, e di quelle relative a beni e servizi diversi da quelli bancari.

Una ipotesi caratteristica della competenza ABF è costituita dalla fissazione di limiti temporali, distinti e del tutto indipendenti dalla disciplina della prescrizione, che, nella recente modifica delle disposizioni, è fissata non più in relazione a una data di sbarramento fissa, ma con l'introduzione di un termine di 6 anni, per assicurare la prossimità temporale dei fatti oggetto di ricorso, un elemento caratterizzante in base alla stessa finalità dell'istituto.

La necessità di evitare contrasti con la giurisdizione ordinaria sul singolo caso oggetto di un ricorso, e che costituisce, come già notato, un principio fondamentale del sistema dell'arbitrato ABF, ha condotto a un'ulteriore previsione di inammissibilità, che gli orientamenti ABF qualificano come litispendenza, anche se certamente non in modo omogeneo rispetto al corrispondente istituto del codice di procedura civile; si tratta dei ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, e a quelle per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione, disposizioni che vanno integrate anche con quelle relative alla proposizione di azione di fronte all'Autorità Giudiziaria in pendenza di ricorso.

Ma la categoria dell'inammissibilità comprende anche casi del tutto diversi, vale a dire i casi di manifesta irricevibilità ed inammissibilità, che conducono a una pronuncia presidenziale preliminare, salvo che non ritenga di sottoporre la decisione al collegio, e che non si limitano alla manifesta inammissibilità nelle ipotesi appena descritte, ma si estendono innanzitutto alle questioni che riguardano la mancanza od inefficacia del reclamo, e quelle relative ad irregolarità documentali e di obblighi contributivi, anche nei casi nei quali la stessa segreteria, di propria iniziativa, abbia invitato inutilmente il ricorrente a sanare tali irregolarità.

Prima di giungere alla decisione collegiale del ricorso, le disposizioni hanno recentemente introdotto la possibilità di una definizione anticipata della controversia affidata a una decisione del Presidente o all'accoglimento di una sua proposta, una previsione che, come si è già detto, è prevista anche nella regolamentazione di altri paesi europei, anche se, come già notato, subordinata a limiti molto rigidi, vale a dire la presenza di orientamenti consolidati che eliminino ogni incertezza sull'esito della controversia.

La fase della decisione si presenta molto simile a quella del procedimento civile ordinario, salvo che per l'assenza di memorie e di ulteriori scritti difensivi e di una eventuale discussione orale (ad eccezione di quanto può essere disposto dal Collegio di Coordinamento in materia di deposito di memorie, secondo la più recente disciplina che ha modificato le Disposizioni).



Unica particolarità, rispetto allo schema già descritto in relazione alla raccolta del materiale probatorio, è rappresentata dalla possibilità per il Collegio di disporre la c.d. “integrazione istruttoria”, qualora si possa individuare un principio di prova di un elemento rilevante ai fini della decisione che si ritenga necessario corroborare con ulteriori elementi. In effetti, non si può istituire un parallelismo con i poteri probatori di ufficio attribuiti al giudice civile, per la differenza dei presupposti, per quanto proprio la previsione di tali poteri dimostra che l’attribuzione di poteri di ufficio in materia di prova non appare una previsione estranea ai principi vigenti in materia, e comuni tanto al sistema processuale giurisdizionale che a quello delle procedure non giudiziali di accesso alla giustizia.

Nella materia dell’onere della prova la stessa pronuncia 12 giugno 2017 del Collegio di Coordinamento già citata assume rilievo centrale.

In primo luogo, il Collegio rivolge la sua attenzione a quello che definisce come il “singolare dovere collaborativo attribuito all’intermediario (ben eccedente il limite del dovere di lealtà sancito nell’art. 88 c.p.c.)”, un dovere il cui mancato assolvimento è sanzionato dalle disposizioni con la previsione di rendere pubblica la mancata cooperazione dell’intermediario alla procedura anche se non abbia reso impossibile la decisione. Si tratta di una previsione del tutto peculiare, in effetti, ma che non incide comunque sulla distribuzione dell’onere della prova, escludendo la stessa pronuncia che la mancata costituzione dell’intermediario possa “rendere indiscriminatamente incontrovertibili tutti i fatti allegati dal ricorrente” e “tradursi nella inversione della distribuzione dell’onere della prova”, così confermandosi la vigenza anche nel procedimento ABF del principio dell’onere della prova a carico della parte che afferma una pretesa.

Il Collegio, tuttavia, in relazione al potere di integrazione istruttoria (attualmente previsto dalla sezione VI, punto 2 delle Disposizioni e dal Regolamento), afferma che tale potere può essere esercitato anche in caso di prova documentale incompleta, quando cioè sia configurabile un principio di prova, aggiungendo che si tratta di un potere esercitabile a favore di entrambe le parti.

L’uniformità degli orientamenti dei Collegi, il cui numero aumentato a 7 rende certamente più frequente la possibilità di divergenze interpretative, è un obiettivo molto sentito dal sistema, ed al cui conseguimento è finalizzata l’azione sia del Collegio di Coordinamento, organo decisorio centrale, destinato a risolvere i contrasti negli orientamenti dei Collegi sia quella della Conferenza dei Collegi, che, pur non risolvendosi in una decisione è destinata a facilitare il confronto tra i Collegi e favorire una convergenza tra le diverse posizioni.

Questi caratteri fondamentali del procedimento ABF possono adattarsi alla individuazione di caratteri comuni anche alla più ampia categoria degli organismi di arbitrato specializzato.

# L'ARBITRO IVASS: PRIMA FORMA DI GIUSTIZIA PREDITTIVA?

NICOLA SOLDATI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le procedure ADR e la tutela del consumatore nella disciplina dell'Unione europea – 3. Il Codice delle assicurazioni alla luce della trasposizione della Direttiva 2016/97/UE – 4. L'implementazione degli strumenti ADR nell'ambito assicurativo e la creazione dell'Arbitro assicurativo (ASS) – 5. Le decisioni dell'arbitro assicurativo come primo passo verso una forma di giustizia predittiva di settore – 6. L'ambito di intervento dell'arbitro assicurativo: una sfida complessa – 7. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

Nell'ambito del diritto delle assicurazioni l'evoluzione della normativa europea, e, di pari passo, di quella nazionale dei Paesi membri, ha generato una molteplicità di sistemi di risoluzione delle controversie tra di loro assai differenti, in termini di procedura, costi e forme di gestione.

In questi ambiti cominciano a trovare spazio anche le prime forme di giustizia predittiva<sup>1</sup>, che rappresenta un campo emergente nel sistema giudiziario il quale fa uso di algoritmi e dell'analisi dei dati per prevedere risultati legali e tendenze in base a dati storici e attuali. Gli algoritmi possono essere utilizzati in diverse fasi del processo legale, ad esempio per stimare l'esito di una causa, identificare possibili pregiudizi nei giudizi, ovvero assistere i giudici nella decisione delle sentenze<sup>2</sup>.

\* Università di Bologna.

1. Il 3-4 dicembre 2018, a Strasburgo, la Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ) approva il documento *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment*. È la prima volta, ci pare, che in un testo ufficiale europeo, che riguarda i 47 Paesi del Consiglio d'Europa, le parole "giudice" e "intelligenza artificiale" vengano accostate.

2. R. Bichi, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisionario. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020, 423-447; M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Dir. Civ.*, III, 2018, 1.

Tuttavia, la giustizia predittiva solleva alcune preoccupazioni, tra cui la trasparenza degli algoritmi, la possibilità di discriminazione nei confronti di determinati gruppi e la privacy dei dati<sup>3</sup>. È importante trovare un equilibrio nell'uso della tecnologia tra il migliorare l'efficienza del sistema giudiziario<sup>4</sup> e il garantire la protezione dei diritti fondamentali<sup>5</sup>.

La giustizia predittiva è un argomento in evoluzione e suscita dibattiti su come utilizzare in modo responsabile ed etico l'analisi dei dati nel campo legale<sup>6</sup>.

Il rapporto tra giustizia predittiva e strumenti ADR appare di sicuro interesse, in modo particolare in alcune materie, quale quella assicurativa, poiché caratterizzata dalla serialità del contenzioso e dalla presenza di strumenti matematici codificati per la quantificazione del danno sempre più sofisticati e precisi.

La serialità del contenzioso porta inevitabilmente a una moltiplicazione delle liti che il legislatore ha, negli anni, imbrigliato all'interno di forme alternative di risoluzione delle controversie idonee a garantire una sistematica deflazione del contenzioso il quale, come è noto, prolifera proprio laddove la giurisprudenza risulta più frammentata e controversa.

La giustizia predittiva può essere integrata nelle ADR per migliorare la comprensione delle parti coinvolte in merito ai possibili risultati di una disputa; tuttavia, giustizia predittiva e ADR operano su due differenti livelli perché la prima si concentra sulla previsione degli esiti legali di una lite, mentre la seconda mira a risolvere la controversia.

A fare tempo dai primi anni novanta, gli strumenti ADR hanno assunto nell'Unione Europea un ruolo sempre crescente, tanto è vero che si è assistito a un continuo fiorire di iniziative e di disposizioni normative nelle quali la negoziazione assistita, la mediazione e l'arbitrato<sup>7</sup> sono divenuti di importanza strategica

3. E. Rulli, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 533.

4. A. De La Oliva Santos, "Giustizia predittiva", *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del Justizklavier*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 883.

5. E. Longo, *Le insidie della giustizia predittiva: la prospettiva costituzionale*, in *Le corti fiorentine*, 2, 2021, 3.

6. Il dibattito risulta particolarmente acceso nell'ambito del diritto tributario; al riguardo si vedano: A. Carinci, *Il processo tributario alla prova della giustizia predittiva*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2022, 24; F. Pistolesi, *Opportunità e limiti del prospettato modello di giustizia predittiva tributaria*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2022, 30; F. Farri, *La giustizia predittiva in materia tributaria*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2022, 674; C. Sacchetto, *Processo tributario telematico e giustizia predittiva in ambito fiscale*, in *Rass. trib.*, 2020, 41.

7. Nel *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale* (COM(2002) 196 def. 19 aprile 2002) all'art. 1 viene affermato che: "Da qualche anno si assiste, negli Stati membri, a uno sviluppo normativo dei modi cosiddetti alternativi di composizione o di risoluzione delle controversie, anche se si concorda nel dire che tali metodi sono molto antichi. I vantaggi propri a questi metodi di giustizia privata e la crisi di efficacia della

nella gestione del contenzioso<sup>8</sup> sulla scia di quanto già accaduto dagli anni settanta negli Stati Uniti<sup>9</sup>, con un potenziale di sviluppo non solo con i sistemi tradizionali, ma anche sotto la veste di ODR<sup>10</sup>.

giustizia hanno in effetti suscitato un rinnovato interesse per simili metodi di composizione delle controversie più consensuali rispetto al ricorso al giudice o all'arbitro. A livello comunitario vengono profusi sforzi notevoli per accompagnare il loro sviluppo, in particolare nell'ambito della società dell'informazione, al fine di accrescere la fiducia dei consumatori e delle piccole e medie imprese nel commercio elettronico. I modi alternativi di risoluzione delle controversie, ai sensi del presente Libro verde, designeranno pertanto le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto. I modi alternativi di risoluzione delle controversie saranno pertanto designati in appresso con l'acronimo che tende ad imporsi universalmente nella pratica: 'ADR', che sta per 'Alternative Dispute Resolution'. Il presente Libro verde tratterà unicamente dei modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale, comprese quelle di diritto del lavoro o in materia di consumo”.

8. Per quanto attiene alla dottrina italiana in materia si rinvia, *inter alia*, a: M.A. Zumpano, *ADR e riforma del processo civile*, in *Questione giustizia*, 2021, 135; D. Mirella, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del PNRR*, in *Questione giustizia*, 2021, 152; M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 31; G. Alpa, *Arbitration and ADR reforms in Italy*, in *Dir. comm. int.*, 2017, 259; V. Varano, *La cultura dell'ADR: una comparazione fra modelli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 33; T. Rossi, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 831; E.M. Appiano, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contratto e impresa Europa*, 2013, 965; E.M. Lombardi, *La mediazione e lo spazio cibernetico: uno sguardo alle proposte della Commissione europea su ADR e ODR*, in *Giust. civ.*, 2012, 457; G. Gioia, *Il nuovo “pacchetto” della Commissione Europea sull'ADR*, in *Corr. giur.*, 2012, 697; F. Capriglione, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, 261; G. Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, 349; G. Deodato, *Conciliazione e arbitrato, fra indicazioni europee ed iniziative nazionali*, in *Iustitia*, 2, 2008, 179; C. Vaccà, *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in *Contratti*, 2008, 857; S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione, (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2004.

9. O.G. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Giuffrè, 2007, 140; P.B. Edelman, *Institutionalizing Dispute Resolution Alternative*, in *Just. Sys. J.*, 9, 1984, 134; J.K. Lieberman, J.F. Henry, *Lessons from the alternative Dispute Resolution Movement*, in *U. Chi. L. Rev.*, 53, 1986, 424; A.L. Levin, D. Golash, *Alternative dispute resolution in Federal District Courts*, in *U. Fla. L. Rev.*, 37, 1985, 29; G. De Palo, G. Guidi, *Risoluzione alternative delle controversie nelle Corti Federali degli Stati Uniti*, Giuffrè, 1999, 6.

10. Risulta crescente nel settore assicurativo l'acquisto *online* di polizze assicurative che porta a una formulazione di offerte che troverebbero proprio nello spazio virtuale un luogo dove gestire le relative controversie. Per un'analisi comparata del fenomeno si rinvia *inter alia* a J. Rifk in, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, 2001; E. Clark, A. Hoyle, *Online Dispute Resolution: Present Realities and Future Prospects*, 17th Bileta Conference, Amsterdam, 2002, testo disponibile al sito: [www.bileta.org.uk/wp-content/uploads/On-line-Dispute-Resolution-Present-Realities-and-Future-Prospects.pdf](http://www.bileta.org.uk/wp-content/uploads/On-line-Dispute-Resolution-Present-Realities-and-Future-Prospects.pdf); C. Rule, *Online Dispute Resolution For Business: B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and other Commercial Conflicts*, Jossey-Bass, 2002; D.A. Larson,

La scelta del legislatore europeo di adottare strumenti ADR anche in materia assicurativa costituisce un ulteriore allineamento verso una disciplina unitaria delle procedure alternative di risoluzione delle controversie nell'ambito dei Paesi membri.

Tuttavia, la particolare specializzazione della materia impone una specifica attenzione allo strumento da utilizzare, sia per l'imprescindibile necessità di professionalità, efficienza e tempestività della gestione del contenzioso, che per il coinvolgimento degli interessi dei consumatori, oltre alla potenziale internazionalità della lite.

Nei Paesi dell'Unione europea, la regionalizzazione delle giurisdizioni statali civili crea, ancora oggi, nonostante i continui interventi del legislatore, una mancanza di uniformità nella gestione delle liti e, talvolta, considerevoli costi di accesso alla giustizia, oltre che tempistiche assai differenti sul territorio, che, in taluni Paesi, si contraddistinguono per il loro carattere oltremodo patologico.

La Commissione ha più volte evidenziato nei propri considerando come la frammentazione del mercato interno sia dannosa per la competitività, la crescita e la creazione di posti di lavoro all'interno dell'Unione Europea, sicché la possibilità di eliminare gli ostacoli diretti e indiretti per il buon funzionamento del mercato interno e migliorare la fiducia dei cittadini nella giustizia è essenziale per il completamento del mercato interno stesso.

Le disparità di copertura, di qualità e di conoscenza degli strumenti ADR all'interno degli Stati membri costituisce, a tutti gli effetti, una barriera allo sviluppo del mercato interno; per questi motivi, le imprese potrebbero limitare o addirittura astenersi dal vendere beni e servizi ai consumatori di altri Paesi membri in cui non vi è un sufficiente accesso alle procedure ADR di elevata qualità.

Allo stesso modo, risulta assai evidente come le imprese stabilite in uno Stato membro, in cui le caratteristiche essenziali delle procedure ADR non sono sufficientemente conosciute, si trovano in una situazione di svantaggio competitivo rispetto alle imprese che, avendo accesso a tali procedure, hanno la possibilità di risolvere le controversie con i consumatori in modo più veloce e certamente più economico.

*Online Dispute Resolution: Do You Know Where Your Children Are?*, *Negotiation Journal*, 19, 3, 2003, 199; A.R. Lodder *et al.* (eds.), *Proceedings of the ODRworkshop.org*, International Association for Artificial Intelligence and Law, 2003; G. Kaufmann-Kohler, T. Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, in *Kluwer Law International*, 2004; J. Hoernle, *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, 2009; P. Cortes, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Routledge, 2010; A.R. Lodder, J. Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through The Use Of Information Technology*, Cambridge University Press, 2010; M. Wahab, E. Katsh, D. Rainey, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, Eleven International Publishing, 2012; A.E. Vilalta Nicuesa, *Mediacion y Arbitraje Electronicos*, Aranzadi, 2013.

Poiché le procedure ADR offrono un metodo *out of court* di risoluzione delle controversie tra consumatori e imprese semplice e rapido, è assai difficile comprendere come queste non siano ancora sufficientemente sviluppate e armonizzate in modo coerente in tutti i Paesi membri, nonostante le raccomandazioni della Commissione e le normative che si sono susseguite in questi ultimi anni in materia.

Ciò nonostante, assai di sovente, accade che i consumatori e le imprese non siano ancora a conoscenza, del tutto o in parte, dei meccanismi di risoluzione delle controversie esistenti, con la conseguenza che solamente un'esigua percentuale di essi sono in grado di attivare correttamente una procedura dinnanzi a un organismo ADR, fatta eccezione ovviamente per i casi in cui la stessa è imposta per legge<sup>11</sup>.

Siffatte considerazioni sono ancora più importanti nell'ambito del mercato assicurativo, in cui, come verrà approfondito nel presente contributo, il legislatore europeo si è, da tempo, impegnato per dare diffusione e sviluppo alle procedure alternative di risoluzione delle controversie, trovando, così conferma quel percorso, da più tempo intrapreso, in materia di consumo.

## **2. Le procedure ADR e la tutela del consumatore nella disciplina dell'Unione europea**

Nell'Unione Europea, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno emanato la Direttiva 2013/11/UE relativa alle controversie *business to consumer* e il Regolamento n. 524/2013/UE relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori<sup>12</sup>; in precedenza erano stati emanati una lunga serie di provvedimenti

11. Basti pensare alla disciplina del d.lgs. n. 28 del 2010 che impone l'utilizzo della mediazione nei contratti di assicurazione, al pari di altre materie. Al momento dell'entrata in vigore del decreto la mediazione era obbligatoria anche nel settore RCA, ma a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'obbligatorietà della mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per eccesso di delega a opera della sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, il legislatore ha reintrodotto l'obbligatorietà nei settori in cui era già contemplata fatta eccezione per le controversie nel settore RCA mediante la Legge 9 agosto 2013, n. 98 che ha convertito in legge il d.l. 21 giugno 2013, n. 69.

12. Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), in *GUCE*, 18 giugno 2013, n. L 165 e al Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull'ODR per i consumatori), in *GUCE*, 18 giugno 2013, n. L 165.

dell'ambito del più ampio quadro della tutela del consumatore, volti a rafforzare il ruolo dell'accesso alla giustizia.

Ancora prima, il Parlamento europeo ed il Consiglio avevano presentato la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale con lo scopo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime<sup>13</sup>, incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario<sup>14</sup>.

Il principio dell'accesso alla giustizia è stato ritenuto da tempo fondamentale a livello continentale, tanto è vero che, al fine di agevolarlo, il Consiglio europeo già a fare tempo dalla riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 aveva invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali ed alternative<sup>15</sup>; altresì, le ADR erano state espressamente menzionate nel Libro Verde relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia del 1993<sup>16</sup>, a cui era seguita la Direttiva 97/7/

13. Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in *GUCE*, 24 maggio 2008, n. L 136.

14. Per una rassegna relativa al recepimento della Direttiva negli Stati membri, si veda, *inter alia*, C. Di Bello, *Il recepimento della Direttiva 52/2008/CE in Europa*, in N. Soldati, P. Thiella (a cura di), *Guida alla mediazione civile e commerciale*, Giuffrè, 2012, 105.

15. Nelle Conclusioni della Presidenza al punto V rubricato "Migliore accesso alla giustizia in Europa", viene affermato che: "Il Consiglio europeo invita il Consiglio a stabilire, sulla base di proposte della Commissione, norme minime che garantiscano un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l'Unione e specifiche norme procedurali comuni per semplificare e accelerare la composizione delle controversie transnazionali di piccola entità in materia commerciale e riguardanti i consumatori, nonché le cause relative alle prestazioni alimentari, e in materia di crediti non contestati. Gli Stati membri dovrebbero inoltre istituire procedure extragiudiziali alternative".

16. Libro Verde della Commissione europea relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico del 16 novembre 1993, COM(93) 576 def. del 16 novembre 1993. All'art. 3 rubricato "Linee di riflessione" si legge, infatti, che: "Anche l'assistenza giudiziaria fa parte dei temi da affrontare. Le organizzazioni di consumatori dispongono di strumenti di scarso peso ed hanno spesso problemi nello svolgere il ruolo che è loro riconosciuto nelle controversie nazionali. Il costo supplementare delle controversie derivante dal loro carattere transfrontaliero e la loro complessità giustificano un approfondimento della riflessione. La Commissione auspica la creazione di un dispositivo di gestione delle controversie transfrontaliere composto di magistrati e di esperti indipendenti, in modo da verificare i problemi incontrati nella prassi e proporre un elenco di priorità. La Commissione suggerisce infine la creazione di un codice di condotta. Auspica inoltre lo sviluppo della nozione di mediatore e dell'insieme delle procedure extragiudiziali che permettano di ridurre lo squilibrio tra il costo della procedura giudiziaria transfrontaliera e il valore della controversia". In dottrina: H. Kierse, W. Micklitz, *Comment on the Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*, in G. Alpa, R. Danovi (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Giuffrè, 2004, 297. Si veda anche il Parere del Comitato economico e sociale in

CE sulla tutela dei consumatori nei contratti a distanza<sup>17</sup>, oltre che oggetto di atti non vincolanti, come, ad esempio, la comunicazione della Commissione sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo del 1998 e la raccomandazione della Commissione 98/257/CE riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo dello stesso anno<sup>18</sup>, nonché nel Libro Verde sulla protezione dei consumatori del 2001<sup>19</sup>.

In seguito, la citata Direttiva 2008/52/CE ha recepito la Proposta di direttiva in data 22 ottobre 2004 (n. 718)<sup>20</sup> che aveva come obiettivo quello di realizzare un sistema stragiudiziale che consentisse il raggiungimento di accordi conciliati-

merito al Libro verde: l'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, in *GUCE*, 22 ottobre 1994, n. C 295, nel quale all'art. 2.2.3. viene affermato che: "È fondamentale per tali motivi ed in funzione di quanto già menzionato che il Comitato, dando seguito alle posizioni già assunte in passato, ribadisce la necessità di un ordinamento specifico per la tutela giurisdizionale o extragiurisdizionale dei diritti dei consumatori e per la risoluzione delle controversie in materia di consumo (controversie minori)".

17. Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *GUCE*, 4 giugno 1997, l. n. 144, la quale all'art. 11, comma 4 rubricato "Ricorso giudiziario e amministrativo", prevede che: "Gli Stati membri possono prevedere che il controllo volontario del rispetto delle disposizioni della presente direttiva da parte di organismi autonomi ed il ricorso a tali organismi per la composizione di controversie si aggiungano ai mezzi che gli Stati membri debbono prevedere per assicurare il rispetto delle disposizioni della presente direttiva".

18. Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in *GUCE*, 17 aprile 1998, n. L 115.

19. Si pensi anche al Libro Verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione Europea del 2 ottobre 2001 e al Parere del Comitato economico e sociale sul "Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea" (COM(2001) 531 def.) in *GUCE*, 27 maggio 2002, n. C 125. Uno degli obiettivi principali del Libro verde è quello dell'armonizzazione o della semplificazione in materia di protezione dei consumatori. Esistono, infatti, circa 20 direttive europee, alle quali si aggiungono la giurisprudenza a livello dell'UE e differenti normative degli Stati membri. Le quattro principali direttive, di carattere generale, riguardano la pubblicità ingannevole (direttiva 84/450 CEE del Consiglio del 10 settembre 1984), modificata dalla direttiva sulla pubblicità comparativa (direttiva 97/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre); la direttiva sulle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993) e la direttiva sulla vendita e sulle garanzie dei beni di consumo (direttiva 1999/44/CE del Parlamento e del Consiglio, del 25 maggio 1999). Da ultimo, in data 7 maggio 2002 la Commissione europea ha adottato una nuova strategia per la politica dei consumatori nella quale ha definito il suo approccio politico globale per i cinque anni compresi tra il 2002 e il 2006. In dottrina: C. Licini, *Alternative Dispute Resolution (ADR): Aspettative europee ed esperienza USA attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista-mediatore Americano*, in *Riv. not.*, 1, 2003.

20. Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.



vi riconosciuti ed eseguibili nell'ambito di tutti i Paesi membri, valorizzando ed equiparando, così, tali tipi di decisioni a quelle scaturenti dai procedimenti giudiziari, anche con riferimento alla fase esecutiva dei provvedimenti medesimi<sup>21</sup>.

Peraltro, la Proposta di direttiva era stata inserita nel Titolo IV sulla cooperazione giudiziaria civile ed era stato previsto che le sue disposizioni trovassero applicazione ad ogni controversia nella quale due o più parti fossero assistite da un mediatore<sup>22</sup> per una composizione amichevole della lite in piena armonia con il "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa"<sup>23</sup>, il quale all'art. III-269, comma 2, lett. g) espressamente prevede che: "Ai fini del paragrafo 1, la legge o legge quadro europea stabilisce, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: (...) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie", stabilendo alla lettera a) del medesimo comma "il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione".

In un momento successivo, il Trattato Europeo di Lisbona<sup>24</sup> all'art. 81, rubricato "Cooperazione giudiziaria in materia civile", ha previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino "misure volte a garantire (...) un accesso effettivo alla giustizia", nonché "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie".

Le procedure alternative di risoluzione delle controversie di cui si occupa il diritto dell'Unione europea presentano alcune particolarità derivanti proprio dal

21. Un migliore accesso alla giustizia rappresenta uno degli obiettivi chiave della politica UE volta ad istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dove i privati e le imprese non dovrebbero essere dissuasi o scoraggiati dall'esercitare i loro diritti a causa dell'incompatibilità o della complessità dei sistemi giuridici e amministrativi degli Stati membri. Il concetto di accesso alla giustizia dovrebbe, in questo contesto, includere la promozione dell'accesso ad adeguate procedure di risoluzione delle controversie per i privati e le imprese e non soltanto la possibilità di accedere al sistema giudiziario.

22. In ambito europeo con il termine "mediazione" si indica una procedura che nel nostro Paese viene identificata con il termine "conciliazione" ed individua "qualunque procedimento, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti della controversia sono assistite da un terzo allo scopo di raggiungere un accordo sulla risoluzione della controversia, indipendentemente dal luogo in cui il procedimento è stato intrapreso dalle parti, suggerito o ordinato da un tribunale o prescritto dalla legge nazionale di uno Stato membro. Esso non comprende i tentativi messi in atto dal giudice al fine di giungere ad una soluzione transattiva nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della vertenza".

23. Ratificato con Legge 7 aprile 2005, n. 57, in *G.U.*, 21 aprile 2005, n. 92, suppl. ord. n. 70, recante: "Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004".

24. Il Trattato di Lisbona – che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea – è stato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri, poi entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

contesto nel quale queste risultano inserite: infatti, mentre in ambito internazionale il ricorso ai mezzi di risoluzione delle controversie fondati sul consenso delle parti può supplire alla mancanza di certezze circa la possibilità di fare valere una decisione al di fuori del territorio dello Stato nel quale è stata pronunciata, all'interno dell'Unione europea siffatti mezzi intervengono in un contesto nel quale il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sono assicurati.

Pertanto, l'obiettivo di creare uno spazio giudiziario europeo il più possibile simile al territorio di un unico Stato e di garantire al massimo grado il diritto di accesso alla giustizia da parte dei cittadini ha portato le istituzioni europee a concentrare la propria attenzione soprattutto su alcuni profili, quali quelli del coordinamento tra mezzi giurisdizionali e mezzi alternativi, nonché dell'esecuzione negli altri Paesi dell'accordo raggiunto attraverso le procedure ADR.

### **3. Il Codice delle assicurazioni alla luce della trasposizione della Direttiva 2016/97/UE**

La Direttiva 2016/97/UE, ha trovato attuazione nell'ordinamento italiano per il tramite del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68, che ha modificato il Codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005)<sup>25</sup>.

Come evidenziato nel paragrafo precedente, la Direttiva ha introdotto sistemi più efficienti e semplificati di gestione dei registri e di vigilanza sulle imprese e sugli intermediari, rafforzando il livello di tutela del consumatore e, al contempo, consolidando nell'ordinamento europeo principi e regole già presenti nella regolamentazione italiana<sup>26</sup>.

Si può senza dubbio affermare che le norme introdotte nel Codice delle assicurazioni rappresentano un passaggio fondamentale nell'evoluzione dell'acquisto di polizze in un'ottica di trasparenza e tutela degli investitori; del pari, la nuova normativa costituisce anche un passo in avanti nel processo di creazione di nuove strade per chi già opera nel mercato delle assicurazioni e per lo sviluppo del settore *insurtech* grazie a quanto stabilisce su piattaforme di comparazione e di consulenza *online*.

A seguito del decreto legislativo in parola, l'IVASS ha provveduto ad emanare la normativa secondaria di propria competenza costituita da tre Regolamenti in

25. L'attuazione in Italia della Direttiva (UE) n. 2016/97 ha portato anche alla modifica di alcune previsioni contenute nel Testo Unico della Finanza. Le nuove norme sono entrate in vigore il 1° ottobre 2018.

26. I. Sabbatelli, *Adeguatezza e regole di comportamento dopo il recepimento della Direttiva IDD*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 203; S. Landini, *Distribuzione assicurativa da IDD al decreto attuativo passando per EIOPA e IVASS*, in *Dir. merc. ass. e fn.*, 2018, 183.

materia di distribuzione assicurativa e riassicurativa, trasparenza, pubblicità e realizzazione dei prodotti e irrogazione delle sanzioni amministrative.

Più in particolare, il Regolamento sulla distribuzione assicurativa e riassicurativa<sup>27</sup> contiene una disciplina organica con riferimento alle regole di accesso al mercato, di esercizio dell'attività, di condotta nella fase di vendita alla clientela, anche nel caso di promozione e collocamento a distanza, di formazione e aggiornamento professionale degli operatori.

Il Regolamento sulla trasparenza, pubblicità e realizzazione dei prodotti<sup>28</sup> introduce i documenti informativi precontrattuali (DIP) dal formato semplificato e dai contenuti standardizzati, per agevolare la comprensione e la comparazione dei prodotti (vita e danni) da parte dei consumatori, e l'obbligo di gestione digitale dei contratti assicurativi.

Altresì, il Regolamento sulle sanzioni<sup>29</sup> innova il procedimento sanzionatorio, definendo i criteri per l'individuazione della "rilevanza" della violazione, la nozione di fatturato per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie e l'accertamento unitario di più violazioni.

Inoltre, il Codice delle assicurazioni, come novellato, contempla in numerosi articoli rinvii all'utilizzo di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie: in particolare, l'art. 120 CAP, in tema di informazione precontrattuale, prevede che gli intermediari assicurativi iscritti al registro di cui all'art. 109, comma 2, al pari delle imprese di assicurazione, prima della conclusione del contratto e in caso di successive modifiche di rilievo o di rinnovo, sono tenuti a fornire al contraente le informazioni relative alle procedure di reclamo, nonché le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'art. 187-ter CAP e relative disposizione di attuazione<sup>30</sup>.

27. Regolamento IVASS n. 40 del 2 agosto 2018, recante: "Regolamento IVASS recante disposizioni in materia di distribuzione assicurativa e riassicurativa di cui al titolo IX (Disposizioni generali in materia di distribuzione) del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private".

28. Regolamento IVASS n. 41 del 2 agosto 2018, recante: "Regolamento IVASS recante disposizioni in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi ai sensi del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private".

29. Regolamento IVASS n. 38 del 3 luglio 2018, recante: "Regolamento IVASS recante disposizioni in materia di sistema di governo societario di cui al titolo III (esercizio dell'attività assicurativa) e in particolare al capo i (disposizioni generali), artt. 29-bis, 30, 30-bis, 30-quater, 30-quinques, 30-sexies, 30-septies, nonché di cui al titolo XV (vigilanza sul gruppo), e in particolare al capo III (strumenti di vigilanza sul gruppo), art. 215-bis (sistema di governo societario del gruppo), del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private – modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74, conseguente all'attuazione nazionale delle linee guida emanate da EIOPA sul sistema di governo societario".

30. Vale a dire le norme di rango secondario ministeriale e dell'IVASS per la creazione dell'Arbitro assicurativo. L'art. 187-ter è stato abrogato dal d.lgs. 30 dicembre 2020, n. 187. Ne consegue

Successivamente il decreto in parola è stato oggetto di un ulteriore intervento normativo per il tramite del d.lgs. n. 187 del 2020<sup>31</sup>, che, con particolare riferimento alla materia di questo contributo, ha abrogato l'art. 187-ter e, al contempo, ha introdotto all'art. 187-1 una nuova disposizione dedicata integralmente ai "Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie".

L'articolo stabilisce che, fermo restando quanto previsto dall'art. 32-ter del d.lgs. n. 58 del 1998, i soggetti di cui all'art. 6, commi 1, lett. a)<sup>32</sup> e d)<sup>33</sup>, nonché gli intermediari assicurativi a titolo accessorio, aderiscono ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da tutti i contratti di assicurazione, senza alcuna esclusione.

Al momento della redazione del presente lavoro, per il completamento del percorso che porterà alla nascita dell'Arbitro assicurativo si è in attesa del decreto del Ministro delle Imprese e del *Made in Italy*, di concerto con il Ministro della giustizia, su proposta dell'IVASS, che dovrà determinare, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V, titolo 2-bis, del Codice del consumo, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie, i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati, nonché la natura delle controversie, relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da un contratto di assicurazione, trattate dai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Le procedure dovranno in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela.

Il ricorso all'Arbitro assicurativo sarà alternativo all'esperimento delle procedure di mediazione<sup>34</sup> e di negoziazione assistita previste, rispettivamente, dal decre-

che il rinvio deve essere inteso all'art. 187-1 CAP. In dottrina si veda: S. Landini, *La distribuzione assicurativa dopo il d.lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, e il provvedimento IVASS n. 97 del 2020*, in *Dir. merc. ass. e fin.*, 2021, 313.

31. D.lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 68, di attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa", in *G.U.*, 25 gennaio 2021, n. 19.

32. Imprese, comunque denominate e costituite, che esercitano nel territorio della Repubblica attività di assicurazione o di riassicurazione in qualsiasi ramo e in qualsiasi forma, ovvero operazioni di capitalizzazione e di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa.

33. Intermediari di assicurazione e di riassicurazione e di ogni altro operatore del mercato assicurativo.

34. In Francia l'art. 112-2-1 comma 3, punto 7 prevede espressamente una informazione precontrattuale che indichi "Les modalités d'examen des réclamations que le souscripteur peut formuler au sujet du contrat et de recours à un processus de médiation dans les conditions prévues au titre V du livre 1er du code de la consommation, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice

to legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e dal decreto-legge 12 settembre 2010, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162<sup>35</sup>, e non pregiudicherà il ricorso ad ogni altro strumento di tutela previsto dall'ordinamento.

#### **4. L'implementazione degli strumenti ADR nell'ambito assicurativo e la creazione dell'Arbitro assicurativo (ASS)**

L'utilizzo degli strumenti ADR anche nel settore assicurativo in misura massiva sta divenendo una realtà sempre più concreta; in vero, in taluni rami il ricorso a forme stragiudiziali per la definizione delle controversie è già presente da molti anni, o è stato tentato con alterne fortune.

In particolare, il ricorso all'arbitrato per il contenzioso legato alle polizze infortuni è una realtà che trova una costante applicazione. Soltanto più di recente il legislatore ha introdotto l'obbligatorietà del tentativo di mediazione in molti settori del diritto civile e commerciale, tra cui le controversie assicurative<sup>36</sup>, che hanno, però, perso quelle riguardanti il risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti la cui previsione è stata espunta dopo la reintroduzione dell'obbligatorietà della mediazione<sup>37</sup> in forza dell'intervento della Corte costituzionale<sup>38</sup> che ne aveva sancito l'illegittimità per eccesso di delega, a seguito del ricorso presentato da una parte minoritaria dell'avvocatura.

ainsi que, le cas *échéant*, l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation". L'organismo di mediazione di riferimento è costituito dal *Médiateur de la Fédération Française des Sociétés d'Assurance* (FFSA) che ha dato vita a *La Médiation de l'Assurance* attraverso un accordo con l'*Association française de l'assurance* e il *Groupement des entreprises mutuelles d'assurance*.

35. Che ha convertito in legge il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, in *G.U.* 12 settembre 2014, n. 212 recante: "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile". All'art. 3 viene previsto che: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'art. 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

36. Attraverso il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in *G.U.*, 5 marzo 2010, n. 28, recante: "Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali".

37. Mediante il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, in *G.U.*, 21 giugno 2013, n. 144, suppl. ord. n. 50, recante: "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia" convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98".

38. Corte Costituzionale, 24 ottobre-6 dicembre 2012, n. 272.

Successivamente, le controversie in materia di risarcimento del danno derivate da circolazione dei veicoli e dei natanti sono state sottoposte al tentativo obbligatorio di negoziazione assistita<sup>39</sup>, con una disposizione non contenuta, però all'interno del CAP.

Nelle ipotesi sopra citate solo a livello esemplificativo, è facile comprendere come sia interesse di tutte le parti coinvolte ricorrere all'utilizzo di soluzioni *out of court*, poiché l'esperienza ha dimostrato che tale tipo di gestione risulti assolutamente più rapido, e meno oneroso, rispetto alla via giudiziale, soprattutto in un settore come quello assicurativo in cui il numero delle controversie è altissimo.

Tutti questi strumenti ADR hanno raggiunto negli ultimi anni una crescente capacità di definizione delle vertenze e rappresentano un incentivo all'investimento da parte di operatori non nazionali i quali, in questo modo, possono contare su procedure note, meno costose e rapide senza vedersi costretti a definire la propria controversia dinanzi a una autorità giudiziaria ordinaria nazionale<sup>40</sup>.

La flessibilità di detti strumenti nel settore assicurativo consente di ridurre la complessità del procedimento e la difficoltà dell'individuazione delle regole applicabili con conseguenze positive in termini di accesso alla giustizia soprattutto laddove sia presente un alto grado di tecnicità.

Inoltre, gli ADR, che portano a una risoluzione condivisa del rapporto controverso, consentono alle parti stesse di evitare di compromettere il loro rapporto futuro, essendo in grado, una volta composta la lite, di continuare ad essere legati al contratto originariamente stipulato con la medesima compagnia assicurativa.

Il ruolo di primo piano giocato dalla volontà delle parti, infatti, fa sì che esse stesse possano decidere la procedura da seguire e prendere in considerazione una gamma ampia di interessi, disponendo liberamente del diritto controverso.

Il Codice delle assicurazioni, a seguito della trasposizione della Direttiva 2016/97/UE, contempla, come più sopra evidenziato, un nuovo articolo destinato a rivoluzionare anche nel settore assicurativo il ricorso agli strumenti ADR: infatti, sulla scia di quanto già avvenuto nel settore bancario, a fare tempo dal 2009, con l'Arbitro bancario finanziario<sup>41</sup> e in quello dell'intermediazione finanziaria

39. D.l. 12 settembre 2014, n. 132, in *G.U.*, 12 settembre 2014, n. 212, recante: "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile" convertito, con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.

40. E. Severin, *What place is there for Civil Mediation in Europe?*, in G. Alpa, R. Danovi, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Giuffrè, 2004, 3.

41. A. Tucci, *L'Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in F. Capriglione (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, CEDAM, 2019, 605; G.L. Carriero, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contr. impr.*, 2018, 35; S. Cosma, *La gestione dei reclami nelle banche e l'Abf: nuove evidenze e strategie organizzative. Customer Complaining Management in Italian banks, a new trends and strategies*, in *Bancaria*, 2018, 76; F. Auletta, *...il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del 'sistema' dell'ABF?*, in *Banca borsa tit.*

dal 2016<sup>42</sup> con l'Arbitro per le controversie finanziarie<sup>43</sup>, è in corso di predisposizione da parte dell'IVASS la normativa secondaria prevista dall'art. 187-1 CAP che darà alla luce il terzo arbitro settoriale sotto l'egida dell'Autorità di settore che prenderà il nome di "Arbitro assicurativo" (ASS).

Il funzionamento dell'Arbitro assicurativo sarà regolamentato, come in precedenza evidenziato, con un decreto del Ministro delle Imprese e del *Made in Italy*, di concerto con il Ministro della giustizia, su proposta dell'IVASS, nel rispetto dei principi delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V, titolo 2-*bis* del Codice del consumo.

*cred.*, 2018, 794; G. Liace, *L'arbitro bancario-finanziario*, Torino, 2018; L. Rossi Carleo, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Riv. arb.*, 2017, 21; M. Bianco, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, in R. Lener, A.F. Pozzolo (a cura di), *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie. L'ACF: primi passi e prospettive*, Minerva Bancaria, 2017, 65; M. Stella, *Lineamenti degli Arbitri Bancari e Finanziari (in Italia e in Europa)*, CEDAM, 2016; E. Lucchini Guastalla, *Arbitro bancario-finanziario*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, 2015, 35; E. Minervini, *L'arbitro bancario-finanziario. Una nuova "forma" di ADR*, Editoriale Scientifica Italiana, 2014; C. Consolo, M. Stella, *L'"arbitro bancario-finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Società*, 2013, 185; S. Delle Monache, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 144; V. Petrella, *L'Arbitrato Bancario Finanziario*, in C. Punzi (a cura di), *Disegno sistemico dell'arbitrato*, CEDAM, 2012, 287; G. Finocchiaro, *L'Arbitro Bancario Finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, 2012; M. Maione, *Forma e sostanza nelle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Società*, 2012, 437; G.L. Carriero, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, VI, 2012, 213; V. Sangiovanni, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Società*, 2012, 953; L. Delogu, *Clausola di mediazione, contratti bancari, tutela del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2012, 367; A. Antonucci, *L'accesso dell'ABF al giudizio di legittimità costituzionale*, in *ilcaso.it*, n. 283, 2012; A. Antonucci, *L'accesso dell'ABF al giudizio di legittimità costituzionale*, in F. Capriglione, M. Pellegrini (a cura di), *ABF e supervisione bancaria*, CEDAM, 2011, 160.

42. Dopo l'esperienza non particolarmente positiva delle procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

43. G. Romagnoli, R. Lener, S. Landini, P.E. Corrias, A. Candian, E. Galanti, G.L. Carriero, *L'arbitro per le controversie assicurative*, in *Diritto del mercato ass. e fin.*, 2021, 163; A. Candian, *L'Arbitro per le Controversie assicurative*, in D. Mantucci (a cura di), *Le controversie bancarie e finanziarie. - Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. XV, Esi, 2021, 497; P. Bartolomucci, *L'Art. 187-ter c.ass. e l'istituzione di un organismo di risoluzione alternativa delle controversie assicurative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, fasc. 2, 2021, 400; A. Nervi, *L'arbitrato nei rapporti assicurativi finanziari*, in D. Mantucci (a cura di), *Le controversie bancarie e finanziarie*, vol. XV, cit., 475; G. Guizzi, *Un anno di ACF tra risultati raggiunti e qualche incognita*, in *Corr. giur.*, 2018, 5; V. Mirra, *Il nuovo sistema ADR in ambito Consob: l'Arbitro per le controversie Finanziarie, tra alte aspettative e primi riscontri operativi*, in *Riv. arb.*, 2018, 615; M. De Mari, *Prime riflessioni intorno alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Giur. comm.*, 2018, 275; P. Sirena, *ADR Systems in the Banking and Financial Markets*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, 631; A.A. Dolmetta, U. Malvagna, *Sul nuovo ADR Consob*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2016, 257; A. Antonucci, *Gli strumenti di tutela metaindividuale e collettiva dell'utente finanziario*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Giuffrè, 2014, 523.

Il regolamento conterrà i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie, i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati, nonché la natura delle controversie, relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da un contratto di assicurazione; seguirà, poi, il vaglio del Consiglio di Stato e poi il testo del regolamento attuativo sarà posto in pubblica consultazione dall'IVASS.

Il nuovo Arbitro dovrà, in ogni caso, assicurare la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela: per evitare sovrapposizioni normative con il d.lgs. n. 28 del 2018, l'art. 187-1, comma 3, CAP prevede che il ricorso all'Arbitro assicurativo non pregiudica il ricorso ad ogni altro strumento di tutela previsto dall'ordinamento, essendo le norme tra loro complementari<sup>44</sup>.

Da questo punto di vista, la recente riforma del processo civile di cui al d.lgs. n. 149 del 2022<sup>45</sup> ha portato ad alcune modifiche anche del testo del d.lgs. n. 28 del 2010; in particolare, il comma 3 dell'art. 5 afferma espressamente che per assolvere alla condizione di procedibilità in materia di controversie assicurative la parte può alternativamente utilizzare la procedura di mediazione o il procedimento dinanzi all'Arbitro assicurativo, richiamando proprio l'art. 187-1 CAP.

## **5. Le decisioni dell'arbitro assicurativo come primo passo verso una forma di giustizia predittiva di settore**

La creazione di arbitri presso le Autorità di regolazione del mercato, Banca d'Italia, Consob e IVASS, ha avuto e avrà come conseguenza quella di generare un sempre crescente numero di decisioni alla luce dei ricorsi presentati. Gli ar-

44. A titolo esemplificativo con riferimento alle controversie bancarie e finanziarie il d.lgs. n. 28 del 2010, l'art. 5, comma 1-*bis*, in tema di obbligatorietà della mediazione prevede che "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di (...) contratti (...), bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate". In tale alternatività dovrà essere posto il ricorso all'arbitro assicurativo.

45. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in *G.U.*, 17 ottobre 2022, n. 243, suppl. ord. n. 243, recante: "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata".



bitri di settore esistenti hanno una giurisprudenza consolidata, operando già da numerosi anni, e forniscono risposte alle esigenze di giustizia di consumatori e imprese<sup>46</sup>.

Volendo valutare questo tipo di attività in modo evolutivo si potrebbe pensare a una embrionale forma di giustizia predittiva<sup>47</sup>, infatti, grazie alla mole rilevante di decisioni ampiamente disponibili sui siti *web* degli arbitri e a una loro corretta indicizzazione, è possibile ipotizzare una lettura delle decisioni attraverso il ricorso a un algoritmo al fine di permettere a tutti gli interessati di comprendere mediante una semplice lettura gli orientamenti degli arbitri sui diversi temi sottoposti alla loro attenzione<sup>48</sup>.

Il tema della giustizia predittiva è molto attuale e al centro di importanti dibattiti a fronte dell'incapacità del legislatore di offrire una adeguata risposta ai bisogni di tutela derivanti da una società in continua evoluzione; già in uno scritto dell'inizio del secolo scorso un insigne giurista italiano, come Calamandrei, si poneva la domanda se nel sistema della legalità fosse vero che la sentenza del giudice potesse essere prevedibile<sup>49</sup>.

Il superamento del vecchio sistema delle fonti che lascia spazio a un sistema multilivello derivante dall'intreccio di norme nazionali e sovranazionali, sia di *hard* che di *soft law*, e l'ampio ricorso a un diritto che si affida a principi e clausole generali a contenuto altamente flessibile ed espansivo, rendono estremamente complesso l'agire dell'interprete e l'attività del giudicare.

Si tratta di un vero e proprio *trend* in atto che può essere definito come giustizia predittiva<sup>50</sup>: in realtà, l'algoritmo, così utilizzato, non andrebbe ad incidere sulle pronunce degli arbitri, e, quindi, non sostituirebbe con l'intelligenza artificiale, almeno per il momento, il lavoro degli arbitri, ma andrebbe piuttosto ad incidere sulla possibilità per i soggetti interessati ad accedere all'arbitrato di comprendere al meglio i possibili esiti del giudizio e ciò alla luce della copiosa giurisprudenza formatasi negli anni precedenti dagli arbitri, in una logica, appunto, di giustizia predittiva<sup>51</sup>.

46. C. Tabarrini, *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di Vigilanza*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, 239.

47. M. Imbrenda, S. Pietropaoli, G. Dalia, R.M. Agostino (a cura di), *Frontiere digitali del diritto. Esperienze giuridiche a confronto su libertà e solidarietà*, Giappichelli, 2021; G. Lisella, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, in *Il giusto processo civile*, 2020, 270; E. Vincenti, *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 4.

48. A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.*, 2022, 1759.

49. P. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma-Tre Press, 2019, 646.

50. F. Benatti, *L'arbitro-robot: un futuro prossimo? (profili sostanziali)*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, 47.

51. In quest'ottica, infatti le riforme della giustizia civile inserite nel PNRR riguardano essen-

In questo modo, la funzione degli arbitri potrebbe indirizzare la quotidiana operatività delle imprese di assicurazione, da un lato, e degli assicurati e/o danneggiati, dall'altro, per prevenire motivi di conflitto, con una potenziale incidenza indiretta anche sulla *customer satisfaction* della clientela.

Ciò sarebbe senza dubbio uno strumento di modernizzazione del sistema di giustizia che può ritenersi molto efficace; si tenga conto che una siffatta indicizzazione delle decisioni è importante per tutti i soggetti e le parti del possibile procedimento arbitrale, poiché non solo coloro che richiedono giustizia avrebbero la possibilità di individuare il possibile esito della controversia, ma soprattutto tale indicizzazione renderebbe possibile, in particolare per le imprese di assicurazione, una migliore valutazione del proprio comportamento, delle pratiche commerciali e dei testi contrattuali, per un miglioramento del rapporto con la clientela e in un'ottica più ampia di educazione finanziaria che sempre più, oggi, diventa rilevante nei rapporti fra le parti in relazioni ai c.d. prodotti misti finanziari assicurativi.

Del pari, è lecito affermare che l'indicizzazione delle decisioni dell'arbitro assicurativo potrebbe rappresentare anche un "guida" per il giudice dello Stato, come dimostrato dagli esempi di ABF e ACF che con le loro pronunce hanno delineato una giurisprudenza settoriale di alto profilo giuridico, grazie alla specifica qualificazione e conoscenza degli arbitri *ratione materiae*, che ha profondamente influenzato la giurisprudenza ordinaria, sia di merito, che di legittimità.

Con particolare riferimento all'arbitro assicurativo, stanti i diversi ambiti di operatività dello stesso, vuoi nel ramo danni, vuoi nel ramo vita, la giurisprudenza che verrà a crearsi potrà essere, quindi, al pari di quanto è già avvenuto per l'ABF e per l'ACF, una bussola per il soggetto danneggiato o, più in generale per l'assicurato, al fine di permettergli di comprendere il fondamento, o meglio, il possibile fondamento della propria doglianza, e la possibilità che tale doglianza vera, o soltanto percepita tale, possa trovare un positivo accoglimento in sede arbitrale.

## **6. L'ambito di intervento dell'arbitro assicurativo: una sfida complessa**

Comparando l'attività degli arbitri settoriali, certamente quella dell'arbitro assicurativo sarà una competenza estremamente articolata poiché avrà nel ruolo

zialmente il processo civile ordinario. L'analisi dei procedimenti civili pendenti nei tribunali rivela che la domanda di giustizia odierna riguarda ambiti diversi – tutelare, protezione internazionale, famiglia – per cui altre sono le necessarie riforme: una differente allocazione delle risorse giudiziarie e un diverso modello di giudice, che non va verso la giustizia predittiva ma utilizza piuttosto modelli interpretativi offerti dalla dottrina giusfilosofica nordamericana.

di “convenuto” sia le imprese di assicurazione che i loro distributori: vi sarà, quindi, una necessità di comprendere, caso per caso, per il ricorrente chi sia il soggetto maggiormente coinvolto nella vicenda. Questo vale, in modo particolare, per le controversie di natura contrattuale nelle quali potranno essere contestati vizi genetici del sinallagma contrattuale come conseguenza dell’operato della rete agenti piuttosto che del testo sottoscritto, che, in quanto tale, è imposto dalla compagnia di assicurazione, fatte salve le appendici di polizza.

Ma se è vero, come è stato da più parti affermato, che anche le controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti saranno di competenza dell’arbitro, allora ancora di più crescerà la complessità dell’operato dello stesso arbitro. Infatti, non occorre dimenticare come tutti gli arbitri settoriali siano sprovvisti di poteri istruttori e, quindi, della possibilità di svolgere consulenze tecniche; la consulenza tecnica costituisce da sempre il punto di riferimento su cui il giudice basa le proprie decisioni per la quantificazione del danno fisico e del danno materiale<sup>52</sup>.

In assenza, perciò, della possibilità di svolgere una consulenza tecnica durante il procedimento dinnanzi all’arbitro assicurativo che, come nelle altre esperienze di settore, baserà le sue decisioni solo sui documenti prodotti dalle parti, gli arbitri saranno in grado di pronunciarsi solo allorquando la documentazione versata in atti sia di per sé sufficiente e verificabile in merito alla quantificazione del danno<sup>53</sup>, lasciando, probabilmente, ampia discrezionalità all’arbitro stesso nella individuazione, anche attraverso un giudizio di equità, in particolare per le controversie di modico valore, della loro idoneità ai fini probatori e della conseguente possibilità di basare le decisioni sui documenti prodotti.

Sempre a livello comparato, prendendo ad esempio l’attività degli altri arbitri di settore, la quantificazione del danno viene, infatti, molto spesso effettuata in via equitativa, alla luce di una prova fornita dal ricorrente in merito all’*an* e non con riferimento al *quantum* della pretesa azionata.

Poiché l’esperienza degli altri arbitri di settore ha dimostrato che le richieste risarcitorie sono assai frequenti, ma il ricorrente difficilmente riesce a dimostrare

52. Ai fini della decisione potrebbero divenire rilevanti le risultanze delle c.d. scatole nere e di altri dispositivi elettronici che, ai sensi dell’art. 145-*bis* CAP formano piena prova, nei procedimenti civili, dei fatti a cui esse si riferiscono. Tale risultanza sono rese fruibili alle parti *ex art.* 146 CAP e, quindi, potranno essere prodotte dalle stesse nel procedimento dinnanzi all’arbitro.

53. Facendo applicazione delle previsioni di cui all’art. 139 CAP e delle emanande tabelle uniche nazionali di cui all’art. 138 CAP predisposte al fine di “garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori” volte alla determinazione delle menomazioni all’integrità psicofisica comprese tra i dieci e i cento punti e per individuale il valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all’età del soggetto leso.

l'effettiva entità del danno subito, occorrerà che l'IVASS tenga in debito conto il fatto che il ricorrente dovrà produrre elementi di prova idonei a supportare la propria domanda, predisponendo linee guida che esemplifichino la tipologia delle prove ammesse<sup>54</sup>.

Altrettanto delicata sarà, quindi, l'attività richiesta agli arbitri, stante, soprattutto nel settore RCA, una ampia diffusione delle truffe<sup>55</sup>; altra particolarità del contenzioso assicurativo sarà legata alla legittimazione ad agire a fronte delle previsioni relative alle tempistiche della domanda, in considerazione del fatto che i termini prescrizionali del risarcimento del danno sono differenti in relazione alla tipologia di danno; sarà anche da verificare la compatibilità dell'agire dell'arbitro assicurativo, nella logica consequenzialità reclamo<sup>56</sup>/ricorso<sup>57</sup>, con le tempistiche sancite dal codice dell'assicurazione private in merito ai termini entro i quali l'assicurazione ha lo *spatium deliberandi* per la formulazione di un'offerta risarcitoria al danneggiato, sia con riferimento ai danni materiali<sup>58</sup>, sia con riferimento ai danni fisici<sup>59</sup>.

È lecito affermare, quindi, che la creazione di una giurisprudenza da parte dell'arbitro assicurativo, forse ancora di più rispetto agli altri arbitri settoriali, potrà avere una funzione di indirizzo nella liquidazione dei sinistri.

Per quanto attiene, invece, alle controversie contrattuali, allo stato, non pare possibile individuare consistenti differenze tra l'attività a cui sarà chiamato l'arbitro assicurativo rispetto all'attività degli altri arbitri settoriali; sarà, però, necessario che venga definito con precisione l'ambito di operatività *ratione materiae* di ciascun arbitro, al fine di evitare sovrapposizioni di competenze<sup>60</sup>: basti pensare,

54. A titolo esemplificativo perizie di parte e preventivi/fatture di riparazione.

55. Come è possibile verificare annualmente attraverso l'esame della relazione annuale dell'IVASS i cui dati sono tratti dalle relazioni antifrode di cui al Regolamento IVASS n. 44 del 2012, nella quale si legge che nel 2021 l'incidenza media, a livello nazionale, dei sinistri esposti al rischio di frode sul totale dei sinistri denunciati risulta pari a 23,9% in talune zone d'Italia arriva una arriva al 40% dei sinistri denunciati, nonostante le limitazioni e gli accorgimenti posti in essere dal legislatore nel CAP, a titolo esemplificativo si richiama l'art. 135, rubricato Banca dati sinistri e banche dati anagrafe testimoni e anagrafe danneggiati che è stato introdotto nel 2012 allo scopo di rendere più efficace la prevenzione e il contrasto di comportamenti fraudolenti nel settore delle assicurazioni obbligatorie per i veicoli a motore immatricolati in Italia.

56. Che potrebbe essere individuato nella richiesta di risarcimento del danno, una volta decorsi i termini dell'art. 145 CAP.

57. Che presso ABF e ACF determina l'inammissibilità del ricorso.

58. Sessanta giorni, ai sensi dell'art. 145 CAP.

59. Novanta giorni, ai sensi dell'art. 145 CAP.

60. A. Tina, *Il rimborso del premio assicurativo nei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione (CQS) e la (in)competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario (art. 128-bis t.u.b.)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2019, 171; M. Castellaneta, *Per le assicurazioni chiariti i ruoli di Consob e Ivass (L. 163/2017)*, in *Guida al dir.*, n. 25, 2018, 69.

a titolo esemplificativo, alle controversie aventi ad oggetto la richiesta di somme non corrisposte in sede di estinzione anticipata del contratto di finanziamento al consumo con riferimento alla quota parte del premio assicurativo.

Da ultimo, occorre segnalare come tutti gli arbitri di settore abbiano, attraverso la creazione delle segreterie tecniche, influenzato la recente riforma del processo civile, che ha dato vita alla creazione dell'ufficio del processo che potrebbe, laddove resa efficace e concreta, essere capace di svolgere un'attività di rilevante portata a favore del soggetto chiamato a giudicare il quale, quindi, potrà avere la capacità di generare un numero di decisioni decisamente superiore rispetto alla attuale situazione.

L'ufficio del processo, infatti, negli ordinamenti in cui ha avuto una disciplina positiva, ha ampiamente dimostrato come il supporto fornito al magistrato sia in grado di garantire uno straordinario contributo all'attività del giudice che sarà in grado, di conseguenza, di pronunciarsi con maggiore celerità e produttività.

## **7. Considerazioni conclusive**

La creazione dell'Arbitro per le controversie assicurative, oltre ad avere una sua valenza autonoma, si è resa necessaria a fronte della Direttiva 2016/97/UE che ha imposto, come più sopra evidenziato, la creazione di forme stragiudiziali di risoluzione delle controversie con i consumatori presso ogni Autorità di regolazione nazionale.

L'Arbitro assicurativo si pone, quindi, come terzo pilastro della risoluzione delle controversie presso le Autorità indipendenti di regolazione del mercato bancario, finanziario e assicurativo, in un regime di positiva competizione che potrebbe ragionevolmente avere altrettanto successo se, anche in questo ambito, venissero replicati i positivi risultati ottenuti dagli organismi "gemelli" costituiti rispettivamente presso la Banca d'Italia e la Consob, vale a dire Arbitro bancario finanziario e l'Arbitro per le controversie finanziarie.

Occorrerà, però, attendere la regolazione che l'IVASS darà al proprio arbitro per comprendere l'effettivo ambito di applicazione, anche se già da oggi si può che ragionevolmente ritenere che saranno incluse le controversie relative alla circolazione dei veicoli e dei natanti che trovano nel Codice delle assicurazioni una propria specifica e particolarmente regolamentata disciplina, come in precedenza già evidenziato.

In questo senso si comprenderà anche se l'IVASS vorrà improntare il proprio "Arbitro", in un'ottica di giustizia predittiva, fornendo a consumatori, imprese e assicurazioni uno strumento innovativo di grande impatto ed efficacia per la risoluzione delle controversie, non, come evidenziato, attraverso arbitri "artificia-

li”, ma per il tramite di robotizzazione delle decisioni, ovvero del portale dell’ASS che consenta con ragionevole certezza, prima di avviare la lite, di conoscerne l’esito finale, proprio alla luce della giurisprudenza dell’arbitro.

Del pari, un siffatto ricorso alla giustizia predittiva, potrebbe, poi essere esteso anche agli altri arbitri di settore presso le Autorità indipendenti che hanno già raccolto nell’ambito della loro attività pluriennale un numero assai considerevole di pronunce<sup>61</sup>.

Per un più corretto inquadramento, *ratione materiae*, è necessario ribadire, anche in sede di conclusioni, come l’introduzione di sistemi di ADR, trovi la sua *ratio* regolatoria nella peculiarità delle esigenze di tutela degli assicurati e dell’oggetto delle controversie, assai di sovente caratterizzate dall’esiguità delle pretese (c.d. *small claims*) e dall’impossibilità di ottenere un efficace e tempestivo rimedio giurisdizionale per i costi e i tempi lunghi della giustizia civile, nonché di una giurisprudenza che concede ancora poche certezze.

Allo stesso tempo, però, al di là di un fine regolatorio della materia, sia a livello nazionale che dell’Unione, l’adesione a sistemi di ADR è parte integrante di un processo di *marketing* da parte delle compagnie assicurative diretto a favorire il mantenimento di buone relazioni con la clientela in un’ottica di fidelizzazione del rapporto in mercati fortemente regolamentati, ma estremamente competitivi.

Infine, un altro aspetto assai delicato per l’IVASS nell’approcciare i sistemi ADR sarà dato, da un lato, dalla finalità regolatoria di cui la stessa intenderà caratterizzarsi in sede di normazione secondaria, e, dall’altro, dalle differenti caratteristiche delle procedure che andrà ad offrire, dalle qualificazioni professionali dei propri “risolutori”, dalla natura giuridica del risultato che le parti possono ottenere all’esito delle stesse, nonché dai costi da sostenere per ottenerle o, quanto meno, per soddisfare se del caso, in via alternativa, l’obbligatorietà del tentativo di mediazione o di negoziazione assistita nei rispetti specifici settori di applicazione.

61. In considerazione del fatto che le predizioni di un sistema di AI si basano sui dati, quanto maggiori saranno la quantità e la qualità dei dati e quanto migliore il livello di analisi dei dati stessi, tanto maggiore sarà l’accuratezza della predizione possibile. Al riguardo si veda: A. Santosuoso, *Intelligenza artificiale e diritto*, Mondadori Education, 2020, 99.

# L'ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE NEL QUADRO EUROPEO E NEL CONTESTO DELLE RETI DI ADR. LEZIONI SUL PIANO ORDINAMENTALE, PROCESSUALE E DEL MERITO

SALVATORE PROVIDENTI\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Elementi essenziali sulla disciplina dell'ACF – 2.1. Le varie forme di ADR nel settore finanziario presenti in Europa – 2.2. L'Arbitro per le Controversie Finanziarie: le fonti nazionali ed europee – 2.3. Le caratteristiche dell'ACF diverse dalla precedente Camera di conciliazione e arbitrato presso la CONSOB – 3. Funzione e ambito di operatività dell'ACF – 3.1. La funzione e l'area di competenza – 3.2. Pronunce dell'ACF sulla propria competenza – 4. Le recenti modifiche al Regolamento ACF – 5. Gli orientamenti dell'ACF su alcuni temi di rilievo – 5.1. Profilatura del cliente e valutazione di appropriatezza/adequatezza – 5.2. Sussistenza della consulenza – 5.3. Revoca dell'adesione a un progetto di Crowdfunding – 6. I primi anni dell'ACF e le prospettive future.

## 1. Premessa

Negli ultimi anni il ricorso a meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie (c.d. *alternative dispute resolutions* e di seguito ADR) ha assunto una rilevanza significativa anche nel settore finanziario. In particolare, come noto, il ruolo degli ADR è significativamente aumentato dopo la crisi finanziaria del 2008, dal momento che meccanismi di risoluzione delle controversie efficaci, celeri ed economici, contribuiscono a ricostituire il rapporto fiduciario tra i clienti e gli intermediari operanti nei mercati finanziari.

Il settore finanziario, ed al suo interno quello dei servizi e delle attività d'investimento, riceve oggettivamente vantaggi significativi in termini di credibilità e fiducia da strumenti che, pur restando complementari alla giustizia ordinaria, sono in grado di influenzarne ed orientarne le decisioni e, nello stesso tempo, costituiscono un valido strumento di tutela per gli investitori non professionali, in quanto velocizzano e semplificano il soddisfacimento delle loro richieste rispetto a quanto potrebbe avvenire con il solo ricorso allo strumento giurisdizionale.

\* LUISS – Guido Carli.

In particolare, per quanto concerne i servizi d'investimento ed altre attività assimilabili (v. oltre per l'esatta definizione del perimetro), in Italia la CONSOB ha istituito l'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF), un ADR finalizzato alla risoluzione di controversie tra intermediari ed investitori retail ("*diversi dai clienti professionali*") tramite un procedimento svolto nel rispetto dei principi del contraddittorio e della difesa paritaria<sup>1</sup>.

Il presente contributo si concentra su tale organismo provando a descriverne le caratteristiche essenziali e ad inserirlo nella rete di organismi simili presenti nell'Unione Europea.

## 2. Elementi essenziali sulla disciplina dell'ACF

### 2.1. Le varie forme di ADR nel settore finanziario presenti in Europa

L'ACF non rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale ma rientra nella rete degli ADR europei istituiti per la tutela dei mercati finanziari. Al riguardo, il panorama europeo non può definirsi uniforme, in quanto in ogni Paese sono presenti caratteristiche particolari circa l'ente che gestisce l'Organismo e le modalità di risoluzione delle controversie<sup>2</sup>.

In particolare, nel settore bancario e finanziario vi sono casi in cui la tecnica utilizzata è quella della mediazione, ossia la facilitazione del raggiungimento di una soluzione amichevole, e casi in cui invece la tecnica è quella di ricorrere al giudizio di un arbitro, composto sia in forma monocratica che collegiale.

Le strutture che gestiscono ADR, poi, possono essere sia di natura privata che pubblica: in concreto vi sono infatti organismi indipendenti che si occupano delle controversie (spesso denominati *ombudsman*<sup>3</sup>). costituiti sia da amministrazioni statali sia da associazioni di intermediari. Ad esempio, in Germania sono presenti tre organismi aventi natura privata a cui partecipano in maniera facoltativa gli intermediari. Diversamente, in altri Paesi, come l'Italia, le ADR sono istituite direttamente dal legislatore ovvero dal governo. È peraltro il caso del Regno Unito che con il *Financial Service and Markets Act* del 2000 ha fondato il *Financial Ombudsman Service*<sup>4</sup>.

1. Per un inquadramento, cfr. fra gli altri S.A. Cerrato e F. De Santis, *La risoluzione delle controversie in materia di servizi di investimento*, in M. Cera e G. Presti (a cura di), *Il Testo Unico Finanziario*, Zanichelli, 2020, 957.

2. P. Sirena, *ADR Systems in the Banking and Financial Markets*, in *ODCC*, 2/2018, 631 ss.

3. Il termine *ombudsman* è di origine scandinava, tuttavia è stato utilizzato anche in altri Paesi europei.

4. Per un'analisi delle affinità dell'ACF al modello del *Financial Ombudsman Service* attivo nel



Oltre alle differenti caratteristiche funzionali, in Europa i meccanismi per la risoluzione di controversie di natura finanziaria hanno avuto percorsi differenti. Nel dettaglio<sup>5</sup>, se in Germania l'utilizzo è stato inizialmente rallentato a cause dell'efficienza della giustizia ordinaria, nei Paesi nordici è stato apprezzato il carattere consensuale per la risoluzione delle controversie e in Paesi quali il Regno Unito, la Spagna e i Paesi Bassi l'ampia diffusione delle ADR è stata connessa ai costi elevati per accedere alla giustizia ordinaria.

L'esito del procedimento, tuttavia, è solitamente non vincolante e permette alle parti di presentare un apposito ricorso presso i tribunali ordinari per ottenere il soddisfacimento dei propri diritti nel caso in cui il giudizio dell'ADR non venga eseguito spontaneamente o non sia ritenuto soddisfacente.

## 2.2. *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie: le fonti nazionali ed europee*

L'attuale norma di legge di riferimento per l'ACF<sup>6</sup> è l'art. 32-ter del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("TUF")<sup>7</sup> con cui il legislatore ha delegato la CONSOB ad istituire un organismo di risoluzione delle controversie fra le imprese di investimento e tutti gli investitori "diversi dai clienti professionali" – il cui perimetro soggettivo è più ampio rispetto alla categoria consumatori – nel rispetto dei prin-

Regno Unito, cfr. C. Tabarrini, *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di Vigilanza*, in *ODCC*, 1/2018, 247 ss.

5. M. Bianco, *L'arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, in *Quaderni giuridici CONSOB*, n. 16, febbraio 2018, 40.

6. Originariamente la disposizione che delegava la CONSOB di istituire un arbitro per le controversie finanziarie era l'art. 2, commi 5-bis e 5-ter del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, come modificato dalla d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130. Tale decreto è stato abrogato dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, il quale nell'adozione della Direttiva 2014/65/UE (c.d. MiFID II), che in un'ottica di razionalizzazione della materia ha trasferito la disciplina della risoluzione delle controversie finanziarie nel TUF.

7. Cfr. art. 32-ter, commi 1 e 2 TUF: "1. I soggetti nei cui confronti la CONSOB esercita la propria attività di vigilanza, da individuarsi con il regolamento di cui al comma 2, nonché i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies. In caso di mancata adesione, alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190, comma 1, e alle persone fisiche di cui all'articolo 18-bis si applicano le sanzioni di cui all'articolo 187-quinquiesdecies, comma 1-bis. Le sanzioni previste dal presente comma sono applicate ai consulenti finanziari autonomi e alle società di consulenza finanziaria secondo il procedimento disciplinato dall'articolo 196, comma 2456. 2. La CONSOB determina, con proprio regolamento, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V, titolo II-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 1 nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati".

cipi, delle procedure nonché dei requisiti previsti dalla disciplina della risoluzione extragiudiziale delle controversie dettata dal c.d. Codice del Consumo<sup>8</sup>.

Inoltre, l'art. 32-*ter* TUF ha reso obbligatoria da parte di tutti gli intermediari l'adesione all'organismo così istituito – prevedendo apposite sanzioni in caso di mancato adempimento dell'obbligo – e ha reso l'esperimento della procedura prevista in sua attuazione condizione necessaria di procedibilità per ogni azione giudiziaria o arbitrale.

In esecuzione di tale norma, l'ACF è stato istituito con la Delibera CONSOB n. 19602 del 4 maggio 2016 che, contestualmente, ha adottato il Regolamento concernente i criteri per lo svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie nonché i criteri di composizione dell'arbitro (“Regolamento ACF”).

L'istituzione dell'ACF rientra nell'alveo delle disposizioni euro-unitarie volte ad istituire procedure di ADR comuni tra i singoli Stati Membri.

In particolare, rileva la Direttiva 2013/11/UE, il cui fine consiste nell'armonizzazione a livello euro-unitario del *framework* relativo agli organismi e alle procedure di ADR a tutela dei consumatori, il quale, fino all'emanazione del provvedimento, era ritenuto dalle Istituzioni UE frammentario tra gli Stati Membri e dannoso per gli acquisti transfrontalieri dei consumatori<sup>9</sup>. Non a caso la delega alla CONSOB per l'istituzione di un organismo per le controversie finanziarie è stata prevista proprio dal d.lgs. 6 agosto 2015, attuativo della Direttiva 2013/11/UE.

Tale Direttiva si applica ai procedimenti ADR nazionali e transfrontalieri “concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione”, che propongono o impongono una soluzione ovvero riuniscono le parti per agevolare una risoluzione amichevole della controversia<sup>10</sup>.

A completare la disciplina di matrice europea sulle ADR a tutela del consumatore, si aggiunge il Regolamento (UE) n. 524/2013 relativo alla risoluzione delle controversie riguardanti contratti conclusi *online* dai consumatori, che istituisce

8. Cfr. artt. 141 ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

9. Cfr. considerando 6) della Direttiva 2013/11/UE secondo cui: “Le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri rappresentano una barriera al mercato interno e sono da annoverare tra le ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri e temono che eventuali controversie con i professionisti non possano essere risolte in modo facile, rapido ed economico. Per le medesime ragioni, i professionisti potrebbero astenersi dal vendere a consumatori che risiedono in altri Stati membri che non offrono un accesso sufficiente a procedure ADR di qualità elevata. Inoltre, i professionisti stabiliti in uno Stato membro che non dispone di sufficienti procedure ADR di alta qualità si trovano svantaggiati sul piano della concorrenza rispetto ai professionisti che hanno accesso a tali procedure e che possono pertanto risolvere le controversie con i consumatori in modo più rapido e più economico”.

10. Cfr. art. 2, par. 1 della Direttiva 2013/11/UE.

un sistema unico di risoluzione delle controversie (c.d. ODR) sviluppato e gestito direttamente dalla Commissione UE. Tale piattaforma permette di riunire in un unico sistema, le modalità di risoluzione di controversie, relative a contratti stipulati *online*, intercorrenti tra professionisti e consumatori e, nel settore finanziario, si connette alla Rete FIN-NET che riunisce gli organismi di ADR attivi nella UE e nello Spazio Economico Europeo nei settori bancario, finanziario ed assicurativo (su cui si torna oltre).

Peraltro, l'attenzione da parte del legislatore europeo verso l'applicazione del meccanismo delle ADR in ambito finanziario è risalente. Già la Direttiva 2004/39/CE ("MiFID I") incoraggiava gli Stati Membri ad istituire appositi meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie relative alla prestazione di servizi di investimento e di servizi accessori da parte delle imprese di investimento<sup>11</sup>.

Con la successiva Direttiva 2014/65/UE ("MiFID II"), l'invito agli Stati Membri ad introdurre meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie relative ai servizi di investimento da parte del legislatore europeo è stato sostituito da un obbligo. In particolare, rispetto al paradigma previsto inizialmente da MiFID I, l'art. 75, par. 1 di MiFID II prevede che: "Gli Stati membri garantiscono l'istituzione di procedure efficaci ed effettive di reclamo e di ricorso per la risoluzione extragiudiziale di controversie in materia di consumo relative alla prestazione di servizi di investimento e di servizi accessori da parte delle imprese di investimento, avvalendosi, se del caso, degli organismi esistenti".

Inoltre, come accennato, già nel 2001 la Commissione Europea aveva istituito la rete di Organismi ADR operanti nel settore finanziario denominata FIN-NET, con l'obiettivo di promuovere la cooperazione tra i difensori civici nazionali nel settore dei servizi finanziari, nonché fornire agli investitori *retail* un agevole accesso alla risoluzione alternativa delle controversie nei casi riguardanti prestazioni transfrontaliere di servizi finanziari.

In particolare, FIN-NET è una rete di organizzazioni nazionali competenti per risolvere i reclami dei consumatori, operante nello Spazio Economico Europeo, dunque in un ambito più ampio dell'Unione Europea, ricomprendendo anche Islanda, Liechtenstein e Norvegia. Il funzionamento della rete è contenuto nel *Memorandum of Understanding* del 12 maggio 2016, che prende in conside-

11. Cfr. art. 53 MiFID I rubricato "meccanismo extragiudiziale per i reclami degli investitori": "1. Gli Stati membri incoraggiano l'istituzione di procedure efficaci ed effettive di reclamo e di ricorso per la risoluzione extragiudiziale di controversie in materia di consumo relative alla prestazione di servizi di investimento e di servizi accessori da parte delle imprese di investimento, avvalendosi, se del caso, degli organismi esistenti. 2. Gli Stati membri assicurano che non vi siano disposizioni di legge o regolamentari che impediscano a tali organismi di collaborare efficacemente nella composizione delle controversie transfrontaliere".

razione le novità regolamentari previste dalla Direttiva 2013/11/UE e dal Regolamento (UE) n. 524/2013 e illustra nel dettaglio le linee guida per le procedure di risoluzione delle controversie transfrontaliere<sup>12</sup>.

### *2.3. Le caratteristiche dell'ACF diverse dalla precedente Camera di conciliazione e arbitrato presso la CONSOB*

In Italia l'ACF non è stato il primo meccanismo istituito per risolvere controversie riguardanti i servizi d'investimento. Prima del d.lgs. n. 130 del 2015 era stata istituita presso la CONSOB la Camera di conciliazione e di arbitrato ("CCA"), prevista con l'introduzione della legge di riforma del risparmio (la l. 28 dicembre 2005, n. 262) con il compito di regolare la risoluzione delle controversie tra investitori e intermediari, aventi ad oggetto la violazione – da parte degli intermediari – degli obblighi di informazione, di correttezza, nonché di trasparenza nei rapporti contrattuali con gli investitori<sup>13</sup>.

Tale iniziativa, tuttavia, è risultata quasi del tutto inutilizzata, a causa di alcune criticità insite nelle procedure conciliative e di arbitrato. In primo luogo, la CCA, diversamente dall'ACF, non prevedeva un obbligo di adesione da parte degli intermediari, caratterizzandosi per essere un meccanismo operante esclusivamente su base volontaria<sup>14</sup>. Per quanto concerne l'azione conciliativa, la procedura della CCA, preliminarmente prevedeva un'assistenza alle parti, attraverso la nomina di conciliatori prescelti dalla Camera in un elenco predefinito, per la definizione di un accordo (c.d. conciliazione facilitativa) e, in subordine, proponeva una soluzione alla vertenza (c.d. conciliazione valutativa). Il numero di procedimenti è

12. Cfr. *Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services* del 12 maggio 2016, reperibile al sito: [finance.ec.europa.eu/index\\_en](http://finance.ec.europa.eu/index_en) [consultato il 4 ottobre 2023].

13. Cfr. art. 27, comma 1 della l. 28 dicembre 2005, n. 262: "Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". Successivamente, il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 "Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'art. 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262" con l'art. 2 istitutiva "una Camera di conciliazione e arbitrato presso la CONSOB per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori".

14. Per un'analisi dettagliata del funzionamento e delle principali criticità della CCA, cfr. B. Casumaro, *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF)*, in A. Salvaneschi e L. Graziosi (a cura di), *L'Arbitrato*, Giuffrè, 2020, 944 ss.

sempre stato ridotto a causa della mancata adesione da parte degli intermediari alle richieste dei clienti di avviare una conciliazione e dei pochi accordi raggiunti effettivamente. La procedura di arbitrato, invece, non è mai stata sostanzialmente operativa in quanto era necessaria una clausola compromissoria vincolante solamente per l'investitore e presentava costi ingenti.

Diversamente, l'ACF si caratterizza per l'obbligatorietà per gli intermediari di aderire alle procedure gestite dalla CONSOB. Infatti, l'art. 32-*ter* TUF ha reso obbligatoria da parte di tutti gli intermediari l'adesione all'organismo così istituito – prevedendo apposite sanzioni in caso di mancato adempimento dell'obbligo. In particolare, qualora l'intermediario violi tale obbligo, non aderendo all'ACF, ai sensi dell'art. 32-*ter*, comma 1 TUF, come modificato dall'art. 2.8 del d.lgs. 15 novembre 2019, n. 165, tale soggetto è sottoposto alle sanzioni amministrative di cui agli artt. 190 (per le società e gli enti) e 187-*quinquiesdecies* TUF (per i consulenti finanziari autonomi persone fisiche). Coerentemente l'art. 3 del Regolamento ACF richiede che gli intermediari siano iscritti all'Organismo, anche indirettamente per il tramite di associazioni di categoria<sup>15</sup>.

Inoltre, l'esperimento della procedura davanti all'ACF rappresenta una possibile modalità di espletamento dell'obbligo preventivo di mediazione, quale condizione necessaria di procedibilità per ogni azione giudiziaria o arbitrale in materia di contratti finanziari, secondo quanto previsto dall'art. 5 del D. lgs. n. 28/2010 (il cui comma 3 prevede esplicitamente che “per assolvere alla condizione di procedibilità le parti possono anche esperire” la procedura prevista dall'art. 32-*ter* TUF. È pertanto inevitabile che di fatto diventi – per le controversie di valore inferiore a 500.000 Euro – la strada maggiormente seguita per assolvere all'obbligo.

Il procedimento davanti all'ACF, nel rispetto della normativa euro-unitaria, si caratterizza per svolgersi completamente *online* ed essere interamente documentale e retto dai principi di semplificazione e rapidità. Al riguardo, il Regolamento ACF prevede dei termini entro cui il Collegio deve pronunciare una propria decisione ovvero l'interruzione, nonché l'estinzione del procedimento<sup>16</sup>; tali termi-

15. Cfr. art. 3, comma 1 Regolamento ACF: “Gli intermediari, prima di iniziare l'attività, aderiscono all'Arbitro, anche attraverso le associazioni di categoria a cui partecipano, tramite comunicazione redatta utilizzando la modulistica resa disponibile sul sito web dell'Arbitro (...)”.

16. Cfr. art. 14 Regolamento ACF: “1. L'esito della controversia è comunicato alle parti nel termine di novanta giorni dal completamento del fascicolo. L'esito può essere comunicato mediante il solo invio del dispositivo; in tal caso, la decisione corredata della relativa motivazione è trasmessa alle parti entro i successivi 30 giorni. 2. Il termine può essere prorogato dal Presidente o dal collegio prima della sua scadenza, per un periodo non superiore a novanta giorni, quando lo richieda la particolare complessità o novità delle questioni trattate. La proroga è comunicata alle parti. (...) 4. L'interruzione e l'estinzione del procedimento sono dichiarate entro i termini indicati nei commi precedenti. 5. L'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso dichiarate dal Presidente sono

ni peraltro, riferendosi all'attività del Collegio giudicante, sono termini ordinatori, da valutare in relazione al carico di lavoro dell'Organismo e alle sue risorse<sup>17</sup>.

Ai sensi dell'art. 18 del Regolamento ACF, il procedimento è gratuito solamente per il ricorrente. Tale disposizione è volta a garantire una maggiore tutela al contraente debole del rapporto, nonché agevolare l'accesso alla risoluzione della controversia, in quanto, l'art. 10 del Regolamento ACF<sup>18</sup>, riconosce la legittimazione attiva esclusivamente all'investitore che può presentare il ricorso personalmente, tramite un'associazione a tutela dei consumatori ovvero di un procuratore, che attualmente risulta essere la fattispecie più comune<sup>19</sup>.

Inoltre, sebbene la decisione dell'arbitro non sia vincolante, l'art. 16 del Regolamento ACF prevede un peculiare strumento di *moral suasion* per l'intermediario inadempiente, che consiste nella pubblicazione della mancata esecuzione del ricorso sia sul sito *web* dell'Arbitro per cinque anni, sia sulla pagina iniziale del sito *web* dell'intermediario per sei mesi, oltre che su due quotidiani a diffusione nazionale (cosa che è puntualmente avvenuta per alcuni casi di sistematica non applicazione di decisioni dell'ACF, riguardanti in particolare una problematica di successione nella legittimazione attiva tra una banca posta in liquidazione una che ne ha acquisito l'azienda e una vicenda di ipotetiche violazioni nel collocamenti di propri titoli da parte di una banca del sud).

Un aspetto di grande rilievo per il funzionamento dell'ACF è quello relativo alla sua composizione. A differenza della previgente CCA che prevedeva la nomina caso per caso di conciliatori o arbitri nell'ambito di elenchi preesistenti, l'attuale organismo strutturato attraverso la presenza di un Collegio permanente, composto da arbitri effettivi e supplenti. In particolare, in base al comma 2 dell'art. 32-ter TUF la CONSOB è chiamata a stabilire in via regolamentare anche "i criteri di

comunicare alle parti nel termine di ventuno giorni dalla presentazione del ricorso ovvero dalla scadenza del termine concesso al ricorrente ai sensi dell'articolo 11, comma 2 [i.e. il termine concesso dalla segreteria tecnica dell'ACF al ricorrente per presentare integrazioni o chiarimenti per la valutazione dell'ammissibilità del ricorso]".

17. Cfr. sul punto S.A. Cerrato e F. De Santis, *La risoluzione delle controversie in materia di servizi di investimento*, cit., 968.

18. Cfr. art. 10, comma 1 Regolamento ACF: "Il ricorso all'Arbitro può essere proposto esclusivamente dall'investitore, personalmente o per il tramite di un'associazione rappresentativa degli interessi dei consumatori ovvero di procuratore (...)".

19. Cfr. Relazione sull'attività svolta 2021 dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, reperibile sul sito [www.acf.consob.it](http://www.acf.consob.it) [consultato il 7 ottobre 2023], 12, ove si rappresenta che il 71,5% dei ricorsi del 2021 si è caratterizzato per la presenza del procuratore; tra questi, inoltre, l'assistenza di un legale è stata individuata nell'83% dei casi. A tale proposito si segnala che la Relazione sull'attività svolta 2022 dell'Arbitro per le Controversie finanziarie riporta una diminuzione della presenza del procuratore nei ricorsi del 2022 (64,8% dei casi); ciononostante la maggioranza dei risparmiatori continua ad avvalersi dell'assistenza tecnica, sebbene la procedura per la presentazione dei ricorsi all'ACF sia *online* e gratuita.

composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati". Tale previsione si è invertita in regole che, da una parte (art. 5, comma 1, Regolamento ACF) prescrivono che la scelta avvenga "tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza, di indiscussa indipendenza e onorabilità" e, dall'altra (comma 4 stesso art.), che "La CONSOB nomina direttamente il Presidente e due membri del collegio, mentre la nomina dei restanti due membri avviene: a) per un membro, a seguito della designazione congiunta delle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative a livello nazionale; b) per un membro, a seguito della designazione del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti".

La competenza e rappresentatività dei componenti e la continuativa applicazione al loro compito costituiscono una delle chiavi del successo dell'organismo.

### **3. Funzione e ambito di operatività dell'ACF**

#### *3.1. La funzione e l'area di competenza*

All'interno del diritto dei mercati finanziari, l'ACF svolge un'attività di assoluta rilevanza, in quanto la velocità delle decisioni ed il loro altro livello di tecnicismo garantisce che l'organismo assuma nello stesso tempo un'importante funzione deflattiva del contenzioso e un ruolo di punto di riferimento interpretativo per gli intermediari finanziari che sono incentivati a conformare le loro prassi operative a agli orientamenti sul corretto adempimento delle norme elaborati dal Collegio<sup>20</sup>.

Come è stato segnalato dal Presidente dell'Organismo<sup>21</sup>, alla luce dell'elevato numero di ricorsi: "stante il rilievo, anzitutto economico, di gran parte del contenzioso trattato, può in definitiva dirsi che all'Arbitro viene richiesto di svolgere una funzione che, a buon diritto, pare potersi qualificare come complementare e, nello stesso tempo, anche alternativa al sistema della giustizia civile".

In sostanza, le norme in materia di servizi d'investimento stanno ricevendo, grazie all'operato dell'ACF, un tasso di applicazione a casi concreti nell'ambito di controversie e un catalogo di prassi interpretative molto vasti, che non sarebbe stato possibile avere con la sola operatività della giustizia ordinaria.

20. Cfr. il recente comunicato stampa della CONSOB in merito all'attività dell'ACF del 9 gennaio 2023, in cui si evidenzia il "il tendenziale progressivo allineamento delle prassi operative degli intermediari agli orientamenti applicativi della normativa di settore via via elaborati dal Collegio ACF".

21. Cfr. Nota illustrativa del Presidente alla Relazione sull'Attività svolta nel 2021 reperibile al sito [www.acf.consob.it](http://www.acf.consob.it), 9.

Tale ampiezza casistica è plasticamente attestata e documentata dal sito dell'ACF nella parte dedicata alla raccolta della decisione alla massimazione degli orientamenti (c.d. “*Pillole dell'Arbitro*”).

In tal modo l'ACF è anche uno strumento volto a preservare la fiducia nel sistema finanziario degli investitori e ad accrescere la effettività della tutela di questi ultimi, favorendo il mantenimento di un buon rapporto tra l'intermediario ed il cliente.

In merito all'ambito di competenza dell'Organismo, l'art. 4, comma 1 del Regolamento ACF prevede, nella versione da ultimo modificata nel 2021, che l'arbitro è competente per le controversie aventi ad oggetto la violazione da parte degli intermediari “degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del TUF, nonché degli obblighi previsti dagli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) n. 1286/2014 e dalle relative disposizioni attuative, incluse le controversie transfrontaliere e le controversie oggetto del Regolamento (UE) n. 524/2013”.

Si tratta in estrema sintesi degli obblighi relativi ai servizi (inclusi quelli accessori) e alle attività d'investimento regolati da MiFID II e MIFIR, oltre che alla gestione collettiva.

Ai sensi del d.lgs. n. 130/2015, come chiarito dalla CONSOB nel documento di consultazione per l'adozione del Regolamento ACF, la competenza dell'arbitro si estende anche alle controversie transfrontaliere, nell'ambito delle quali il risparmiatore risiede in un paese dell'Unione diverso da quello in cui è stabilito l'intermediario, nonché alle controversie oggetto del già menzionato Regolamento (UE) n. 524/2013, relative ai servizi o prodotti venduti *online*, che possono essere presentate attraverso l'apposita piattaforma ODR della Commissione europea<sup>22</sup>.

Inoltre, la recente modifica del Regolamento ACF ha esteso l'ambito oggettivo dell'arbitro anche all'obbligo per gli intermediari di consegnare il documento contenente le informazioni chiave (c.d. KID) circa i prodotti di investimento e assicurativi preassemblati destinati ad investitori retail (c.d. PRIIPs)<sup>23</sup>.

22. Cfr. *Documento di Consultazione – Proposte di modifica al Regolamento concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie* del 19 dicembre 2019.

23. Il riferimento agli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) n. 1286/2014, relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati, nell'art. 4 del Regolamento ACF è stato inserito con la Delibera n. 21867 del 26 maggio 2021. Tale modifica è stata ritenuta opportuna dal Comitato degli Operatori di Mercato e degli Investitori della CONSOB (c.d. *stakeholder group*) in quanto secondo il si tratta di “obblighi di informazione la cui violazione dovrebbe già rientrare nella competenza dell'ACF ai sensi dell'attuale comma 1, articolo 4 del Regolamento” (cfr. *Relazione illustrativa degli esiti della consultazione*).



Come noto, la competenza di valore è limitata ad Euro 500.000,00 (art. 4, comma 2 Regolamento ACF); è peraltro consentito al ricorrente che abbia effettuato un investimento maggiore limitare sotto tale limite la pretesa al fine di sottoporre le proprie doglianze all'ACF<sup>24</sup>.

D'altra parte, ai sensi dell'art. 4, comma 3 del Regolamento ACF, sono escluse dalla cognizione dell'Organismo le domande risarcitorie degli investitori che non sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione degli obblighi di cui al primo comma, nonché le domande di risarcimento dei danni non aventi carattere patrimoniale. È peraltro precisato (art. 4, comma 1-*bis*) che "L'Arbitro può conoscere, ancorché in via incidentale e ove necessario ai fini di decidere sulle richieste di natura restitutoria, anche le domande di annullamento, risoluzione e rescissione del contratto, nonché ogni altra azione di impugnativa negoziale".

### 3.2. Pronunce dell'ACF sulla propria competenza

L'ACF ha meglio chiarito, attraverso alcune decisioni, il perimetro della propria competenza. A titolo esemplificativo, è stato chiarito che non vi è competenza dell'arbitro nelle controversie relative ai buoni fruttiferi postali<sup>25</sup>, alla corretta applicazione della normativa tributaria sui c.d. *capital gains*<sup>26</sup> da parte dell'intermediario, in merito al mancato adempimento dell'intermediario delle istruzioni impartite dal cliente nel trasferimento di strumenti finanziari da un deposito a un altro<sup>27</sup>, al trasferimento di strumenti finanziari tra privati<sup>28</sup>, ad accordi transattivi tra cliente ed intermediario<sup>29</sup>.

*ne, delle conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori del 27 maggio 2021). Al riguardo, secondo la stessa Autorità, la violazione si estende esclusivamente ai soggetti rientranti nella definizione di "intermediari" ex art. 2, comma 1, lett. h) del Regolamento ACF ed inoltre non si estende alle controversie relative alle violazioni delle altre previsioni contenute nel Regolamento (UE) n. 524/2013 concernenti gli obblighi relativi alla redazione del KID che gravano sugli ideatori di PRIIPs (cfr. Documento di Consultazione – Proposte di modifica al Regolamento concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie del 19 dicembre 2019).*

24. Cfr. Decisioni ACF numeri 404 e 653.

25. Cfr. Decisioni ACF numeri 27, 28, 86, 100, 340 e 455, in quanto la competenza dell'ACF è limitata ai servizi di investimento.

26. Cfr. Decisioni ACF numeri 8, 78 e 125.

27. Cfr. Decisioni ACF numeri 6 e 502, in quanto non rappresenta una violazione degli obblighi strumentali che consentono all'investitore di operare consapevolmente.

28. Cfr. Decisioni ACF numeri 237, 239, 702, 767, 877, 1167, 1223, 1248 e 1260, in quanto non è configurabile una prestazione di servizi di investimento.

29. Cfr. Decisioni numeri 5454 e 5688, su cui riferisce la Relazione sull'attività dell'ACF per l'anno 2022, 38.

È stato invece chiarito che rientrano nella competenza dell'Arbitro le controversie in cui il comportamento dell'intermediario, in violazione dei doveri prescritti dall'art. 21 TUF, è anche qualificabile come pratica commerciale scorretta ai sensi del Codice del consumo<sup>30</sup> e quelle relative al collocamento di prodotti di investimento assicurativo, anche per la violazione di regole comportamentali successive alla loro sottoscrizione<sup>31</sup> (c.d. IBIPs).

Nel corso del 2022 l'arbitro ha altresì chiarito che nel proprio ambito di competenza rientra anche la materia del rispetto degli obblighi previsti, dal Regolamento CONSOB n. 18592 del 26 giugno 2013 ("Regolamento Crowdfunding"), in capo a gestori di portali per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali di cui all'art. 50-*quinquies* del TUF, anche qualora tali soggetti non siano intermediari autorizzati a prestare servizi d'investimento. Solo in tal modo – ha in proposito ritenuto l'ACF – è possibile dar senso alla previsione dell'art. 2 del Regolamento ACF che indica i suddetti gestori fra i suoi destinatari, obbligandoli all'adesione al sistema<sup>32</sup>.

Un particolare caso di competenza "sopravvenuta" dell'ACF è rappresentato dalle controversie sorte per il collocamento o la distribuzione in qualsiasi forma, da parte di intermediari bancari, di prodotti finanziari (in concreto si è trattato prevalentemente di azioni o di obbligazioni) di propria emissione prima e dopo il 2006<sup>33</sup>. In detto anno è entrato in vigore l'art. 25-*bis* TUF (introdotto dalla l. n. 262 del 28.12.2005 – c.d. "legge sul risparmio" – del 2005) che, nella sua versione originaria (inclusa la parziale modifica chiarificatrice operata a fine 2006), prevedeva che "Gli articoli 21 e 23 si applicano alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione"<sup>34</sup>. Prima di tale modifica, la distribuzione da parte delle banche di propri prodotti finanziari in sede di emissione (c.d. "*self-placing*") era ricondotta (con tesi peraltro discutibile) all'attività di "raccolta del risparmio", ai sensi dell'art. 11 del d.lgs.

30. Cfr. Decisione ACF numero 5, in cui veniva in rilievo un contegno dell'intermediario in violazione dei doveri generali di diligenza e correttezza nei confronti della clientela *ex* art. 21, lett. a), TUF, già qualificato come "pratica commerciale scorretta" da un provvedimento adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

31. Cfr. Decisioni ACF numeri 133 e 158 e, da ultimo, Decisioni 5315, 5871, 6168, 6216 su cui riferisce la Relazione sull'attività dell'ACF per l'anno 2022, 36.

32. Cfr. Decisione numero 5855, su cui riferisce la Relazione sull'attività dell'ACF per l'anno 2022, 35.

33. Cfr. Decisioni ACF numeri 657, 696, 697, 702, 703, 714, 771, 777, 893, 917, 926 e 929.

34. Oggi, dopo il recepimento della Direttiva Mifid II (che ha pacificamente ricompreso l'"autocollocamento" o *self-placing*, all'interno dell'area dei servizi d'investimento) la norma, appositamente riformulata, estende la disciplina di prestazione dei servizi di investimento all'offerta e alla consulenza aventi ad oggetto depositi strutturati e prodotti finanziari, diversi dagli strumenti finanziari, emessi da banche.

1° settembre 1993, n. 385 (c.d. TUB) e dunque sottratta alla disciplina dei servizi di investimento. Tale incompetenza *ratione temporis* ha assunto una certa rilevanza soprattutto nel primo periodo di operatività dell'Arbitro in cui numerosi ricorsi avevano ad oggetto la distribuzione di tali strumenti finanziari, caratterizzati dall'illiquidità che rendeva difficoltoso, se non impossibile, ogni tentativo di dismissione. Tuttavia, ad oggi, detto limite per l'ACF risulta irrilevante dal momento che si estende esclusivamente a quei prodotti sottoscritti in data anteriore al 2006. Difatti, per un odierno ricorrente, ai sensi dell'art. 4, comma 3-*bis* del Regolamento ACF, l'Arbitro può conoscere solamente quelle controversie che si riferiscono a operazioni o a comportamenti posti in essere entro il decimo anno precedente alla data di presentazione del ricorso.

Alcune difficoltà in tema di competenza sorgono, nel rapporto tra l'ACF e l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF). Possibili dubbi sono dovuti all'evoluzione dei mercati che hanno portato alla sovrapposizione delle materie (finanziaria e bancaria) dovuta alla diffusione di strumenti e operazioni c.d. ibridi, nonché allo sviluppo tecnologico che ha portato al crescente sviluppo del *fintech*.

A tale proposito, Banca d'Italia e la CONSOB hanno sottoscritto in data 18-19 marzo 2020 il "Protocollo di intesa tra la Banca d'Italia e la CONSOB in materia di risoluzione alternativa delle controversie" ("Protocollo"). Come chiarito nel documento, il fine è quello di "i) prevenire l'insorgenza di conflitti interpretativi o di incertezze operative nella delimitazione degli ambiti di rispettiva competenza nelle materie di interesse comune; ii) tutelare la clientela, orientandola nella corretta individuazione del sistema competente; iii) promuovere la condivisione di buone prassi emerse nello svolgimento dell'attività di supporto svolta dalle rispettive Segreterie tecniche chiamate a garantire il buon funzionamento del sistema ovvero dell'attività decisoria dei Collegi; iv) favorire la condivisione dei criteri per l'esercizio dell'attività di verifica nel ruolo di Autorità nazionale competente sui rispettivi sistemi di risoluzione delle controversie".

Dal momento che il Protocollo non costituisce un atto cogente bensì ha la sola funzione di indirizzo, entrambi i Collegi possono decidere autonomamente sui ricorsi presentati. Tuttavia, l'attività sembra poter essere divisa nel rispetto del principio della c.d. finalità prevalente<sup>35</sup>, con cui l'operatività degli Organismi deve essere interpretata prediligendo un approccio funzionale rispetto a quello formalistico, valutando l'oggetto del ricorso nonché le competenze dell'Autorità di riferimento.

35. Cfr. N. Soldati, *L'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) tra ruolo di regolamentazione del mercato finanziario e di conformazione degli intermediari*, in *Contratto e impresa*, 2/2022, 463. Inoltre, si veda il Protocollo: "L'ambito di competenza dell'ABF e dell'ACF, definito dalle relative fonti normative, è interpretato avendo precipuo riguardo all'oggetto del rapporto, del contratto o dell'operazione di cui al ricorso e alla sua attinenza alle competenze istituzionali della Banca d'Italia e della CONSOB" (enfasi aggiunta).

In particolare, nel rispetto del Protocollo che prevede una collaborazione di CONSOB e Banca d'Italia<sup>36</sup>, sono stati organizzati due forum.

Il primo, tenutosi il 19 novembre 2021, è stato dedicato al contenzioso derivante dal deposito titoli in amministrazione; al riguardo i partecipanti hanno convenuto che nel caso in cui la contestazione afferisca al trasferimento del conto deposito titoli – si pensi al ritardo nel trasferimento del conto – la competenza è tendenzialmente dell'ABF, mentre nel caso in cui la doglianza sia riferita al comportamento dell'intermediario nello svolgimento del servizio di investimento – si pensi al mancato rispetto degli obblighi informativi – sarà competente l'ACF<sup>37</sup>.

Il secondo forum del 19 settembre 2022, invece, ha riguardato il collegamento negoziale tra finanziamento e sottoscrizione di prodotti finanziari ed è stato chiarito che l'ACF è competente quando il finanziamento è erogato per la sottoscrizione di un prodotto finanziario, mentre l'ABF è competente quando non sia prevalente il profilo dell'investimento ovvero sia contestato l'aspetto esecutivo del contratto che riguardano prodotti finanziari posti a garanzia di un finanziamento. Inoltre, è stato chiarito il tema della sottoscrizione di derivati a copertura del rischio di tasso di mutui o altri finanziamenti; in particolare se il ricorso ha ad oggetto il derivato e la sua disciplina, e quindi, ad esempio, una contestazione sulla mancanza dello scopo di copertura del derivato o sulla violazione di regole informative di condotta in fase di sottoscrizione e di esecuzione del contratto, la competenza è dell'ACF, mentre l'ABF è competente rispetto a doglianze concernenti il contratto di finanziamento alla copertura dei cui rischi è posto il derivato.

Infine, delineata l'operatività dell'ACF occorre soffermarsi sulle tipologie dei ricorsi. In particolare, i ricorsi dichiarati ricevibili e ammissibili hanno avuto quale oggetto prevalente o esclusivo doglianze che i ricorrenti riferiscono al servizio di consulenza in materia di investimenti (63,7%); seguono i ricorsi riguardanti la prestazione del servizio di esecuzione di ordini per conto dei clienti (16,4%) e

36. Cfr. Protocollo, al punto 3. “Collaborazione – Strumenti di coordinamento”, 3: “Il coordinamento tra i sistemi si svolge mediante i seguenti strumenti: *i*) incontri periodici (a cadenza almeno semestrale o su specifica richiesta) tra il Presidente dell'ACF e/o componenti del Collegio dell'ACF e il Presidente del Collegio di coordinamento dell'ABF e/o uno o più Presidenti dei Collegi territoriali dell'ABF, aventi ad oggetto questioni, di rito o di merito, di possibile interesse per l'attività decisoria dei Collegi; *ii*) riunioni (a cadenza periodica o su specifica richiesta) tra le strutture di supporto, nel caso in cui il confronto abbia ad oggetto questioni procedurali e organizzative ovvero concernenti l'attività svolta nel ruolo di Autorità nazionale competente; *iii*) partecipazione congiunta a iniziative formative su questioni di comune interesse; *iv*) scambi periodici di informazioni relative alla casistica dei ricorsi dichiarati, dai rispettivi organi decidenti, inammissibili a motivo della rilevata incompetenza per materia”.

37. Nel medesimo forum è stato inoltre convenuto che l'interpretazione della normativa fiscale o il regime fiscale applicabile non è generalmente competenza dei due Organismi di ADR.

quelli relativi al servizio di collocamento, pari al 5,1% del totale. Al riguardo si segnala un incremento dei ricorsi aventi ad oggetto il servizio di consulenza, mentre risultano stabili i ricorsi per il servizio di ricezione e esecuzione ordini, nonché quelli per il servizio di collocamento<sup>38</sup>.

#### 4. Le recenti modifiche al Regolamento ACF

Il 26 maggio 2021, la CONSOB con la Delibera n. 21867, ha introdotto delle modifiche al Regolamento ACF inerenti al procedimento, entrate in vigore il 1° ottobre 2021.

Le modifiche intervengono sul testo del Regolamento del 2016, sulla base dell'esperienza quinquennale di dell'Arbitro. Al riguardo il Presidente dell'ACF ha chiarito che la riforma è finalizzata rendere più agevole e celere l'attività istruttoria, lasciando nello stesso tempo sempre aperta la possibilità di un accordo diretto tra le parti che ponga fine alla controversia<sup>39</sup>.

In particolare, è stato introdotto l'obbligo di utilizzare esclusivamente la modulistica presente sul sito *web* dell'ACF ai fini della presentazione del ricorso (art. 11 del Regolamento ACF) e sono stati predisposti moduli *standard* di lunghezza predefinita pur con una flessibilità volta a garantire il diritto alla difesa. È stato inoltre ribadito l'utilizzo del sito *web* come modalità esclusiva d'introduzione e gestione dei procedimenti fino alla fase di decisione del ricorso.

Tali soluzioni sono in linea con le prassi normalmente seguite dagli organismi di mediazione e hanno, fra l'altro, l'obiettivo di contenere la produzione di documenti istruttori, che spesso è stata ritenuta superflua dell'Arbitro.

Un ulteriore intervento è stata la previsione di apposite regole volte a facilitare entrambe le parti del procedimento per l'eventuale raggiungimento di intese conciliative risolutive, utilizzabili fino alla pubblicazione della decisione.

In particolare il nuova comma *9-bis* dell'art. 11 prevede che "Qualora entrambe le parti lo richiedano, anche al fine di trovare un accordo i termini (...) sono sospesi per un periodo massimo di novanta giorni. La sospensione può essere richiesta una sola volta nel corso del procedimento".

Inoltre, l'art. 13, comma 3, lett. *b-bis* prevede che "Il procedimento si estingue, fra l'altro, quando (...) l'intermediario, prima della decisione sul ricorso, fornisce documentazione attestante il raggiungimento di un accordo ovvero il pieno soddisfacimento della pretesa del ricorrente".

38. Cfr. Relazione sull'attività svolta 2022 dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, cit., 19.

39. Nota illustrativa, cit., 4.

## 5. Gli orientamenti dell'ACF su alcuni temi di rilievo

Grazie al suo immediato impiego quale metodo di risoluzione delle controversie, l'ACF ha avuto modo di esprimersi su numerosi punti controversi della disciplina sui servizi d'investimento, riuscendo così a consolidare orientamenti in merito alle tematiche di sua competenza. Al riguardo, al fine di informare sia gli intermediari che gli investitori, l'arbitro, come già accennato, raccoglie sotto forma di massime le decisioni del collegio, le quali sono pubblicate sul sito internet dell'Organismo e nelle sue pubblicazioni<sup>40</sup>.

Si indicano di seguito, a titolo di esempio, alcuni orientamenti su tematiche di particolare rilievo.

### 5.1. Profilatura del cliente e valutazione di appropriatezza/adequatezza

In particolare, una delle tematiche maggiormente affrontate dall'Arbitro è quella del rapporto tra profilatura della clientela e valutazione di adeguatezza e appropriatezza degli investimenti.

Segnatamente, spesso, gli investitori lamentano che l'intermediario non svolga correttamente la propria attività, non raccogliendo le informazioni necessarie al fine di identificare adeguatamente le caratteristiche del cliente<sup>41</sup> o non fornendo allo stesso informazioni sufficienti a comprendere l'effettiva natura e rischiosità dell'investimento prima di realizzarlo.

Agli intermediari, l'ACF richiede, in linea con i principi generali dettati dall'art. 21 TUF e dall'art. 24 Mifid 2, che il questionario di profilatura sia compilato nel rispetto dei principi di diligenza, correttezza e trasparenza, al fine di ottenere informazioni corrispondenti alle reali caratteristiche del cliente<sup>42</sup>.

A tale proposito, al fine di valutare la corretta profilazione del cliente, l'ACF richiama l'attenzione su elementi oggettivi quali l'età, il titolo di studio, la professione svolta, il portafoglio titoli posseduto, la frequenza degli investimenti, tutti elementi da cui poter desumere una specifica e apprezzabile conoscenza in mate-

40. Cfr. le Relazioni illustrative dell'ACF, le quali riportano la raccolta degli orientamenti circa le principali questioni affrontate dal Collegio nell'anno di riferimento. In particolare, si segnala che la Relazione illustrativa del 2021 dell'ACF contiene un'analisi del primo quinquennio.

41. Cfr. Discorso del Presidente 2023, cit., 8, in cui si afferma che: "con preoccupante frequenza si registrano prassi da cui traspare una scarsa consapevolezza della (...) funzione [del questionario MiFID]. La frenetica routine del 'firmi qui, firmi lì' ha spesso la meglio, tanto che il questionario finisce con l'essere non di rado uno dei tanti moduli da riempire il prima possibile".

42. Da ultimo, cfr. Discorso del Presidente 2023, cit., 9, in cui si chiarisce che l'intermediario "è chiamato a mettere in campo tutta la professionalità che la norma di settore esige, non limitandosi a recepire acriticamente le informazioni rese dal cliente, piuttosto intercettando e rimuovendo eventuali incongruenze e incompletezze".

ria di mercati finanziari – o diversamente una totale o parziale carenza – così da poter giungere a un eventuale giudizio di non corrispondenza tra le informazioni raccolte nel questionario e il reale profilo del cliente ovvero di errata assegnazione del profilo per contraddittorietà con le risposte fornite in sede di compilazione del questionario<sup>43</sup>.

Pertanto, tali decisioni richiedono una valutazione caso per caso da parte dell'ACF, in funzione delle specifiche caratteristiche dell'investitore. Non sorprende dunque che questioni aventi ad oggetto il medesimo prodotto finanziario, nelle quali il ricorrente asseriva una violazione nella fase di profilatura, siano state risolte dall'arbitro in modo differente, sulla base di una valutazione in concreto del caso di specie.

## 5.2. *Sussistenza della consulenza*

Un ulteriore tema con cui l'ACF ha avuto modo di confrontarsi è rappresentato dai presupposti della consulenza. In particolare, il Collegio si è espresso spesso su casi in cui il ricorrente contestava l'inadempimento degli obblighi richiesti all'intermediario per la prestazione del servizio di consulenza, in situazioni nelle quali era controversa l'effettiva raccomandazione delle operazioni realizzate.

Si tratta del fenomeno della c.d. pseudo consulenza che si presenta principalmente nei rapporti di lunga durata, laddove l'investitore si convince di aver ricevuto una consulenza, nonostante tra i servizi d'investimento da lui sottoscritti questa non sia mai stata contrattualizzata<sup>44</sup>. In tali casi, l'ACF ha sostenuto che è onere del cliente provare l'effettiva prestazione del servizio consulenziale.

Segnatamente, il Collegio, ha chiarito che l'esercizio della consulenza attiene alla dinamica dei rapporti tra il cliente e il personale dell'intermediario la cui prova, si basa su "circostanze che si collocano al di fuori della regola dell'art. 23, comma 6, del TUF", ai sensi del quale nei giudizi di risarcimento danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento, l'onere della prova spetta

43. Cfr. S. Forasassi, *Profilatura del cliente e valutazione di adeguatezza/appropriatezza negli orientamenti dell'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF)*, in *Contratto e impresa*, 4/2021, 19. In merito agli elementi adottati per la valutazione, cfr., fra le altre, Decisioni nn. 4300 dell'8 ottobre 2021, 4427 del 25 ottobre 2021 e 4586 del 16 novembre 2021.

44. Cfr. Nota illustrativa, cit., 13, in cui il Presidente soffermandosi sul problema del fenomeno della pseudo consulenza ha sostenuto che l'intermediario oltre "a rendere al cliente retail un quadro informativo, nella forma e nella sostanza, chiaro ed esaustivo circa i servizi d'investimento che saranno poi somministrati, i relativi confini, le implicazioni, i costi", dovrebbe astenersi "in pendenza del rapporto, dal relazionarsi in forme tali da poter ingenerare in un investitore *retail*, soprattutto se privo di adeguate cognizioni di base in materia finanziaria, il convincimento di essere destinatario di suggerimenti e consigli a sfondo consulenziale e che possano di fatto orientare le sue scelte, quando ciò non trovi idoneo fondamento nei servizi contrattualizzati".

agli intermediari; pertanto “il relativo onere incombe sul ricorrente, trovandosi in caso contrario l’intermediario nella posizione di dover fornire dimostrazione di un fatto negativo”<sup>45</sup>.

Al riguardo, nei ricorsi ove gli investitori hanno disposto direttamente le operazioni dalla piattaforma telematica dell’intermediario, il Collegio non ha ritenuto soddisfacente come prova della sussistenza della consulenza, alcune funzionalità di assistenza per l’utilizzo della piattaforma<sup>46</sup>. Infatti, muovendo dalla definizione di cui all’art. 1, comma 5-*septies* TUF della consulenza in materia di investimenti, il Collegio ha sostenuto che requisito necessario sia la personalizzazione delle raccomandazioni che devono fondarsi sulle specifiche caratteristiche del cliente. Tale personalizzazione non è presente se le raccomandazioni sono diffuse al pubblico mediante canali di distribuzione generali.

In ogni caso, non deve escludersi in termini assoluti una tutela nei confronti dei clienti qualora il servizio di consulenza non sia contrattualizzato. Infatti, l’arbitro ha riconosciuto un risarcimento a dei ricorrenti che pur non avendo sottoscritto un contratto di consulenza, sono stati quantomeno indirizzati e sostenuti dai consigli di addetti dell’intermediario nelle loro scelte di investimento<sup>47</sup>. In particolare, gli elementi presi in considerazione per la decisione del Collegio sono stati il basso livello di scolarizzazione dei ricorrenti, la loro attività professionale, la frequenza e la sistematicità delle operazioni in titoli emessi dall’intermediario medesimo nonché la circostanza che, per la quasi totalità di tali operazioni, risultava essere stata comunque svolta la valutazione di adeguatezza.

### 5.3. Revoca dell’adesione a un progetto di Crowdfunding

Infine, un orientamento rilevante dell’ACF riguarda l’inadempimento alle norme del Regolamento CONSOB n. 18592 del 26 giugno 2013 (“Regolamento Crowdfunding”). La disciplina del *crowdfunding* è stata oggetto di decisioni dell’arbitro per la prima volta nel 2022.

Segnatamente, con la Decisione n. 5855 del 20 settembre 2022<sup>48</sup>, l’ACF si è espressa circa i presupposti per la revoca all’adesione a un’offerta presente nel portale di *crowdfunding*. Tale controversia verteva sull’interpretazione dell’art.

45. Cfr. *ex multis* Decisione n. 4547 del 10 novembre 2021.

46. Cfr. Decisione n. 4074 del 30 luglio 2021.

47. Cfr. Decisione 3885 del 18 giugno 2021.

48. Al riguardo, si segnala che essendo la prima decisione sul tema, circa la legittimazione passiva l’ACF ha dichiarato che: “sebbene nel caso in esame l’attività di gestione del portale non sia svolta da un intermediario autorizzato anche alla prestazione dei servizi di investimento, bensì da un soggetto semplicemente iscritto nell’apposito registro all’uopo istituito, tale circostanza non valga ad escludere la competenza per materia dell’Arbitro”.



25, comma 2 del Regolamento Crowdfunding che riconosce agli investitori il diritto di revocare la loro adesione all'offerta a fronte della sopravvenienza di "un fatto nuovo significativo" in grado di "influire sulla decisione dell'investimento". A tale proposito, secondo il Collegio, il fatto che tra il momento dell'adesione e la chiusura definitiva dell'offerta – posticipata a seguito di proroga – l'emittente avesse convocato un'assemblea per modificare lo statuto sarebbe astrattamente idoneo ad integrare il presupposto del "fatto nuovo significativo", legittimante la revoca. In particolare, l'arbitro ha motivato che gli assetti statutari di una società concorrono alla conformazione delle caratteristiche della partecipazione e, pertanto, eventuali modifiche degli stessi finiscono per incidere sull'oggetto stesso dell'investimento.

## 6. I primi anni dell'ACF e le prospettive future

Nonostante la recente operatività, diversamente da quanto avvenuto con la CCA, grazie alle sue caratteristiche l'ACF è risultato un Organismo particolarmente apprezzato, stante l'ingente numero di ricorsi presentati e di decisioni intervenute.

In particolare, nei primi sei anni di attività, l'ammontare complessivo dei rimborsi ha raggiunto la cifra di 142,5 milioni di Euro, di cui 18 solo nel 2022, con un tasso di accoglimento dei ricorsi superiore al 50%<sup>49</sup>.

A tale riguardo, deve essere valutato positivamente il tasso di volontaria esecuzione delle decisioni da parte degli intermediari soccombenti, superiore al 96% nell'intero periodo di svolgimento della propria attività<sup>50</sup>.

Tale tasso – unito alla velocità delle soluzioni individuate rispetto ai fatti – rappresenta una conferma del livello elevato di orientamento della prassi degli operatori che l'ACF sta di fatto svolgendo.

Di fronte a questi risultati, la CONSOB<sup>51</sup> ha indicato alcune prospettive di sviluppo per l'Arbitro. In particolare, nel primo semestre del 2023 è previsto lo sviluppo del confronto con gli *stakeholders*, ossia con le associazioni dei risparmiatori e degli intermediari, allo scopo di ricevere *feedback* sui servizi finora erogati

49. Nel quinquennio 2017-2021 la percentuale dei ricorsi accolti si è attestata al 67%, mentre per l'anno 2022 si è assistito a una riduzione al 57,1%. Si segnala peraltro una flessione dei ricorsi in entrata, con un numero di 1.116 nuovi ricorsi nel 2022, contro i 1.582 del 2021.

50. Al riguardo, l'ACF ha commentato che tale risultato rappresenta "un indicatore particolarmente significativo dell'efficacia dello strumento ACF e che, nello stesso tempo, rappresenta anche cartina di tornasole della qualità argomentativa e motivazionale delle decisioni che vengono assunte".

51. Cfr. Comunicato stampa della CONSOB del 9 gennaio 2023.

e suggerimenti per eventuali interventi migliorativi da apportare<sup>52</sup>. Inoltre, sulla base della significativa casistica, vi è il progetto di sviluppare una serie di iniziative di educazione finanziaria finalizzate alle esigenze degli investitori *retail*.

Un ulteriore obiettivo è rappresentato dal consolidamento dei rapporti con gli altri ADR operanti nel settore (l'ABF e l'Arbitro assicurativo non appena sarà istituito), al fine di condividere le *good practices* nonché di assicurare un servizio in linea con le aspettative degli utenti.

Rappresentano poi dei nuovi banchi di sfida le tematiche delle cripto-attività e degli investimenti sostenibili. Infatti, per quanto riguarda la prima, l'ACF già risulta competente per le controversie circa le cripto-attività di natura finanziaria (che possono essere strumenti finanziari o prodotti finanziari) ed i relativi servizi di investimento; ciononostante, è prospettabile una ipotesi di futura competenza dell'arbitro per le attività non equiparabili a strumenti finanziari emessi su DLT, in quanto il Regolamento MiCA – approvato dal Parlamento UE il 20 aprile 2023 e che si applica a tutte le cripto-attività non disciplinate dalla normativa sui servizi finanziari – fa propri i principi della regolamentazione in tema di prestazione di servizi di investimento<sup>53</sup>.

In merito al tema della finanza sostenibile, invece, sarà compito dell'ACF vigilare sull'effettivo rispetto da parte degli intermediari della normativa in tema di preferenze di sostenibilità dei propri clienti<sup>54</sup>.

Un'ulteriore sfida che l'ACF dovrà in prospettiva sostenere riguarda il mondo dell'intelligenza artificiale e delle tecniche di *machine learning*. A causa della serialità dei ricorsi che caratterizzano gli ADR di un determinato settore, infatti, è stato ipotizzato<sup>55</sup> che potrebbe sperimentarsi dell'utilizzo delle nuove tecnologie con l'intento di una maggiore efficienza nella gestione della fase istruttoria. In particolare, l'utilizzo dell'IA potrebbe essere impiegata per la rilevazione di indicatori statistici, la valutazione degli elementi sintomatici delle singole fattispecie, fino alla selezione degli argomenti e delle motivazioni da porre a base delle decisioni.

52. Cfr. Discorso del Presidente 2023, reperibile al sito [www.acf.consob.it](http://www.acf.consob.it), in cui è stato dichiarato che entro il mese di giugno del 2023 sarà previsto un incontro dell'ACF in cui “saranno invitati a partecipare esponenti delle associazioni rappresentative dei risparmiatori e degli intermediari”, 17.

53. Cfr. Discorso del Presidente 2023, cit., 15.

54. Cfr. Discorso del Presidente 2023, cit., 16. Al fine di evitare il fenomeno del *greenwashing* nell'ambito dei servizi di investimento, ad agosto 2022 è entrato in vigore il Regolamento Delegato (UE) 2021/1253 che, modificando MiFID II ha integrato nelle regole di comportamento degli intermediari i fattori, i rischi e le preferenze di sostenibilità. In particolare, il fine della disciplina è introdurre una chiara differenziazione tra i prodotti finanziari classificabili come sostenibili e non. Il *framework* regolamentare è poi arricchito dagli “Orientamenti su alcuni aspetti dei requisiti di adeguatezza della MiFID II” pubblicati dall'ESMA.

55. Cfr. Nota illustrativa, cit., 24-25.

---

*Collana del Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia*

*Università di Bologna*

Open Access -

---

*Ultimi volumi pubblicati:*

CLAUDIA GOLINO, ALESSANDRO MARTELLI (a cura di), *Un modello sociale europeo?. Itinerari dei diritti di welfare tra dimensione europea e nazionale* (E-book).

ALESSANDRO POMELLI, *Inside Debt Financing. Theory, Practice, and Regulatory Approaches* (E-book).

# FrancoAngeli

## a strong international commitment

Our rich catalogue of publications includes hundreds of English-language monographs, as well as many journals that are published, partially or in whole, in English.

The **FrancoAngeli**, **FrancoAngeli Journals** and **FrancoAngeli Series** websites now offer a completely dual language interface, in Italian and English.

Since 2006, we have been making our content available in digital format, as one of the first partners and contributors to the **Torrossa** platform for the distribution of digital content to Italian and foreign academic institutions. **Torrossa** is a pan-European platform which currently provides access to nearly 400,000 e-books and more than 1,000 e-journals in many languages from academic publishers in Italy and Spain, and, more recently, French, German, Swiss, Belgian, Dutch, and English publishers. It regularly serves more than 3,000 libraries worldwide.

*Ensuring international visibility and discoverability for our authors is of crucial importance to us.*

---

## FrancoAngeli



torrossa  
Online Digital Library

# La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti

Sul piano delle *public law disputes* in materia bancaria e finanziaria, ad un'amministrazione europea che si è venuta a costituire rapidamente con caratteristiche di notevole innovatività e impatto operativo, non ha ancora corrisposto una analoga definizione organica degli strumenti giurisdizionali (in senso lato) di revisione. Quale possa essere la risposta organizzativa più adeguata rispetto a questo stato di cose è tema complesso, che chiama in gioco limiti dei Trattati e scelte di politica del diritto di vertice, a livello europeo. La soluzione a questi dilemmi si giova di un dialogo tra dimensione europea e dimensione nazionale, e trova molteplici spunti in paralleli dilemmi che l'esperienza italiana ha affrontato definendo i confini del sindacato giurisdizionale e della tutela dei diritti rispetto a decisioni amministrative interne in campo economico finanziario. Il volume ha così inteso raccogliere, in un'aggiornata analisi critica di sintesi, lo stato di queste riflessioni e il loro percorso evolutivo.

**Mario Bertolissi** è professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Padova; si è occupato, tra l'altro, di argomenti riguardanti la finanza pubblica nei suoi risvolti istituzionali, ed è avvocato, con esperienza ultratrentennale di patrocinante dinanzi alla Corte costituzionale.

**Marco Lamandini** è professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Bologna e vicepresidente dell'*Academic Board dello European Banking Institute*, è stato il secondo Presidente del *Joint Board of Appeal* delle autorità finanziarie europee ed è attualmente membro dell'*Appeal Panel* del meccanismo unico di risoluzione. Ha pubblicato di recente, insieme a David Ramos Munoz, Finance, *Law and the Courts* (OUP, novembre 2023).

**Roberto Nania**, già professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Roma La Sapienza, ha insegnato diritto pubblico e diritto costituzionale presso le Università di Sassari, Udine, Bologna e Roma La Sapienza, nella quale, a oggi, svolge attività didattica. I suoi lavori scientifici sono dedicati principalmente ai temi del costituzionalismo e dei diritti fondamentali.