I MODELLI DI IMPRESA SOCIETARIA FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE NEL CONTESTO EUROPEO

a cura di PAOLO MONTALENTI

396

Quaderni di

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 978-88-14-21434-9

€ 38,00

024196067

MARCELLO CLARICH (*)

Grazie, Presidente. Grazie dell'invito come unico pubblicista amministrativista, in questa giornata.

Io volevo svolgere solo alcune considerazioni sul sistema delle sanzioni amministrative, tema che è un po' stato al centro anche della prima relazione di questa mattina e che è attualissimo, perché abbiamo delle novità, inclusa quella che ci ha raccontato poco fa l'avvocato Perassi.

Dal punto di vista del diritto amministrativo, ci sono tre aspetti che possono interessare e che vorrei indicare, più che sviluppare in modo argomentato.

Primo punto: occorre chiedersi perché il problema delle garanzie procedimentali, soprattutto nei provvedimenti sanzionatori, sia così rilevante per le autorità di regolazione e anche per le autorità finanziarie. Per queste ultime, come sappiamo, sono state via via emanate leggi apposite (in particolare la legge n. 262/2005 sul risparmio) che elevano il livello del contraddittorio base previsto dalla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. Per le autorità di regolazione dei mercati ci sono due ragioni fondamentali per cui è indispensabile, come ha detto anche la CEDU nella sentenza Grande Stevens, in qualche modo aumentare e rendere effettivo il livello di contradditorio.

La prima ragione è che queste autorità sono autorità indipendenti, cioè slegate dal circuito democratico e quindi si dice: la democrazia procedurale diventa una sorta di soluzione di ripiego in mancanza di un diretto collegamento della responsabilità politica, che non c'è e non ci deve essere.

La seconda ragione è che le norme legislative applicate dalle autorità indipendenti sono redatte dal Parlamento secondo la tecnica delle clausole generali o, come diciamo noi, dei concetti giuridici indeterminati. Esse attribuiscono cioè poteri molto estesi volti prima di tutto a emanare normative attuative di tipo regolamentare applicabili a tutti i soggetti vigilati. In secondo luogo attribuiscono alle autorità poteri amministrativi puntuali caratterizzati da un tasso di discrezionalità (o da ambiti di valutazione tecnica) molto ampi, più ampi di quanto non accada in altri contesti. Tutto ciò determina inevitabilmente una caduta della legalità

(*) Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Roma Luiss-"G. Carli".

sostanziale, in quanto la legge non riesce a predefinire in modo puntuale i poteri e le fattispecie a causa del rapido evolvere dei mercati e delle situazioni nelle quali le autorità devono intervenire. Allora la legalità procedurale, come diciamo noi, anche qui è un correttivo della caduta della legalità sostanziale e, tanto più c'è questa caduta, tanto più diventano essenziali le garanzie procedurali.

Applicato alle sanzioni, tutto questo discorso che cosa comporta, anche alla luce della giurisprudenza della CEDU? Comporta che nel procedimento sanzionatorio bisogna inserire elementi di contraddittorio che trasformino il contraddittorio verticale in contraddittorio orizzontale. Che cosa voglio dire? Che la potestà sanzionatoria che colpisce il singolo crea una relazione bilaterale verticale tra l'autorità che esercita il potere e irroga la sanzione e l'impresa o il singolo che diventa oggetto di una sanzione.

Il contraddittorio verticale è difficile da attuare correttamente in senso garantistico per il soggetto che è passibile di sanzione. Infatti l'autorità che agisce ed esercita il potere sanzionatorio dovrebbe essere in qualche modo "parte imparziale", dovrebbe cioè valutare con pari attenzione le ragioni della difesa della parte sottoposta al potere sanzionatorio. L'autorità dovrebbe essere per così dire accusatore e giudice allo stesso tempo. Allora, anche sul piano organizzativo, la CEDU (e anche già prima la legislazione di settore) prevede una netta distinzione tra la funzione di chi conduce l'indagine e la funzione decisionale. Con la sentenza Grande Stevens si arriva al punto di dire che dovrebbe esserci una separazione organizzativa piena addirittura tra due soggetti. Ciò sembra un po' eccessivo nella nostra concezione, tuttavia la differenziazione tra le due funzioni di requirente e giudicante diventa essenziale. Questo tanto più se le sanzioni che hanno natura amministrativa hanno una colorazione di tipo penale nel senso che hanno grado assai elevato di afflittività tenuto conto degli importi elevatissimi delle sanzioni e dei danni reputazionali.

Non c'è tempo per sviluppare il tema, ma la legislazione anche recente è andata molto avanti nell'accentuare le garanzie del contraddittorio e sarebbe anche utile esaminare come sia stato risolto questo problema a livello di Banca Centrale Europea, nell'ambito dell'esercizio delle nuove funzioni di vigilanza, dove il regolamento UE 1024/2013 prevede anche poteri sanzionatori piuttosto incisivi. La normativa europea introduce però garanzie del contraddittorio che non sono in realtà molto diverse e talora addirittura inferiori a quelle previste dalle nostre norme nazionali. Per esempio il contraddittorio orale davanti al nuovo organo che si occupa della funzione di vigilanza della BCE non è garantito, è una possibilità che il Consiglio di Sorveglianza dà se lo ritiene utile nel singolo caso..

Secondo punto: la continuità e la fungibilità tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Questo è un tema enorme ormai classico. I nostri

maestri, da Guido Zanobini in poi, si sono tutti interrogati sulla distinzione tra i due tipi di sanzioni e cioè se essa si regga solo su un criterio formale (qualificazione giuridica) o anche su un criterio sostanziale (caratteristiche e natura dell'illecito). Noi sappiamo che ci sono oscillazioni continue da parte del legislatore che alterna fasi di depenalizzazione a fasi di ripenalizzazione delle singole fattispecie. Ciò che però non può essere accettato è (e questo è il problema del *ne bis in idem*) l'individuazione per le stesse fattispecie di una doppia sanzione, amministrativa e penale. Questo non ha senso, ma il nostro legislatore in passato abbondava in questa direzione. Quindi qui c'è il problema proprio di scegliere. Soprattutto, poi, diventa anche abbastanza indifferente se la sanzione è penale o amministrativa, se si ritiene che il grado di afflittività sia così elevato da rendere la natura penale sostanziale identica. Infatti, spesso le sanzioni amministrative sono molto più efficaci anche in termini di deterrenza delle sanzioni penali. Un criterio semplice di distinzione dovrebbe fondarsi sul fatto che le sanzioni amministrative si prestano a fungere soprattutto da elemento di chiusura del sistema regolatorio di settore a garanzia della sua effettività. Per esempio, la violazione di provvedimenti di regolazione o puntuali emanati dall'autorità trova come presidio all'interno dell'ordinamento di settore più propriamente la sanzione amministrativa. Ma qui il tema è amplissimo e meriterebbe un convegno a parte e richiederebbe anche un'analisi della perdurante possibilità di ricostruire l'ordinamento finanziario come ordinamento giuridico sezionale secondo le tesi elaborate dalla dottrina già molti decenni fa (Massimo Severo Giannini).

Terzo e ultimo punto: la fungibilità tra garanzie procedimentali amministrative e funzioni giurisdizionali. Anche qui si potrebbe aprire un lunghissimo discorso. Le ragioni teoriche della fungibilità stanno, come quasi tutti sanno, nella concezione kelseniana di continuità tra funzione amministrativa e giurisdizionale. C'è un bellissimo passaggio nella "*Teoria generale del diritto e dello Stato*" in cui Kelsen dice: "Se la Costituzione prescrive che non vi possano essere interferenze con la proprietà, libertà e vita degli individui, salvo che attraverso il giusto processo", il *due process*, "ciò non implica necessariamente un monopolio delle corti sulla funzione giudiziale" (non implica un monopolio, non è che il *due process* sia monopolio della giurisdizione), "bastando che", continua Kelsen, "il procedimento amministrativo attraverso cui la funzione giudiziale è esercitata sia organizzato in modo da corrispondere all'idea di giusto processo". E qui mi riallaccio al primo punto e chiudo.

Quello che è importante, però, anche alla luce della sentenza Grande Stevens, è capire qual è il tipo di controllo giurisdizionale che esercita il giudice sulle sanzioni irrogate dalle autorità di regolazione. Qui c'è molto ancora da lavorare, perché da un lato il concetto di *full jurisdiction* implicherebbe un controllo pieno, sostitutivo sulla valutazione dei fatti e

degli interessi in gioco per cui all'interno del processo si ricomincia da capo; dall'altro, però, questo è in qualche modo in contraddizione con la visione delle autorità indipendenti di regolazione come organi paragiurisdizionali, che sono organi con altissima professionalità, indipendenza, esperienza specifica di settore. Quindi non è chiaro perché si debba dare una preferenza alla valutazione del giudice rispetto a quella di un'amministrazione del genere, anche perché il giudice, che è un giudice non specialista in molti casi non potrà far altro che nominare un consulente tecnico d'ufficio. Dovrà poi mettere a confronto la valutazione del consulente tecnico con la valutazione dell'amministrazione di regolazione, ma il giudice esercita un controllo sulle valutazioni del consulente tecnico d'ufficio che è sempre di secondo grado cioè riferito alla coerenza e logicità della motivazione. Non è cioè un controllo sostitutivo e pertanto alla fin fine l'atteggiamento del giudice si traduce nel seguente interrogativo: ci si può fidare più dell'autorità di regolazione o del perito? Questo è il punto finale, a mio avviso, semplificando molto i passaggi del problema della *full jurisdiction*.

C'è poi un ultimo aspetto da considerare. La giurisprudenza recente della Corte di cassazione sulle sanzioni amministrative (per esempio le violazioni del codice della strada) è orientata ormai, almeno da qualche anno, a ritenere che in materia di sanzioni il giudizio abbia per oggetto il rapporto obbligatorio. Secondo questa visione l'obbligazione nasce *ex lege* e viene soltanto accertata, ma senza effetti costitutivi, dal provvedimento che irroga la sanzione. Nel giudizio di opposizione in base alla legge n. 689 del 1981, quindi, il provvedimento per così dire si scioglie e non resta nulla; non ha importanza se sono state violate le regole del contradditorio, non ha importanza se non c'è la motivazione perché il giudice deve procedere *ex novo* ad accertare i fatti e gli elementi costitutivi dell'illecito. Ma perché le sanzioni irrogate dalle autorità finanziare sono così diverse dal modello standard? In realtà esse presuppongono l'accertamento di fatti complessi, valutazioni tecniche spesso opinabili che mal si prestano a essere ricondotte al modello dell'obbligazione *ex lege*. Tuttavia su questi aspetti c'è ancora da trovare il giusto punto di equilibrio e credo che su questo versante la sfida che si pone ai giudici ordinari, ma anche a quelli amministrativi, non sia da poco.

RENATO RORDORF

Ringrazio il professor Clarich, le cui sintetiche e folgoranti osservazioni, come era facile prevedere, hanno posto in luce ulteriori e non facili interrogativi, che tornano a mettore in evidenza l'insufficienza delle categorie tradizionali alle quali siamo usi fare riferimento: ivi compresa la

distinzione tra l'attività amministrativa e quella giurisdizionale, nonché tra le sanzioni amministrative e le sanzioni penali gestite dal giudice ordinario.

Il tema, come ricordava il professor Clarich, è classico e antichissimo, ma oggi la ragione della differenza tra sanzioni amministrative e penali sembra davvero assai sfumata. È divenuta a tal punto evanescente da dare un senso di insoddisfazione a chi voglia cercarne il fondamento logico. E ciò anche a prescindere dal rilievo che talvolta le medesime situazioni pongono capo contemporaneamente all'uno ed all'altro tipo di sanzione.

D'altronde è pur vero che si tende ormai a mettere in discussione anche la differenza di natura tra l'attività dell'amministrazione, nell'attuazione di un procedimento sanzionatorio all'esito di una serie di atti ben procedimentalizzata, e la vera e propria attività giurisdizionale penale. La distinzione tra il giusto processo, garantito dall'art. 111 della Costituzione con riferimento all'attività giurisdizionale, ed il giusto procedimento amministrativo, che probabilmente dovrebbe trovare nell'art. 97 della Costituzione il suo punto di riferimento, appare ormai difficilmente apprezzabile.

Allora viene da chiedersi se hanno più senso quelle differenze di effetti e di disciplina che pure ancora sussistono tra le due tipologie di sanzioni.

Quando poi si tratta di atti posti in essere da un'autorità amministrativa indipendente, è la stessa natura di tale ente a risultare ambigua, come dimostra la definizione di attività paragiurisdizionale che in tali casi si suole adoperare, con inevitabili riflessi sul rapporto con l'attività giurisdizionale vera e propria. Sono molto penetranti le osservazioni del professor Clarich circa il diverso modo in cui si pone la giurisprudenza, quando si tratta di vagliare le opposizioni alle sanzioni amministrative che potremmo definire di diritto comune e quando invece si ha a che fare con sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti. Ricordo che ancora di recente, mi pare l'anno scorso, le Sezioni Unite della Cassazione hanno riaffermato, con riferimento all'autorità Antitrust, che la tutela giurisdizionale erogata dal giudice amministrativo è in certo senso più "debole", essendo limitata all'esistenza, alla coerenza e alla sufficienza delle motivazioni con le quali l'autorità Antitrust individua i presupposti per l'applicazione della sanzione: perché il fatto stesso che per svolgere quella funzione sia stata predisposta dall'ordinamento un'autorità dotata di speciali connotati di indipendenza e professionalità, operante nel necessario rispetto del contraddittorio, sta a significare che i suoi accertamenti hanno una valenza privilegiata anche in ambito giudiziale. Per non dire di come il rapporto tra l'autorità amministrativa indipendente e la funzione giurisdizionale sia oggi fortemente inciso dalla disciplina europea del risarcimento del danno conseguente alla violazione di regole *antitrust*, che dà uno speciale valore probatorio nel giudizio civile all'accertamento compiuto sul medesimo fatto dall'autorità amministrativa: il che significa dare a quell'accertamento una valenza sostanzialmente giurisdizionale. Vedete quindi come, nuovamente, dei tradizionalmente piani ben distinti tendano ora invece a sovrap-

porsi. Il che accade certamente anche nel mondo delle sanzioni irrogate dalla Consob, di cui ci parlerà la professoressa Genovese, alla quale cedo volentieri la parola.