

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI NELLE RETI PENALI E PUNITIVO-AMMINISTRATIVE

Sommario: 1. Sanzioni punitive, autorità amministrative indipendenti, garanzie penalistiche costituzionali. – 2. Ruolo punitivo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel diritto *antitrust*: gli illeciti amministrativi previsti dalla legge sulla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 8, comma 2 *sexies*, 14, comma 5, 15 e 19, l. 10 ottobre 1990, n. 287), le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale. – 3. *Segue*: gli illeciti amministrativi previsti in materia di abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192) le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale. – 4. L’Autorità per l’energia elettrica e il gas: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale. – 5. L’Autorità per la garanzia nelle comunicazioni. – 6. *Segue*: gli illeciti amministrativi e le relative sanzioni previsti dalla legge di disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato (art. 31, l. 6 agosto 1990, n. 223). – 7. *Segue*: gli illeciti amministrativi e le relative sanzioni previsti dalla legge istitutiva dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 1, commi 30 e 31, l. 31 luglio 1997, n. 249). – 8. *Segue*: gli illeciti amministrativi, e le relative sanzioni, previsti dal regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata (delibera n. 78 del 1 dicembre 1998). Critica. – 9. *Segue*: il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale delle sanzioni irrogate dall’Autorità per la garanzia nelle comunicazioni. – 10. *Segue*: la disciplina sanzionatoria della legge per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica (art. 10, l. 22 febbraio 2000, n. 28). – 11. *Segue*: il reato di false comunicazioni all’Autorità per la garanzia nelle comunicazioni (art. 1, comma 29, l. 31 luglio 1997, n. 249) ed il reato del reato di false comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61). – 12. *Segue*: a) profili di diritto intertemporale. – 13. L’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale. – 14. La legge 31 dicembre 1996, n. 675 istitutiva del Garante per la protezione dei dati personali. – 15. *Segue*: i reati di “ostacolo alle funzioni del Garante” previsti dagli artt. 37 e 37 *bis*, l. n. 675/1996 ed i reati di ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61). – 16. *Segue*: a) profili di diritto intertemporale. – 17. *Segue*: le competenze del Garante per la protezione dei dati personali, con riguardo alla contravvenzione di omessa adozione di misure di sicurezza (art. 36, l. n. 675/1996; d. lgs. 28 dicembre 2001, n. 467). – 18. *Segue*: profili di diritto punitivo-amministrativo nella disciplina del Garante per la protezione dei dati personali: le sanzioni amministrative, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale. – 19. *Segue*: le norme sanzionatorie previste dal codice in materia di protezione dei dati personali: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale (artt. 161, 162, 163, 164, 165 e 166, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196). – 20. *Segue*: gli illeciti penali previsti dal codice in materia di protezione dei dati personali (artt. 167, 168, 169, 170, 171 e 172, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196). – 21. La Banca d’Italia e la Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB). – 22. *Segue*: ruolo punitivo della Banca d’Italia nel Testo unico bancario: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale. – 23. *Segue*: ruolo punitivo della

* Silvio Riondato ha redatto il primo paragrafo. Simone Zancani ha redatto tutti gli altri. Entrambi gli autori si assumono la responsabilità dell’intera opera. La presente versione costituisce un parziale aggiornamento a fine 2003 dello

Banca d'Italia e della CONSOB nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale. – 24. *Segue*: la tutela penale delle funzioni della Banca d'Italia e della CONSOB dopo la riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61). – 25. *Segue*: a) note sul regime penale intertemporale. – 26. *Segue*: b) profili di rapporti tra i reati di false comunicazioni alla Banca d'Italia ed alla CONSOB (artt. 139 e 140 t.u.l.b. e 169 t.u.i.f.) e la riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61). – 27. L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (ISVAP): gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale. – 28. *Segue*: l'illecito amministrativo di collocamento di rischi all'estero e di assicurazione all'estero di beni situati nel territorio nazionale o di navi coperte da bandiera italiana (art. 114, d.p.r. 13 febbraio 1959, n. 449) al confronto con il diritto comunitario. – 29. *Segue*: gli illeciti in tema di comunicazioni all'ISVAP previsti dall'art. 16 della legge 9 gennaio 1991, n. 20. – 30. *Segue*: a) l'abolizione degli illeciti amministrativi e del reato di omessa o ritardata comunicazione all'ISVAP (art. 16, co. 2, l. n. 20/1991) a seguito della generale riforma attuata con decreto legislativo 17 aprile 2001, n. 239. – *Segue*: gli illeciti amministrativi previsti dalla disciplina dell'attività di vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione appartenenti ad un gruppo assicurativo (artt. 41 e 42 d. lgs. 17 aprile 2001, n. 239). – 32. *Segue*: L'abrogazione del reato di inottemperanza alle richieste ed alle prescrizioni dell'ISVAP (art. 5, l. 12 agosto 1982, n. 576) a seguito della riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61). – 33. *Segue*: a) profili di diritto intertemporale. – 34. *Segue*: gli illeciti amministrative e le relative sanzioni contro le imprese di assicurazione operanti nel settore della "RC auto" previste dalla legge 5 marzo 2001, n. 57. – 35. La Commissione di vigilanza sui fondi pensione: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale. – 36. I reati previsti dall'art. 18 bis, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124. Profili di rapporti tra i reati di false comunicazioni alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione (art. 18 bis, comma 2, d. lgs. n. 124/1993) e la riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61). – 37. La Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale.

1. *Sanzioni punitive, autorità amministrative indipendenti, garanzie penalistiche costituzionali* –

Il sistema sanzionatorio amministrativo (penale-amministrativo, o punitivo-amministrativo), che è stato concepito dalla dottrina penale contemporanea, originariamente in Germania, anche come moderno strumento di lotta alla criminalità dell'ambito economico, nelle vesti di sistema alternativo-sostitutivo-complementare rispetto al sistema penale (penale-criminale), si è inizialmente consolidato in Italia, secondo tendenze più o meno garantiste, a seguito di un lungo processo sfociato nella legge 24 novembre 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale)¹. Il vero scopo della riforma dell'81 fu tuttavia quello di decongestionare l'apparato giudiziario penale al quale, in una politica di resistenza allo spiegamento dei canoni dello Stato di diritto, nonché di abuso dei canoni propri dello Stato sociale, non

stesso scritto, già pubblicato in *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, a c. di Cavalieri – Dalle Vedove – Duret, Padova, Cedam, 2003, 129 ss.

¹ Per un quadro bibliografico e giurisprudenziale recente si rinvia in economia a S. RIONDATO, *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di F. MOSCHETTI e L. TOSI, Padova, 2000, sub art. 1, 7 ss.

era (e non è) mai stato dato uno sviluppo adeguato ai tempi oltre che allo smisurato carico proveniente dalla proliferazione di miriadi di fattispecie penali aventi rilevanza bagatellare.

Sulla falsariga del reato e della pena, l'illecito e la sanzione amministrativa sono stati assoggettati, almeno sul piano della legge ordinaria, al principio di stretta legalità, al principio di colpevolezza – quindi a forme di responsabilità strettamente individuali-personali (persona fisica) –, al principio di proporzionalità della sanzione etc.². È, peraltro, venuta meno la garanzia giurisdizionale immediata, propria del versante strettamente penale, e si è aperta la via per un incardinamento “codificato”, in capo alla pubblica amministrazione, di una certa, estesa competenza nell'ambito delle sanzioni punitive, rivolta alla cura di interessi generali.

Questa ed altre degradazioni delle tradizionali garanzie penalistiche avevano indotto indirizzi lungimiranti, ma minoritari, ad avvertire dei pericoli consustanzianti alla futura crescita di importanza cui era prevedibilmente destinato l'istituendo, nuovo sistema punitivo amministrativo, sistema che facilmente avrebbe potuto risolversi in una perniciosa truffa di etichette sul piano delle garanzie³, mentre le attese di rendimento, in termini di efficienza, non potevano in alcun modo essere dimostrate. Piuttosto, il passaggio dal regime penale a quello amministrativo, quando tende a risolvere in quest'ultimo le strategie preventive e repressive, è idoneo a favorire, e non sempre legittimamente, abbassamenti dei livelli di tutela di importantissimi beni giuridici⁴.

È prevalsa, tuttavia, quella logica dell'emergenza che ha costituito e costituisce la chiave di lettura imprescindibile di tutte le riforme realizzate in materia punitiva nell'ultimo trentennio⁵.

Non meraviglia che a seguito della cennata divaricazione del sistema punitivo, penale da un lato e penale-amministrativo dall'altro lato – in origine avvenuta senza infrangere l'unità di ispirazione –, la costola amministrativa sia poi stata indirizzata verso l'adattamento e il superamento dei cardini del nuovo apparato secondo logiche proprie dell'amministrazione. Ne è derivata inizialmente (a pensar bene) una serie di modifiche dei modelli amministrativi di controllo “sanzionatorio” intese a privilegiare l'efficienza a scapito delle garanzie; e più tardi ci si è avviati verso una più dirompente frammentazione, come si verifica comunemente con riguardo anche alle variegate, disparate discipline delle numerose autorità amministrative indipendenti (a.a.i.), discipline che, nel seguito della sintetica panoramica che qui si intende presentare, emergeranno in tutta la loro rispettiva, inspiegabile diversità. Questa frammentazione è, invero, disgregante, poiché molto spesso, ormai, impedisce non solo di ricondurre le regole dei vari settori ad un unitario nucleo sistematico, ma anche (a pensar male) di apprezzare la ragionevolezza delle scelte normative diversificanti, nonché di certi indirizzi

² C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in questa rivista, 1993, 1039.

³ A.R. LATAGLIATA e L. MAZZA, *Luci ed ombre in un recente disegno di legge in tema di depenalizzazione*, in *Giur. mer.*, 1978, IV, 218.

⁴ P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, *passim*.

interpretativi. Le une e gli altri finiscono per rispecchiare il caos legislativo che è all'origine (il più delle volte congiunturale) delle stesse autorità⁶ e che, comunque, ne caratterizza fortemente l'azione. Del resto, tali scelte e indirizzi, se proprio se ne vuol trarre una spiegazione che superi la constatazione dell'insipienza legislativa, sembrano frequentemente coincidere con esiti di logiche "lobbistiche" interferenti – tanto in sede legislativa, quanto in sede amministrativa – nel senso di ottenere sostanziali effetti di incontrollata *deregulation*, tramite farraginose amministrativizzazioni-burocratizzazioni (anche) delle vicende sanzionatorie. Per converso, la grande difficoltà di controllo sull'operato della pubblica amministrazione, e in specie delle autorità amministrative indipendenti, sia pur nel più ampio quadro del diritto comunitario cui tali autorità sono il più delle volte consustanziate⁷, evoca fortemente più generali timori che si affermino strutture troppo idonee a favorire il trapasso da modelli di organizzazione sociale democraticamente improntati a modelli imperiali di stampo neo-feudal-tecnocratico. Qui sta il limite dei sistemi c.d. a rete, quelli di cui oggi tanto si constata e a volte si reclama l'esistenza, soprattutto sulla scorta delle esigenze espansive del giure comunitario⁸.

La frammentazione si è avverata in particolar modo per i modelli sanzionatori amministrativi rivolti all'attività di impresa, modulati su realtà economiche complesse e finalizzati al controllo di intere sfere di vita imprenditoriale, piuttosto che di singoli comportamenti tipizzati. Si tratta di modelli intesi, anche idealmente, a privilegiare "incontestabilmente i requisiti di effettività sulle istanze di garanzia"⁹, modelli tramite i quali si dovrebbe ricercare la funzionalità del sistema sanzionatorio, la sua elasticità rispetto a situazioni in continua trasformazione, con soluzioni in continuo aggiornamento sperimentale. Ciò si predica, in particolare, per comportamenti economici c.d. elitari, realizzati nell'ambito di attività complesse e ad alto tasso di specializzazione professionale, il cui dato comune è la gestione nelle forme e secondo la politica di impresa¹⁰. Per essi soprattutto una variegata pluralità di plessi sanzionatori amministrativi che si rivelano peculiari anzitutto perché l'organo titolare del potere di irrogare la sanzione (ma talvolta anche di contribuire significativamente alla definizione del precetto) non è uno dei tradizionali organi della P.A., collocato in posizione gerarchica (autorità di P.S., Prefettura, uffici ministeriali), ma un organo *ad hoc*, specializzato, che ha poteri di sorveglianza, di ingiunzione e che direttamente infligge la sanzione anche punitiva: l'autorità indipendente, appunto, la quale così tende a rispecchiare le forme dell'autotutela amministrativa, tutela ora esercitata da organi

⁵ Cfr. L. MAZZA, *I principi generali dell'illecito amministrativo*, in *Riv. polizia*, 1989, 3.

⁶ E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti*, Torino, 2000, 10.

⁷ Cfr. P.E. ROSSI, *La rilevanza costituzionale e comunitaria delle autorità di garanzia*, in *Dir. dell'economia*, 1998, 393 ss.

⁸ Riguardo ai sistemi a rete nella prospettiva penalistica v. S. RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione Europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, 104; e ora anche F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles (Publications des Facultés univ. Saint-Luis), 2002.

⁹ C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento*, *cit.*, 1039.

che hanno (o meglio si pretende che abbiano) la caratteristica di appartenere alla P.A. e al contempo di essere indipendenti da essa¹¹.

Le autorità amministrative indipendenti sono così viste con favore in un certo quadro ideale del diritto punitivo dell'impresa¹², laddove il controllo diretto dell'attività è attuato da organi *ad hoc* che dettano di volta in volta le regole di comportamento ed impiegano le sanzioni amministrative come strumenti di pressione diretta sui destinatari delle regole stesse. Le sanzioni assumono funzioni non solo general e specialpreventive, ma anche di mera prevenzione dell'illecito: accanto a misure strettamente punitive (“*post delictum*”), emergono misure preventive (“*ante delictum*”, penali o punitive in senso lato); peraltro, assai spesso, in un simile quadro, la sanzione-misura si rivela *polifunzionale*, senza prestabiliti criteri di prevalenza tra i suoi scopi, con ogni conseguente difficoltà di inquadramento di regime.

A chiusura del sistema di controllo dovrebbe stare, nella stessa prospettiva, la sanzione penale, con la peculiarità che la pena è chiamata a garantire il potere d'azione dell'organo piuttosto che i beni giuridici in gioco. I beni rimangono sullo sfondo (scopi ultimi di tutela) e il più delle volte, essendo una pluralità indistinta – almeno fino a che proprio la decisione-azione dell'organo ne compia la selezione (tramite poco controllabili valutazioni) – non sono in grado di servire alla definizione dell'area della punibilità; in altri termini: si annulla la funzione interpretativo-penale del bene giuridico¹³. In tal modo si avvera il connubio tra tecniche di anticipazione della tutela penale e amministrativizzazione del diritto penale: la tutela dei beni dovrebbe essere complessivamente garantita dall'integrazione armonica dei cennati schemi di condizionamento *ex ante* ed *ex post*¹⁴. Questo passaggio del diritto penale dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, con conseguente smaterializzazione dell'oggetto di tutela, cui consegue una (relativamente) inevitabile genericità/indeterminatezza del precetto, e cui si associa, sempre più di frequente, l'assenza, la parzialità o il forte condizionamento di previsioni penali concernenti comportamenti davvero lesivi degli interessi in gioco, è ben rappresentato nel diritto vigente dai (famigerati¹⁵) reati di “ostacolo alle funzioni” delle autorità amministrative indipendenti, reati che di recente sono stati riformulati, nella nuova disciplina dei reati societari (decreto legislativo

¹⁰ C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento*, cit., 1040.

¹¹ C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento*, cit., 1041.

¹² C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento*, cit., 1034.

¹³ V. *amplius infra*, par. 26.

¹⁴ C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento*, cit., 1034.

¹⁵ Per un quadro sintetico sulle critiche emerse al riguardo v. S. RIONDATO, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, II, 3^a ed., Padova, 2000, sub art. 174, d. lgs. n. 58/1998, 1350 ss.; S. BONINI, *La violazione degli obblighi di collaborazione con le autorità di settore: inottemperanza degli obblighi di comunicazione e tutela della trasparenza del mercato*, in AA.VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, coord. da A. Meyer e L. Stortoni, Torino, 2002, 128.

11 aprile 2002, n. 61)¹⁶, coniando la fattispecie onnicomprensiva collocata nel nuovo art. 2638 c.c. (v. in particolare il secondo comma¹⁷): <<(Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza). - *Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.*

Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni>>.

Queste autorità pubbliche “di vigilanza”, la cui definizione (non solo) penalistica resta tutta da scoprire e, comunque, non implica alcuna “indipendenza”, sono le nuove Maestà cui è reso il dovuto tributo penalistico. Coerentemente, nel secondo comma dell’art. 2638 c.c. la nozione di autorità pubblica di vigilanza assume portata tendenzialmente onnicomprensiva con riguardo alla pubblica autorità in genere, poichè viene a mancare il pur labile indice definitorio che il comma primo invece offre tramite il riferimento dei <<fatti>> alla <<situazione economica, patrimoniale o finanziaria>> .

¹⁶ Per un primo approccio alle questioni poste dal decreto legislativo n. 61/2002 ed, in particolare, dal reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.), v. – anche per ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza – S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Diritto pen. e processo*, 2002, 686 ss.; L. FOFFANI, *La riforma dei reati societari: riflessi sulla disciplina penale delle banche e degli intermediari finanziari*, in AA. VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario* coordinati da A. MAYER e L. STORTONI, Torino, 2002, 485 ss.; L. ORSI, *Passa per il codice la vigilanza di Consob e Bankitalia*, in *Il sole 24 ore - Guida al diritto*, 2002, 16, 77 ss.; M. DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura ed offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1240 ss.; A. LANZI, *Ma la creazione di nuovi delitti nega l'elemento di continuità*, in *Il sole 24 ore - Guida al diritto*, 2002, 19, 86 ss.; ID. *La riforma del falso in bilancio: la nuova frontiera del diritto penale societario*, in *Le società*, 2002, 269 ss.; R. ZANNOTTI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA e S. SEMINARA, Padova, 2002, 573 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, 185, ss.; B. ALBERTINI, *I nuovi reati societari: commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. CADOPPI e A. LANZI, Padova, 2002, sub art. 2638 c.c., 180 ss.; D. PULITANO, *La riforma del diritto penale societario, tra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 934 ss.; G. LOZZI, *Successione di leggi penali e riforma dei reati societari*, ivi, 2002, 974 ss.; A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, ivi, 2002, 993 ss.; G. LOSAPPIO, *“Pendolarismo valutativo”, linee di tendenza ed incongruenza della depenalizzazione: il topos del diritto penale bancario*, in questa rivista, 2002, 865 ss.; ID., *“Papè satàn, papè satàn aleppe”. La formula “fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni” nella riforma dei reati societari*, in *Cass. pen.*, 2003, 1425 ss.; ROSSI A., *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Diritto pen. e proc.*, 2003, 897 ss.

¹⁷ Per un primo commento critico, S. SEMINARA, *op. cit.*, 686.

L'A.a.i assume ormai così tanta importanza, da essere chiamata a interferire nella vicenda *penale* svolgendo ruoli decisivi che evocano in massima misura quel connubio tra funzione di controllo e poteri sanzionatori, che tende a incardinare su tali autorità connotati quanto meno prossimi a quelli di un giudice penale - mentre è già chiaro a molti che sul piano delle sanzioni amministrative le autorità in esame svolgono funzioni in gran parte assimilabili a quelle giurisdizionali¹⁸ (a parte sempre le garanzie). Per esempio, con riferimento al Garante della privacy, l'art. 36, legge 31 dicembre 1996, n. 675 (come sostituito dall'art. 14, comma 1, d. lgs. 28 dicembre 2001, n. 467), che prevede il reato di omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei dati – figura esemplare già per le menzionate anticipazione e amministrativizzazione del giure penale–, stabilisce che all'autore del reato, all'atto dell'accertamento o, nei casi complessi, anche con successivo atto del Garante, è impartita una prescrizione fissando un termine per la regolarizzazione non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario, prorogabile in caso di particolare complessità o per l'oggettiva difficoltà dell'adempimento e comunque non superiore a sei mesi; nei sessanta giorni successivi allo scadere del termine, se risulta l'adempimento alla prescrizione, l'autore del reato è ammesso dal Garante a pagare una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione; l'adempimento e il pagamento estinguono il reato (l'organo che impartisce la prescrizione e il pubblico ministero provvedono nei modi di cui agli artt. 21, 22, 23 e 24 del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758, in quanto applicabili)¹⁹.

Tutto ciò peraltro rappresenta, a parte ogni profilo critico, un esito dell'integrazione tra politica criminale e politica punitivo-amministrativa. Tuttavia, la più parte della dottrina pubblicistico-amministrativista sottovaluta ampiamente, quando non ignora, la prospettiva integrata di politica criminale, politica penale, politica punitiva, diritto della sanzione/misura punitiva e sistema di garanzie, nonché il relativo quadro criminologico, dentro i quali si dovrebbe collocare pure l'assetto sanzionatorio legato allo sviluppo delle autorità amministrative indipendenti; anzi, non manca una diffusa tendenza ad affermare una totale separatezza concettuale²⁰. Tale tendenza deve essere respinta, tanto più se postula una concezione non chiara sulle diversità tra i vari tipi di sanzione punitiva, e in particolare tra quella penale-criminale e quella punitivo-amministrativa. Si sostiene invero che l'afflittività della sanzione o misura penale atterrebbe allo scopo, anziché, com'è vero, soltanto al contenuto di questa come di ogni altra sanzione negativa (contenuto limitativo di diritti), comprese tutte quelle impiegate dalle a.a.i. E si sostiene pure che la sanzione o la misura irrogata dalle a.a.i. sarebbe

¹⁸ V., per tutti, ROB. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 639.

¹⁹ V. *amplius infra*, par. 17.

²⁰ Per tutti, E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., 1 ss., 8 ss. V. inoltre M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, *passim*.

strumentale non all'attività repressiva, ma all'attività di vigilanza o comunque alla cura degli interessi²¹ affidati alle a.a.i.; ma questa distinzione è priva di senso, quanto meno perché nel nostro ordinamento (penale e non) la "repressione" non è mai fine a stessa, mentre invece lo scopo di prevenzione, generale e/o speciale – nella speciale comprendendosi la neutralizzazione personale e reale –, in funzione di tutela di interessi, rimane comunque l'incontrastato dominatore, quali che ne siano gli attori protagonisti ed a prescindere da formalistiche distinzioni di regime punitivo.

Altra questione è posta dalla sempre più diffusa "gestione" delle sanzioni amministrative e dei relativi precetti da parte della stessa autorità che le applica, gestione che certo rafforza e si pone quindi in rapporto strumentale con le altre funzioni di tale autorità, tanto più quando l'autorità stessa stabilisce quali precetti la sanzione assista²². Ma a questo riguardo sorgono delicati problemi concernenti il regime delle fonti²³. Intorno a questi problemi in letteratura pullulano, scandite in variegati astrattismi dogmatici rivolti a delineare le leviataniche autorità e i loro poteri anche sanzionatori, enfatiche ipostatizzazioni del ruolo dell'amministrazione nella tutela dei diritti, richiami ad una mitica efficienza che sarebbe in grado di fondare (senza giustificare) qualsiasi assetto regolativo, scarsa consapevolezza sul ruolo e le tecniche di prevenzione sanzionatoria e ancor meno sul problema delle garanzie.

Non stupisce, allora, che la descritta confusione "all'italiana", quando si rifletta sulla questione della individuazione dello strumento giurisdizionale di controllo sull'esercizio dei poteri sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti, dia adito a pretestuose motivazioni foriere di divaricazioni di regime che non trovano alcuna ragionevole spiegazione, salvo riconoscere che l'impegno vieppiù intensificato della giurisdizione amministrativa anziché di quella ordinaria²⁴ è segno inequivocabile di una irrazionale dissoluzione che, nella migliore delle ipotesi, consegue ad interessi di parte e, nella peggiore, deriva da schietta ignoranza²⁵. Non stupisce nemmeno che, sempre in nome dell'efficienza, la frammentazione in microplessi serva bene a ricostruzioni interpretative *in malam partem* per via squisitamente analogica²⁶.

Né stupisce che la pur diffusamente riconosciuta origine comunitaria di importanti stimoli alla diffusione delle autorità indipendenti rimanga affatto slegata dalla pur doverosamente correlata

²¹ In questo senso, tra gli altri, S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 353 ss.

²² V., per esempio, quanto riferito al par. 23.

²³ V., per tutti, P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, 251.

²⁴ V. l'ottimo quadro critico di G. SCARSELLI *Unità e riparto di giurisdizione nel controllo sui provvedimenti delle autorità garanti*, in *Foro. it.*, 2002, V, 141 **cui si rinvia anche per la corretta e motivata esclusione dell'ambito sanzionatorio delle a.a.i. dal perimetro della riforma del processo amministrativo (decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80)**. V., inoltre, dello stesso A., *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti. I. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000.

²⁵ Cfr. Cass. civ., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro. it.*, 1994, I, 732, con commento critico di A. BARONE, *Sanzioni pecuniarie antitrust e questioni di giurisdizione*.

²⁶ V. p.es. L. BERTONAZZI, *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'autorità per l'energia elettrica e il gas di cui all'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 831.

ricognizione del precipitato comunitario in materia di prevenzione punitiva. Il diritto comunitario vede da un lato, di principio, l'integrazione della politica penale-criminale con la politica penale-amministrativa – politiche condensate nell'*obbligo per gli Stati di perseguire l'osservanza del diritto comunitario anche mediante adeguate sanzioni penali o amministrative, sanzioni proporzionali e dissuasive* –, e dall'altro lato, sempre di principio, *limiti* di diritto sostanziale e formale al dispiegamento statale dell'arma afflittiva (quale essa sia), come i canoni comunitari di legalità, di colpevolezza, di proporzione, del giusto procedimento, del giusto processo etc.²⁷, e il conseguente sindacato comunitario “diffuso” da parte del giudice “nazionale”, eventualmente anche in collaborazione con la Corte di Giustizia tramite la proposizione di una questione pregiudiziale (art. 234, trattato CE)²⁸. Del resto, l'origine comunitaria non implica la sottrazione a un sindacato di costituzionalità “nazionale” alla stregua dei principi supremi e dei diritti fondamentali²⁹, il che dovrebbe valere a maggior ragione quando sono in gioco sanzioni punitive.

Nondimeno, ormai “passano” sotto silenzio perfino previsioni come quella contenuta nell'art. 4, lettera c *bis*) della legge n. 576/1982, (aggiunta dall'art. 4, d. lgs. 13 ottobre 1998, n. 373), secondo cui l'ISVAP provvede all'adozione di ogni provvedimento ritenuto utile o necessario alla tutela delle imprese e degli utenti: invero, nel desolante quadro finora delineato, non ci sentiremmo di escludere che, in forza di questa indeterminata attribuzione di competenza a provvedere, si giunga a ritenere che possano essere adottate le misure sanzionatorie, tipiche e atipiche, che l'Autorità ritenga utili o necessarie senz'altro³⁰.

Per finire questo approccio sintetico alle novità recate dagli sviluppi dei sistemi legati alle autorità amministrative indipendenti, e prima di tornare conclusivamente sulle garanzie costituzionali, è imprescindibile notare quanto attiene ai criteri di imputazione della responsabilità per l'illecito. Già in origine è (solo) talvolta emersa la responsabilità *diretta* della persona giuridica per l'illecito

²⁷ Riguardo agli influssi del diritto comunitario sul diritto punitivo amministrativo si rinvia per economia espositiva alle osservazioni svolte da S. RIONDATO, *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di F. MOSCHETTI e L. TOSI, *cit.*, sub art. 1, 77. Basti qui rilevare, inoltre, quanto agli influssi particolari, che ogni settore comprendente un'autorità amministrativa indipendente dovrebbe essere singolarmente considerato con riferimento a normativa comunitaria che lo riguardi, soprattutto nei campi ove più stretta è la dipendenza dell'assetto nazionale da tale normativa (quale ulteriore punto di partenza si segnala E. PICOZZA, *Procedure e sanzioni nel diritto amministrativo economico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 927 ss.).

²⁸ Cfr. S. RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (<<influenza>>, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in questa rivista, 1997, 1135 ss.

²⁹ Sul punto, per un quadro riassuntivo e talune ulteriori notazioni mutuabili con riferimento all'ambito delle sanzioni amministrative, v. S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1996, *passim*.

³⁰ In senso negativo parrebbero deporre le generali osservazioni di N. BASSI (*Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 339 ss., 350 ss) riguardo all'imprescindibile, peculiare fondamento legalitario del potere punitivo-amministrativo, potere la cui attribuzione non potrebbe desumersi per implicito. Il punto critico rimane peraltro a livello costituzionale, nel momento in cui non si riconosca l'assimilazione della sanzione punitivo-amministrativa a quella penale nel disposto dell'art. 25, comma 2, Cost.

amministrativo³¹. In tempi recentissimi, la persona giuridica è stata ormai definitivamente avviata a rispondere anche (perfino) per determinati reati, sia pur (formalmente) a titolo di responsabilità amministrativa (non penale), ma (appunto) nelle forme del processo penale, secondo il sistema generale trasfuso nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231³², che ora comprende anche la responsabilità della persona giuridica per il menzionato reato di ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 25 *bis*, come inserito dall'art. 3 del citato decreto legislativo n. 61/2002). Si noti però che queste recenti accelerazioni dell'apparato punitivo non si sono ancora risolte in una rivisitazione legislativa generale delle ipotesi di responsabilità della persona giuridica per illecito amministrativo, mentre è ancora alquanto (troppo) limitato lo sviluppo della responsabilità c.d. amministrativa di tale persona per reato. Perciò il regime non è uniforme nei vari settori riguardati dalle autorità amministrative indipendenti³³, ulteriore segno di degrado della *coherence* ordinamentale e terreno privilegiato dell'agitarsi di *lobbies* imprenditoriali che, peraltro, iniziano ad avvertire che una calibrata previsione di una responsabilità diretta dell'ente potrebbe pure ben favorire, almeno di fatto, fughe da meno preferibili responsabilità poste in capo a persone fisiche.

Il principio di personalità della responsabilità vale, dunque, in ambito punitivo-amministrativo, ma nel senso di non escludere che la persona giuridica possa commettere l'illecito e subire la sanzione, essendo oltretutto "capace" di colpevolezza (dolo o colpa); anzi, la colpevolezza dovrebbe essere elemento imprescindibile, come pure la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha sancito³⁴ – ma anche smentito³⁵ – con riguardo alle imprese. La nostra Corte costituzionale non ha ancora avuto modo di cimentarsi con i nuovi sviluppi in materia, essendo ferma all'ormai risalente, poco lucido rilievo che l'art. 27, comma 1, Cost. – la responsabilità penale è personale –, non concerne sanzioni amministrative contro persone giuridiche³⁶.

Queste notazioni in tema di personalità/colpevolezza coinvolgono e aprono esemplificativamente il fondamentale problema generale che, in tema di sanzioni amministrative,

³¹ Sulla relativa problematica v. C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in questa rivista, 1996, 1173 ss.

³² Primi commenti in *Dir. pen. e processo*, 2001, 1342 ss. (C. de MAGLIE, C. PIERGALLINI) e 1463 ss. (E. BUSSON, P. FERRUA, F. NUZZO). Per un quadro dottrinale recente sulla problematica relativa al (superato) principio *societas delinquere non potest* v., inoltre, F. FOGLIA MANZILLO, *Le società commerciali verso un nuovo sistema sanzionatorio*, in questa rivista, 2000, 1014.

³³ Restano a parte notazioni critiche su recenti riconsiderazioni legislative, come quella concernente il diritto (penale) societario, che, sospinta da pressanti istanze lobbistiche, ha sancito scandalosi vuoti di disciplina omettendo di formulare (quantomeno) un adeguato apparato di sanzioni amministrative (almeno nei confronti della persona giuridica) per comportamenti che, seppur gravi, non assurgono ai ranghi della rilevanza penale quali, ad esempio, le false comunicazioni sociali dannose ma penalmente atipiche.

³⁴ C. giust. CE, 8 luglio 1999, causa C-42/92 P, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 1258 con commento di S. RIONDATO.

³⁵ C. giust. CE, 11 luglio 2002, C-210/00, in *Dir. pen. e processo*, 2002, fasc. 12, 1157, con commento di S. RIONDATO.

³⁶ Corte cost., 24 luglio 1995, n. 363, in *Giur. cost.*, 1995, 2699 (in tema di società di intermediazione immobiliare).

affligge l'interprete, e con la massima intensità nei settori comprendenti le autorità amministrative indipendenti, laddove anche la pretesa indipendenza vorrebbe fungere pervasivamente da calmiera di istanze garantiste. Si tratta di stabilire se vi sia (e quale sia) il volto costituzionale dell'illecito e della sanzione amministrativa; più in particolare, se ed eventualmente in che misura i principi *penalistici* costituzionali debbano valere sul versante amministrativo – fermo restando che, sul piano della legge ordinaria, in tema di garanzie soprattutto di diritto sostanziale, dovrebbe operare (ma soltanto laddove non sia escluso) la menzionata legge n. 689/1981 (art. 12) che, peraltro, da sé non ben comprende le sanzioni non pecuniarie³⁷, specie quelle meramente preventive.

La questione riguarda non solo i principi di diritto sostanziale, come legalità, colpevolezza, proporzione, etc., compresi quelli concernenti la misura di sicurezza/prevenzione (art. 25, comma 3 Cost.), ma anche i principi concernenti la giurisdizione e il processo, almeno dal momento in cui l'art. 111 Cost. prevede che in generale la giurisdizione si attui mediante *il giusto processo* regolato dalla legge, giusto processo che però senza dubbio concerne (anche) il processo *non* penale, secondo il principio generale sancito dall'art. 111, co. 1, Cost.

Sull'essenziale problema delle basi e quindi dei limiti costituzionali, ragioni di economia espositiva costringono a rinviare ad altra recente trattazione³⁸, laddove si è tentato di illustrare che nemmeno nella giurisprudenza costituzionale – la quale pure non si è mai dimostrata molto garantista in tema di illecito e sanzione amministrativi, tendendo troppo spesso e sbrigativamente a negare rilevanza alle garanzie penalistiche in ambito amministrativo³⁹ – trova univoco riscontro la tesi più riduttiva, secondo la quale la sanzione amministrativa farebbe esclusivamente capo, del tutto diversamente da quella penale, agli artt. 23 e 97 Cost., nonché ad altre norme che sanciscono garanzie dei diritti patrimoniali e di quelli in genere attinenti alla sfera economica, ovvero regolano la P.A. e i relativi controlli.

L'esigenza di considerare la specificità del diritto punitivo in genere, inquadrandola alla stregua del portato costituzionale penalistico, è emersa almeno di principio anche di recente quando la Corte, in tema di legislazione per decreto in base a legge-delega (art. 76 Cost.) ha assimilato nei canoni di legalità-determinatezza (riguardo alla precisione dei criteri di delega) la sanzione amministrativa a quella penale⁴⁰, così in buona sostanza espandendo in ambito amministrativo le ragioni radicate

³⁷ Cfr. L. MAZZA, *I principi generali*, cit., 26. Per la soluzione affermativa v. inoltre, per tutti, R. ZACCARIA, *Diritto delle informazioni e comunicazioni*, Padova, 1998, 24.

³⁸ S. RIONDATO, *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di F. MOSCHETTI e L. TOSI, cit., sub art. 1, 32 ss. Ivi ulteriori indicazioni di giurisprudenza e dottrina.

³⁹ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 118, in *Giur. cost.*, 1994, 1001 (irretroattività), con nota di contraria di A. PACE; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 250, *ivi.*, 1992, 1916 (riserva assoluta di legge); Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 502, *ivi.*, 1987, 3315 (irretroattività e personalità); Corte cost., 19 novembre 1987, n. 421, *ivi.*, 1987, 2881 (continuazione tra illeciti); Corte cost., 19 novembre 1987, n. 420, *ivi.*, 1987, 2879 (prescrizione); Corte cost., 14 marzo 1984, n. 68, *ivi.*, 1984, 422 (irretroattività).

⁴⁰ Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49, in *Cons. Stato*, 1999, II, 345.

nell'art. 25, comma 2 Cost. (stretta legalità penale), che civilmente dovrebbero costituire la stretta legalità come *principio generale dell'ordinamento in materia punitiva*⁴¹.

L'assimilazione di principio all'insegna dell'art. 25 cit., che la Corte nel 1967 aveva anche più chiaramente affermato⁴², è del resto avvalorata dalla giurisprudenza formatasi presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, che da tempo ha inquadrato in ambito penale le sanzioni punitive amministrative⁴³.

La stessa Corte costituzionale, d'altra parte, ha lucidamente osservato che, in ipotesi, una sanzione punitiva non detentiva potrebbe celarsi nella legge ordinaria sotto le vesti di misura civile o amministrativa e che, nondimeno, nei confronti di tale misura, sarebbe applicabile il principio penalistico che vieta punizioni per fatto altrui (art. 27, comma 1, Cost.)⁴⁴, principio su cui si fonda la medesima concezione personalistica penale che oggi deve garantisticamente riflettersi anche sulla responsabilità penale della persona giuridica. Invero, in ambito amministrativo non sono infrequenti i travestimenti come amministrative di sanzioni che, per la loro natura e pesantezza, andrebbero piuttosto configurate come penali, circondate di tutte le corrispondenti garanzie, se del caso anche di ordine processuale⁴⁵.

In quest'ultima direzione piace avviare un più recente orientamento giurisprudenziale costituzionale che, pur non impegnandosi espressamente sul problema dell'omogeneità, ha instaurato parallelismi tra processo penale e giudizio d'opposizione (l. n. 689/1981) ed ha esteso al secondo garanzie previste dal legislatore soltanto per il primo⁴⁶, suscitando, nondimeno, sorpresa e critica da parte dei fautori della diversità⁴⁷.

In questo quadro, può ulteriormente notarsi che l'argomento *a fortiori* che talvolta la Corte costituzionale impiega per escludere dall'ambito punitivo-amministrativo soluzioni che *nemmeno per l'ambito penale sono costituzionalmente imposte*⁴⁸, se a rigore pur non presuppone la convinzione di omogeneità tra le due, rispettive, sanzioni⁴⁹, tuttavia ha senso soltanto in una prospettiva che non escluda, in linea di principio, aspetti omogenei che consentano di istituire parallelismi al fine di

⁴¹ S. RIONDATO, *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di F. MOSCHETTI – L. TOSI, *cit.*, sub art. 3, 127.

⁴² Corte cost., 3 luglio 1967, n. 78, in *Giur. cost.*, 1967, 984.

⁴³ V., per tutte, Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, in *Pubbl. CEDH*, Serie A, n. 85, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss., con nota di C. E. PALIERO, "*Materia penale*" e *illecito amministrativo secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" ad una svolta radicale*.

⁴⁴ Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29, in *Giur. cost.*, 1961, 555.

⁴⁵ A. FIORELLA, *Reato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 814.

⁴⁶ Corte cost., 5 dicembre 1990, n. 534, in *Giur. cost.*, 1990, 3072; Corte cost., 18 dicembre 1995, n. 507, *ivi*, 1995, 4292 ss., con commento di R. FERRAZZI.

⁴⁷ A. TRAVI, *Opposizione a sanzione amministrativa e opposizione a decreto penale di condanna: un confronto possibile?*, in *Giur. cost.*, 1991, 634 ss.

⁴⁸ Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 502, *cit.*; Corte cost., 21 aprile 1994, n. 159, *Giur. cost.*, 1994, 1214 (congruità e razionalità della sanzione).

⁴⁹ C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 228, nt. 226.

valutare se, anche in ambito amministrativo, operino canoni costituzionali penalistici. Pare questa una pretesa ragionevolmente fondata, suscettibile di fungere da chiave critica per la lettura, ma soprattutto per la ricostruzione in termini più civili (anche) della disciplina dei poteri sanzionatori spettanti alle autorità indipendenti.

Certo, la pratica legislativa e giurisprudenziale⁵⁰ non fa ben sperare. In effetti, la sensibilità dei giudici per il tema legalitario si stempera in uno con il corrispondente ampliamento che il degrado del principio imprime ai loro poteri.

2. Ruolo punitivo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel diritto antitrust: gli illeciti amministrativi previsti dalla legge sulla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 8, comma 2 sexies, 14, comma 5, 15 e 19, l. 10 ottobre 1990, n. 287), le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale.

Nel panorama delle a.a.i. l’esperienza più significativa è costituita dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita a norma dell’art. 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287⁵¹. Per

⁵⁰ V. per es., in tema di illecito amministrativo e contributo “normativo” dell’ Autorità garante per la radiodiffusione e l’editoria, Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 1998, n. 477, in *Giur. it.*, 1999, 1188, con commento fortemente critico (a ragione) di A. ROSSI VANNINI, *De profundis per il principio di legalità nel sistema depenalizzato-amministrativo?* (1197).

⁵¹ Non tratteremo diffusamente in questa sede delle competenze attribuite all’Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità comparativa o ingannevole (art. 7, decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74).

In tale ambito di intervento, l’Autorità può disporre, in casi di particolare urgenza, la sospensione provvisoria della pubblicità ingannevole o della pubblicità comparativa che non rispetti le condizioni di liceità previste dall’art. 3 *bis* del decreto legislativo (art. 7, comma 3).

Ove la pubblicità venga ritenuta ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa illecito l’Autorità provvede, con effetto definitivo a vietare la pubblicità non ancora portata a conoscenza del pubblico o la continuazione di quella già iniziata. Con tale decisione motivata può essere disposta la pubblicazione della pronuncia, anche per estratto, nonché, eventualmente, di un’apposita dichiarazione rettificativa in modo da impedire che la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa ritenuto illecito continuino a produrre effetti (art. 7, comma 6).

Un illecito amministrativo di natura punitiva è previsto per l’omissione “di ogni informazione idonea” ad identificare il committente del messaggio pubblicitario vietato: in tal caso l’Autorità ha facoltà di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria da € 1032 ad € 2582 nei confronti del “proprietario del mezzo di diffusione del messaggio” (art. 7, comma 10).

I ricorsi avverso le decisioni definitive adottate dall’Autorità sono espressamente attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 7, comma 11).

Completa la tutela sanzionatoria la previsione di un illecito penale per l’inottemperanza da parte dell’operatore pubblicitario dei provvedimenti d’urgenza, di quelli inibitori o di rimozione degli effetti adottati dall’Autorità garante, illecito punito con l’arresto fino a tre mesi e con l’ammenda fino ad € 2.582,28 (art. 7, comma 9).

Per un primo orientamento, v. A. BALZANO, *L’autorità garante della concorrenza e l’autodisciplina pubblicitaria alla luce della nuova disciplina sulla pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. comm.* 1993, 653 ss.; P. F. BIANCOFIORE, *La repressione penale della pubblicità ingannevole nel d. lgs. n. 74 del 1992. Recupero di efficienza o ultimo inganno?*, in *Riv. pen. economia*, 1993, 410 ss.; F. FIGURELLI, *Pubblicità ingannevole e comparativa (d. lgs. 25 febbraio 2000 n. 67)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, 883 ss.

quanto direttamente attiene ai profili sanzionatori, il tratto caratteristico del diritto *antitrust* italiano⁵² è stato a lungo l'assenza di norme penali, giacché il ricorso alla sanzione penale non era previsto né per la repressione dei comportamenti contrari al libero sviluppo della concorrenza, né per punire condotte di ostacolo alle funzioni dell'Autorità.

Sino alla riforma dell'art. 2638 c.c. (d. lgs. n. 61/2002), che ha introdotto la fattispecie di reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza delle a.a.i., riportata per esteso nel precedente paragrafo, era stata adottata la scelta di "resistere"⁵³ alla tendenza alla (pan)penalizzazione ed alla tentazione di regolare i settori delegati alle *authorities* ricorrendo (anche) a disordinate incriminazioni, scelta confermata anche dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 che, riformando la legge n. 287/1990, ha introdotto nuove ipotesi di illecito amministrativo per le imprese pubbliche ed in monopolio legale ed ha ritoccato gli importi delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per la costituzione di intese restrittive della libertà di concorrenza e per l'abuso di posizione dominante.

Gli illeciti amministrativi previsti dalla legge n. 287/1990, riferiti ad imprese-persone giuridiche, sono la violazione dell'obbligo di preventiva comunicazione all'Autorità della costituzione, ovvero dell'assunzione del controllo, di società operanti in mercati diversi da quelli in cui l'impresa, per disposizione di legge, gestisce servizi di interesse economico generale oppure opera in regime di monopolio (art. 8, comma 2 *sexies*, introdotto dalla citata l. n. 57/2001), l'ostacolo alla attività istruttoria della Autorità (art. 14, comma 5)⁵⁴, la violazione degli art. 2 e 3, ossia dei divieti, rispettivamente, di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 15), nonché l'inottemperanza al divieto di concentrazione e all'obbligo di notifica relativo alle operazioni di concentrazione (art. 19).

Le sanzioni previste, dopo la riforma del 2001, sono la sanzione amministrativa pecuniaria – il cui importo può assumere entità considerevole, essendo in taluni casi (artt. 15 e 19) commisurato al fatturato dei soggetti interessati dalle operazioni illecite – e la sospensione dell'attività di impresa. La sospensione riguarda casi di reiterata inottemperanza alle diffide con cui l'Autorità fissa alle imprese e

⁵² V. DONATIVI, *Poteri dell'autorità in materia di divieto delle operazioni di concertazioni*, in *Diritto antitrust italiano: commento alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI ed L.C. UBERTAZZI, Bologna, 1993; AA.VV., *Antitrust: le sanzioni*, a cura di A. TOFFOLETTO e L. TOFFOLETTI, Milano, 1996; P. FATTORI e M. DE VITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, in *Temi e problemi*, 1996; S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 349 ss.; P. FATTORI, *I poteri della Autorità Garante in materia di intese e degli abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 877 ss.; G. FIGÀ TALAMANCA, *La riforma delle sanzioni della legge antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, 1093 ss.

⁵³ In merito ai motivi del mancato ricorso allo strumento penale, v. *amplius*, S. LICCIARDELLO, *op. cit.*, 351. Le ragioni della scelta del legislatore del 1990, in linea di principio del tutto condivisibili, sono state, nel successivo sviluppo delle a.a.i., disattese, in favore di un disarticolato ricorso alla sanzione criminale.

⁵⁴ La norma, nel derogare il regime di cui all'art. 9 della legge n. 689/1981, fa espressamente salve solo le diverse sanzioni previste dall'ordinamento *vigente*. E' quindi dubitabile che la sanzione di cui all'art. 14, comma 5 della legge n. 287/1990 e quella oggi comminata dal novellato 2638 c.c. possano essere cumulate.

agli enti interessati un termine per l'eliminazione delle infrazioni ai divieti di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 15, comma 2).

Si tratta di sanzioni punitive rispetto alle quali la medesima legge n. 287/1990 dichiara operanti le disposizioni di cui alla legge n. 689/1981, in quanto applicabili⁵⁵ (art. 31).

Diversamente, le misure che l'Autorità può dettare, a norma dell'art. 18, comma 3, al fine di *ripristinare* la concorrenza effettiva ed eliminare gli effetti distortivi delle operazioni di concentrazioni già realizzate, hanno finalità, appunto, meramente ripristinatorie.

Le condizioni ed i presupposti di applicabilità delle sanzioni sono alquanto disorganici. Per quanto attiene agli illeciti relativi all'assunzione di controllo di società operanti in mercati diversi da parte di imprese pubbliche ed in monopolio legale (art. 8, comma 2 *sexies*), di ostacolo alla attività istruttoria della Autorità (art. 14, comma 5) e di inottemperanza al divieto di concentrazione e dell'obbligo di notifica relativo alle operazioni di concentrazione (art. 19 comma 1), la legge prevede che, accertata la violazione, l'Autorità applichi la sanzione amministrativa pecuniaria. Per l'inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, l'applicazione di eventuali sanzioni amministrative pecuniarie – che possono arrivare sino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione –, in aggiunta alle sanzioni eventualmente applicabili in base a quanto previsto dal comma 1, è rimessa (in chiaro contrasto con il principio di legalità) alla mera discrezionalità della Autorità (art. 19, comma 2)⁵⁶.

Per quanto riguarda gli illeciti relativi alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante il regime sanzionatorio previsto è differenziato: nel caso in cui le infrazioni non siano giudicate gravi, l'Autorità non applica immediatamente la sanzione amministrativa pecuniaria, ma si limita a fissare alle imprese o agli enti interessati un termine per eliminare le infrazioni medesime; soltanto nel caso di inottemperanza alla diffida l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria; nel caso in cui le infrazioni vengano, invece, giudicate gravi,

⁵⁵ Secondo S. LICCIARDELLO, *op. cit.*, 381, la riserva di compatibilità prevista dall'art. 31 della legge n. 287/1990, ulteriore rispetto a quella già prevista, in termini generali, dall'art. 12 della legge n. 689/1981, assumerebbe un preciso significato in relazione alla funzione strumentale – rispetto all'attività dell'Autorità – che caratterizzerebbe le sanzioni della legge *antitrust*: secondo l'Autore, infatti, l'adeguamento ai principi di cui alla legge n. 689/1981 non potrebbe aversi “in maniera meramente “formale”, in quanto le singole disposizioni della legge n. 689/1981, per essere applicate, dovrebbero essere “sostanzialmente” compatibili con la funzione a cui assolvono le sanzioni previste dalla legge *antitrust*”.

⁵⁶ La norma, infatti, prevede che “nel caso di imprese che non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16, l'Autorità *può infliggere* alle imprese stesse sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione in aggiunta alle sanzioni eventualmente applicabili in base a quanto previsto dal comma 1”. Per una diffusa ricostruzione delle ragioni che hanno portato ad attribuire all'Autorità un siffatto potere discrezionale, si veda S. LICCIARDELLO, *op. cit.*, 375.

Identico potere discrezionale è attribuito all'Autorità dall'art. 9, comma 3 *bis*, della legge n. 192/1998 (introdotto dalla legge n. 57/2001), a norma del quale l'Autorità *può* procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge n. 287/1990 nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato; sul punto v. il paragrafo successivo.

l'Autorità, in aggiunta alla diffida, applica immediatamente una sanzione amministrativa pecuniaria⁵⁷. A tal proposito, in dottrina si è osservato che la sanzione, in caso di infrazioni non gravi, non concernerebbe tanto la violazione dei divieti di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante, quanto piuttosto l'inottemperanza alla diffida dell'Autorità⁵⁸. L'assunto, tuttavia, non è condivisibile. Infatti, l'applicazione immediata della sanzione prevista per le infrazioni ritenute gravi si aggiunge a (e non sostituisce) l'ordine che l'Autorità è tenuta ad impartire in relazione a tutte le infrazioni ravvisate: non è pertanto l'inottemperanza alla diffida a rendere punibili le imprese, ma è, semmai, l'ottemperanza alla diffida a rendere non punibile – o non ulteriormente punibile – l'illecito, ossia l'infrazione agli artt. 2 e 3.

Per quanto attiene al procedimento applicativo delle sanzioni, l'art. 31 della legge n. 287/1990 rinvia espressamente alle disposizioni della legge n. 689/1981, in quanto applicabili. Pertanto, sia la sanzione amministrativa pecuniaria che la sospensione dell'attività di impresa sono irrogate direttamente dall'Autorità con ordinanza-ingiunzione, emessa a seguito di istruttoria e successivamente agli adempimenti previsti dall'art. 18 della legge n. 689/1981⁵⁹.

La giurisdizione sulle opposizioni avverso le ordinanze-ingiunzioni irrogate dall'Autorità rientra, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con la sentenza 5 gennaio 1994, n. 52⁶⁰, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e precisamente del T.A.R. del Lazio, a norma dell'art. 33, l. n. 287/1990.

La sentenza delle Sezioni unite ha suscitato particolare interesse, soprattutto in ragione di talune considerazioni svolte in merito alla natura sostanziale delle sanzioni previste dalla legge n. 287/1990: nel respingere la tesi che, sulla base della legge n. 689/1981, prospettava la giurisdizione ordinaria, la Corte ha motivato l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, oltre che sul dato letterale del citato art. 33 l. n. 287/1990, anche sulla base di una "esegesi logico-sistematica" delle sanzioni *antitrust*, assai singolare⁶¹. La Corte ha, infatti, affermato che il provvedimento sanzionatorio previsto dalla legge n. 287/1990 costituirebbe, piuttosto che l'espressione di un potere meramente sanzionatorio, un atto a contenuto complesso che gli attribuirebbe i caratteri di un provvedimento amministrativo in senso proprio, esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici cui è istituzionalmente preposta. Tuttavia, questa impostazione – più volte ripresa da coloro che affermano la "necessaria" separatezza dell'assetto sanzionatorio connesso allo

⁵⁷ La norma, peraltro, prevede che, nella valutazione, l'Autorità tenga conto della "gravità" e della "durata" dell'infrazione medesima: si tratta, con ogni evidenza, di parametri assai poco significativi, se non addirittura mere tautologie, che rimettono, di fatto, ad una valutazione puramente discrezionale dell'Autorità l'applicazione immediata della sanzione.

⁵⁸ Per tutti, S. LICCIARDELLO, *op. cit.*, 370.

⁵⁹ Nel caso di violazione degli artt. 2 e 3, l'istruttoria ed il contraddittorio sono regolati (anche) dall'art. 14 della legge n. 287/1990.

⁶⁰ Cass. civ., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, 732.

sviluppo delle autorità amministrative indipendenti rispetto a quello previsto dalla legge n. 689/1981 – lungi dal condurre alla soluzione delle questioni – prima fra tutte quella del rispetto del principio di legalità – poste dalle disciplina delle sanzioni *antitrust* e, più in generale, dalla vasta attribuzione di poteri sanzionatori delle a.a.i., finisce con l’aggravare le equivocità di regime già segnalate nella parte introduttiva del presente lavoro.

3. *Segue: gli illeciti amministrativi previsti in materia di abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192) le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale.*

La legge 5 marzo 2001, n. 57 – oltre a modificare, come accennato al paragrafo precedente, i limiti edittali delle sanzioni previste dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 per la costituzione di intese restrittive della libertà di concorrenza e per l’abuso di posizione dominante – ha attribuito all’Autorità *antitrust* il potere di intervenire tramite le diffide e le sanzioni previste dall’art. 15 della legge n. 287/1990 anche in relazione a talune ipotesi di abuso di dipendenza economica (art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192).

La legge n. 192/1998 definisce l’abuso di dipendenza economica come l’abuso della situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, cliente o fornitrice, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi (art. 9, commi 1 e 2): sebbene la legge n. 192/1998 sia destinata a disciplinare il contratto di subfornitura, le disposizioni in tema di abuso di dipendenza economica si applicano ad ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in siffatta maniera il rapporto con un’altra impresa (contrattazione *business to business*)⁶².

A seguito della riforma, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato *può* – “anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell’attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell’istruttoria” – procedere alle diffide e, nei casi più gravi, alle sanzioni previste dall’art. 15 della legge n. 287/1990 allorquando l’abuso assuma rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato (art. 9, comma 3 *bis*, l. n. 287/1998)⁶³.

⁶¹ A. BARONE, *Sanzioni pecuniarie antitrust e questioni di giurisdizione*, in *Foro it.*, 1994, I, 737.

⁶² *Contra*, Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208 ss., con nota critica di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal "caso limite" alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto* (3209 ss.).

⁶³ L. DELLI PRISCOLI, *L’abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge "antitrust"*, in *Giur. comm.*, 1998, 833 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell’altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 191 ss.; V. PINTO, *L’abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 389 ss.; V. MELI, *Modifiche alla disciplina dell’abuso di dipendenza economica e agli artt. 8 (imprese pubbliche e monopolio legale) e 15 (diffide e sanzioni) della legge antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, 1061 ss.; C. OSTI, *Primo affondo dell’abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, I, 2183 ss.; A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, I, 2179 ss.

Non ogni abuso, quindi, costituisce illecito amministrativo: di regola, l'infrazione ha un rilievo meramente privatistico, comportando la sanzione della nullità del patto attraverso il quale l'abuso si realizza e l'obbligo di risarcire i danni (art. 9, comma 3).

L'illiceità amministrativa connota solo le condotte che spiegano "rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato" (art. 9, comma 3 *bis*). Il precetto dell'illecito amministrativo di nuovo conio risulta, tuttavia, assai poco rispettoso del principio di legalità, posto come il concetto di *rilevanza* sia eccessivamente generico, comprendendo ogni genere di rapporto tra abuso e tutela della concorrenza e del mercato.

La norma, riferendo la rilevanza alla "tutela" della concorrenza e del mercato, attribuisce illiceità amministrativa non già agli abusi che spiegano effetti anticoncorrenziali, bensì a quelli che interferiscono con l'esercizio dell'attività *antitrust* dell'Autorità, cosicché l'oggetto giuridico dell'illecito deve essere individuato nelle funzioni dell'Autorità, mentre la concorrenza ed il mercato rimangono relegati sullo sfondo della fattispecie punitiva.

La vaga espressione utilizzata per segnare il perimetro della fattispecie punitiva presenta evidenti profili di contrasto con il principio di legalità dilatando eccessivamente i margini di discrezionalità della Autorità, cui finisce per essere attribuito tanto il potere di apprezzare la "rilevanza" dell'abuso rispetto all'esercizio di proprie funzioni (discrezionalità nell'individuazione delle condotte che assumono illiceità amministrativa) quanto il potere di valutare se applicare, o meno, le misure previste dall'art. 15 della legge n. 287/1990 (discrezionalità nell'*an* dell'esercizio del potere sanzionatorio).

Il procedimento applicativo ed il rimedio giurisdizionale esperibile per le misure in rassegna sono quelli previsti, in via generale, dalla legge n. 287/1990, già ricordati al paragrafo precedente.

4. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale.

La legge 14 novembre 1995, n. 481, nell'istituire l'Autorità per l'energia elettrica e il gas⁶⁴, ha attribuito alla stessa – e, più in generale alle altre costituenti autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità – il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie e di adottare provvedimenti di sospensione dell'attività di impresa (art. 2, comma 20, lett. c)⁶⁵.

⁶⁴ F. MONTAGUTI, in *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, a cura di A. BARDUSCO, G. CAIA e G. DI GASPARE, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, sub art. 2, comma 20, 374 ss.; L. BERTONAZZI, *op. cit.*; G. TULUMELLO, *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, 386 ss.

⁶⁵ La legge 14 novembre 1995, n. 481, pur limitata al settore dei servizi di pubblica utilità, è l'unico corpo normativo ad introdurre una disciplina di tipo (relativamente) generale per le a.a.i. L'art. 2, comma 2, della legge prevede che "le disposizioni del presente articolo costituiscono principi generali cui si ispira la normativa" relativa alle autorità di

Le sanzioni amministrative pecuniarie, improntate da finalità di prevenzione generale, sono assai gravi – il compasso edittale va da € 25.822 ad € 154.937.069⁶⁶. Esse sono comminate alle imprese-persone giuridiche operanti nel settore, per la violazione dei provvedimenti (tanto generali, quanto particolari) dell’Autorità, per l’inottemperanza alle richieste di informazioni o, comunque, ad altre richieste connesse con l’attività di controllo, e per la comunicazione all’Autorità⁶⁷ di informazioni o documenti falsi.

Il provvedimento di sospensione dell’attività di impresa, che può essere adottato direttamente dall’Autorità, e per un periodo non superiore a sei mesi, nel caso di reiterazione delle condotte illecite per le quali si prevede la sanzione amministrativa pecuniaria⁶⁸, si configura – in ragione di siffatta progressività e della circostanza che la legge condiziona l’applicazione dei provvedimenti interdittivi alla fruibilità del servizio da parte degli utenti – come una misura con ibrida finalità non agevolmente definibile secondo criteri di prevalenza, nonostante le finalità preventive relative alla “pericolosità” dell’impresa, che pure la contraddistinguono⁶⁹.

Non pare tuttavia esservi dubbio circa l’applicabilità alle misure in rassegna dei principi di carattere sostanziale della legge n. 689/1981⁷⁰; a tal proposito va, in ogni caso, notato che vi è deroga al

regolazione di servizi di pubblica utilità; l’art. 2, comma 4, tuttavia, stabilisce che “la disciplina e la composizione di ciascuna autorità sono definite da normative particolari che tengono conto delle specificità di ciascun settore sulla base dei principi generali del presente articolo. La presente legge disciplina nell’articolo 3 il settore dell’energia elettrica e del gas. Gli altri settori saranno disciplinati con appositi provvedimenti legislativi”. L’art. 2, comma 20, stabilisce che “Per lo svolgimento delle proprie funzioni, ciascuna Autorità: a) richiede, ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività; b) effettua controlli in ordine al rispetto degli atti di cui ai commi 36 e 37; c) irroga, *salvo che il fatto costituisca reato*, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all’effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a lire 50 milioni e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l’attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione; d) ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l’obbligo di corrispondere un indennizzo; e) può adottare, nell’ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell’erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio” (cors. nostro).

⁶⁶ Gli importi delle sanzioni pecuniarie, penali ed amministrative, menzionate nel presente lavoro, originariamente espressi in lire, sono stati convertiti in euro secondo quanto disposto dall’art. 51, d. lgs. 24 giugno 1998, n. 213.

⁶⁷ La legge si riferisce alla “acquisizione” da parte dell’Autorità di informazioni o documenti falsi; tuttavia l’utilizzo di tale formulazione è improprio: viene punita non già la condotta acquisitiva della Autorità, bensì la condotta di chi abbia reso all’Autorità le informazioni ed i documenti non veritieri.

⁶⁸ In alternativa, l’Autorità può proporre al Ministro competente la sospensione e la decadenza della concessione. Si tratta di una proposta che non è né obbligatoria né, tantomeno, vincolante, non essendo escluso che il Ministro adotti il provvedimento anche in assenza dell’iniziativa dell’Autorità ed essendo, invece previsto che il Ministro possa disattendere la proposta dell’Autorità, seppure nei casi previsti dall’art. 2, comma 13, della legge; sul punto, v. *amplius* E. BANI, *op. cit.*, 142 ss.

⁶⁹ Mette conto, peraltro, di rilevare come le sanzioni interdittive risultino ben difficilmente irrogabili in un mercato, quale quello italiano, in cui non vi sia ancora una pluralità di operatori tale da consentire un provvedimento interdittivo a carico di un’impresa senza che ne derivino ripercussioni negative sull’utenza del servizio. Tuttavia, taluno ritiene (E. BANI, *op. cit.*, 142, nt. 41), in un’ottica di maggior valorizzazione della funzione di controllo attribuita alla misura, che, “presumibilmente ... l’Amministrazione dovrà prevedere anche le modalità di erogazione” del servizio durante la sospensione “presumibilmente mediante l’esercizio diretto dello stesso”.

⁷⁰ Secondo L. BERTONAZZI, *op. cit.*, 842, la natura delle sanzioni di cui trattasi osterebbe ad una applicazione dell’art. 16 della legge n. 689/1981; secondo l’A., “la sanzione irrogata dall’Autorità presenta accanto ad un innegabile

principio di specialità (che, a norma dell'art. 9, l. n. 689/81, regola il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative): la legge n. 481/95, infatti, specifica che le sanzioni previste dall'art. 2, comma 20, lett. c) non sono applicabili quando il fatto integri gli estremi di un reato⁷¹.

Carattere riparatorio ha l'indennizzo che l'Autorità, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. g), può ordinare di corrispondere in favore degli utenti in caso di comportamenti lesivi dei loro diritti⁷². Si è, tuttavia, osservato come – nell'ottica dell'attività delle *authorities*, in cui particolarmente arduo si dimostra ogni tentativo di ricostruire secondo schemi rigidi la natura di attribuzioni spesso appena accennate dal legislatore – l'indennizzo costituisca una misura sostanzialmente “sanzionatoria” (punitiva), in quanto non rappresenta esclusivamente un modo di soddisfare la pretesa dell'utente ad una prestazione pecuniaria compensativa della lesione di un proprio diritto⁷³.

Il procedimento applicativo delle sanzioni non è quello previsto, in generale, dalle norme della legge n. 689/81, ma è disciplinato dal regolamento di cui al D.P.R. 9 maggio 2001, n. 244 (emanato in forza della medesima legge n. 481/95), recante, tra l'altro, disciplina dei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti individuali dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'art. 2, comma 24, lettera a) della legge istitutiva. Il decreto disciplina in modo assai articolato e, per alcuni aspetti, più garantito rispetto alla legge n. 689/81, il procedimento attraverso il quale vengono assunti i provvedimenti dell'autorità, ivi compresi quelli a contenuto sanzionatorio. Sono, tra l'altro, assicurati ai soggetti interessati la comunicazione dell'avvio del procedimento, il diritto al contraddittorio, anche attraverso l'audizione personale, il diritto di accesso agli atti ed il diritto alla riservatezza ed alla segretezza delle informazioni fornite all'Autorità⁷⁴.

A norma dell'art. 2, comma 25, della legge n. 481/1995, i ricorsi avverso i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità, così assunti, rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo e debbono essere proposti dinanzi al T.A.R. ove ha sede l'Autorità e, dunque, dinanzi al T.A.R. per la Lombardia, l'Autorità avendo sede in Milano.

carattere punitivo-afflittivo ... elementi di spiccata strumentalità (e complementarità) rispetto al perseguimento degli interessi pubblici che costituiscono il mandato conferito dall'ordinamento stesso all'Autorità”: insomma, il pagamento in misura ridotta (ed ogni altro istituto previsto dalla legge n. 689/1981 che incida significativamente sullo strumento sanzionatorio), poichè vanifica e svilisce la stessa funzione regolatoria assegnata alla Autorità, non sarebbe compatibile con l'apparato sanzionatorio previsto dalla legge n. 481/1995.

⁷¹ Il pensiero corre, evidentemente, al reato previsto dal più volte menzionato art. 2638 c.c.: laddove le condotte sanzionate in via amministrativa dall'art. 2, comma 20, lett. c), della legge n. 481/95 rilevino anche penalmente, a seguito della istituzione, con il decreto legislativo n. 61/2002, del presidio penalistico a tutela delle funzioni dell'Autorità in rassegna, la sanzione da applicare sarà, dunque, quella penale, prevista dalla norma generale inserita nel codice civile, e non quella amministrativa comminata dalla norma speciale prevista dalla legge di settore.

⁷² Sul punto v. *amplius*, G. TULUMIELLO, *op. cit.*, 415 ss.

⁷³ E. BANI, *op. cit.*, 134.

⁷⁴ Il coordinamento con l'attività dell'Autorità *antitrust* è assicurato dall'art. 2, comma 33, della legge n. 481/1995, a norma del quale l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è tenuta a segnalare gli eventuali comportamenti contrari alle disposizioni di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, da parte dei soggetti operanti nei settori sottoposti alla propria attività di regolazione.

5. *L'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni.*

La legge 31 luglio 1997, n. 249 ha proceduto ad una articolata riforma del settore delle comunicazioni che, nella realtà italiana, più di altri esigerebbe la presenza di una autorità regolatrice realmente indipendente. Nel solco normativo tracciato, in via generale, dalla citata legge n. 481/1995⁷⁵ sulle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, la legge n. 249/1997 ha istituito l'Autorità di vigilanza per le garanzie nelle comunicazioni⁷⁶, conferendole un ampio potere sanzionatorio, di regola rivolto a reprimere comportamenti illeciti delle imprese-persone giuridiche operanti nel settore.

L'Autorità esercita le funzioni ed i poteri sanzionatori attribuiti dalla legge n. 481/1995 alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (art. 1, comma 21, l. n. 249/1997)⁷⁷. Essa applica, come di seguito sarà esposto (par. 6-10), le sanzioni previste dall'art. 31 della legge 6 agosto 1990, n. 223 (art. 1, comma 6, l. n. 249/1997), le sanzioni poste a tutela delle proprie funzioni dall'art. 1, commi 30 e 31, della medesima legge n. 249/1997, e le sanzioni previste dalla legge 22 febbraio 2000, n. 28 per la violazione delle norme che disciplinano l'accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali.

6. *Segue: gli illeciti amministrativi e le relative sanzioni previsti dalla legge di disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato (art. 31, l. 6 agosto 1990, n. 223).*

L'art. 31 della legge n. 223/1990 sanziona in via amministrativa la violazione di un considerevole numero di norme della legge di disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato. L'art. 1, comma 6, l. n. 249/1997 ha trasferito in capo all'Autorità i poteri punitivi previsti dalla norma in esame, accorpando in capo a questa competenze che, precedentemente, erano suddivise tra Garante e Ministro delle comunicazioni.

Un primo gruppo di illeciti amministrativi previsti dall'art. 31 è costituito dalla violazione delle norme che regolano e limitano la trasmissione radiotelevisiva della pubblicità – circoscrivendone, ad esempio, l'oggetto ed il contenuto ovvero imponendone la riconoscibilità – e la sponsorizzazione dei programmi (art. 8). Sempre in questo gruppo sono punite la violazione delle regole concernenti la programmazione dei concessionari – quelle che obbligano, ad esempio, ad un durata minima di

⁷⁵ V. par. precedente.

⁷⁶ M. BUONCRISTIANO, *Commentario alla legge 6 agosto 1990, n. 223*, a cura di N. LIPARI e E. BOCCHINI in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991, sub art. 31, 909 ss.; G. ZACCARIA, *op. cit.*; G. BARNESCHI, *Poteri sanzionatori e tutele giurisdizionali nei sette anni di vita del Garante per la radiodiffusione e l'editoria*, in *Dir. infor.*, 1999, 457 ss.; F.G. PIZZETTI, *La Corte di Cassazione estende la tutela del telespettatore-elettore?*, in *Giur. it.*, 1999, 1189 ss.; A. ROSSI VANNINI, *De profundis per il principio di legalità nel sistema depenalizzato-amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1999, 1197 ss.; R. BIFULCO, in *Sistema radiotelevisivo e autorità per le telecomunicazioni*, a cura di N. LIPARI, E. BOCCHINI e S. STAMMATI, Padova, 2000, sub art. 1, commi 29 - 32, 264 ss.; M. ATELLI, *La funzione d'indirizzo dell'Autorità di vigilanza giustifica la natura speciale del procedimento*, in *Il sole 24 ore - Guida al diritto*, 2002, 12, 36 s.

programmazione giornaliera e settimanale, alla trasmissione quotidiana di telegiornali o giornali radio, alla registrazione ed alla conservazione dei programmi trasmessi – (art. 20); la violazione della norma che limita la trasmissione di programmi in contemporanea da parte di concessionari privati per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito locale (art. 21).

Le sanzioni previste per questo gruppo di illeciti sono la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da un minimo di € 5.164 ad un massimo di € 51.645⁷⁸ e, nei casi più gravi, la sospensione dell'efficacia della concessione o dell'autorizzazione per un periodo da uno a dieci giorni.

In relazioni a tali violazioni, l'Autorità dispone i necessari accertamenti, contesta gli addebiti agli interessati e concede un termine – non superiore a 15 giorni – per formulare le proprie controdeduzioni. Trascorso il termine senza che siano state formulate giustificazioni adeguate, l'Autorità diffida gli interessati a cessare dal comportamento illegittimo entro un termine perentorio, sempre non superiore a quindici giorni: decorso inutilmente l'ulteriore termine concesso, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria, ovvero, nei casi più gravi, dispone la sospensione dell'efficacia della concessione o dell'autorizzazione. In caso di recidiva infrannuale, l'Autorità dispone la sospensione dell'efficacia della concessione o della autorizzazione da undici a trenta giorni e, nei casi più gravi, propone al Ministro la revoca della concessione o della autorizzazione.

Altri comportamenti illeciti, originariamente sanzionati dall'art. 31 con provvedimento del Ministro – tra i quali spiccano la mancata osservanza delle prescrizioni contenute nell'atto di concessione o autorizzazione, la violazione delle norme del regolamento di attuazione della legge, delle norme che regolano le caratteristiche tecniche degli impianti per la radiotrasmissione (art. 18), nonché delle disposizioni che impongono ai concessionari la trasmissione di comunicati di pubblica necessità ed emergenza (art. 10, comma 5) –, sono ora di competenza dell'Autorità che irroga, previo esperimento della sopra delineata procedura di diffida, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da € 1549 ad € 51.645 nonché, nei casi più gravi, la sospensione dell'efficacia della concessione o della autorizzazione per un periodo non superiore a 30 giorni. Anche in questo caso è previsto, nei più gravi casi di recidiva (senza alcuna specificazione temporale), un aggravamento della sospensione – da tre a dodici mesi – ovvero la revoca della concessione o della autorizzazione.

Diverso regime assiste altre ipotesi di illecito: in caso di violazione delle norme che regolano la trasmissione dei film vietati ai minori, in caso di trasmissione di un film senza che sia trascorso,

⁷⁷ V. par. precedente.

⁷⁸ Il compasso edittole originario era compreso tra dieci e cento milioni di vecchie lire; tuttavia, l'art. 3, comma 3, lettera b), numero 6), della legge n. 249/1997 ha ridotto di un decimo l'importo delle sanzioni, anche interdittive (in questo caso abbreviandone la durata), di cui all'art. 31 della legge n. 223/90. La norma, inserita (*rectius* nascosta) nel quadro delle direttive per l'adozione, da parte dell'Autorità, di un regolamento di attuazione relativo al rilascio delle concessioni radiotelevisive per le emittenti radiotelevisive locali e la radiodiffusione sonora nazionale, non contiene l'enunciazione di un principio cui attenersi nella attività regolamentare, ma costituisce una norma applicabile immediatamente e senza distinzioni: "In attesa che il Governo emani uno o più regolamenti nei confronti degli esercenti la radiodiffusione sonora e

dall'inizio della sua programmazione nelle sale cinematografiche, il periodo previsto dalla legge, ovvero in caso di trasmissione di messaggi cifrati o di carattere subliminale, di programmi che possano nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori, che contengono scene di violenza gratuita o pornografiche, che inducano ad atteggiamenti di intolleranza basati su differenze di razza sesso, religione o nazionalità, (art. 15, commi 8 – 15), ovvero ancora in caso di mancata, incompleta o tardiva trasmissione della rettifica prevista in favore di chi sia stato leso nei suoi interessi morali o materiali da trasmissioni contrarie a verità (art. 10, commi 2 – 4), l'Autorità applica direttamente la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da un minimo di € 5.164 ad un massimo di € 51.645, nonché, per i casi più gravi, l'eventuale sospensione dell'efficacia della concessione o della autorizzazione. In caso di recidiva infrannuale, l'Autorità dispone la sospensione dell'efficacia della concessione o della autorizzazione da undici a trenta giorni e, nei casi più gravi, propone al Ministro la revoca della concessione o della autorizzazione.

Nonostante l'espresso rinvio alle norme contenute nella legge n. 689/1981 sia riferito dall'art. 31 – in quanto non diversamente previsto – solo ad alcune ipotesi di illecito, deve ritenersi, in considerazione della medesima natura punitiva delle sanzioni – tanto pecuniarie quanto interdittive –, che le norme di carattere sostanziale e procedimentale contenute nella legge dell'81, siano applicabili in via generale a tutte le ipotesi sanzionate dall'art. 31⁷⁹.

7. Segue: gli illeciti amministrativi e le relative sanzioni previsti dalla legge istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 1, commi 30 e 31, l. 31 luglio 1997 n. 249).

La riforma del 1997 ha istituito nuovi ambiti di intervento sanzionatorio a tutela delle funzioni dell'Autorità di vigilanza per le garanzie nelle comunicazioni: a norma dell'art. 1, commi 30 e 31, della legge n. 249/1997, sono punite – con misure sottoposte, in ragione della comune natura punitiva, ai principi di carattere sostanziale di cui alla legge n. 689/1981 – l'omessa comunicazione di quanto richiesto dall'Autorità, l'inottemperanza agli ordini ed alle diffide da questa impartiti ai sensi della

televisiva in ambito locale, le sanzioni previste dall'articolo 31 della legge 6 agosto 1990, n. 223, sono ridotte ad un decimo”.

⁷⁹ In giurisprudenza, si veda il contrasto tra Cass. civ., 21 giugno 1999, n. 6244, in *Giust. civ.*, 2000, 393 ss., che ritiene necessaria, anche per le sanzioni previste dall'art. 31 della legge n. 223/1990, la contestazione della violazione ex art. 14 della legge n. 689/1981 in quanto non surrogabile dalla contestazione prevista dal medesimo art. 31, comma 1, e quanto affermato da Cass. civ., 28 dicembre 1998, n. 12848, in *Foro it.*, 1999, I, 515, che, invece, ritiene l'istituto di cui all'art. 14 della legge n. 689/1981 non applicabile alle sanzioni di cui trattasi. Il contrasto è stato recentemente composto da Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2001, n. 2625, in *Il sole 24 ore - Guida al diritto*, 2002, 12, 34 ss., che ha stabilito che “la speciale procedura sanzionatoria prevista dall'art. 31 della legge 223/1990 per gli illeciti amministrativi indicati nel primo comma della stessa norma, ha portata derogatoria della disciplina generale dell'illecito amministrativo per il profilo della contestazione di cui all'art. 14 della legge 689/1981”, sul presupposto che l'illecito sanzionato non sia l'inottemperanza della diffida, quanto il comportamento contrario al precetto legale, già oggetto della speciale contestazione di cui all'art. 31, comma 1, della legge n. 223/1990.

legge medesima, nonché l'inosservanza dei provvedimenti adottati in relazione alla violazione del divieto di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni.

L'Autorità irroga sanzioni amministrative pecuniarie da € 5.164 ad € 103.291 ai soggetti che non provvedono nei termini e nelle modalità prescritte a comunicare all'*authority* i dati, le notizie e i documenti richiesti (art. 1, comma 30). Per la mancata ottemperanza agli ordini e alle diffide (escluse, evidentemente, quelle emesse a norma dell'art. 31, l. n. 223/1990) emanati dall'Autorità, la sanzione amministrativa pecuniaria è articolata, invece, tra un minimo di € 10.329 ed un massimo di € 258.228.

In tema di violazioni del divieto di assunzione di posizioni dominanti, la legge n. 249/1997 attribuisce all'Autorità un complesso potere di intervento per molti tratti sovrapponibile a quello previsto dalla legge n. 241/1990.

Allorquando venga rilevata l'esistenza di una simile posizione, l'Autorità apre un'istruttoria nel rispetto *del principio del contraddittorio* e delle norme del regolamento in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni, regolamento adottato dalla Autorità, in forza del disposto dell'art. 2, comma 5 della legge n. 249/1997, con delibera n. 26 del 23 marzo 1999⁸⁰; al termine dell'istruttoria l'Autorità interviene affinché tale posizione venga sollecitamente rimossa: qualora accerti che il compimento di atti o di operazioni sia idoneo a determinare una posizione vietata, l'Autorità ne inibisce la prosecuzione ed ordina la rimozione degli effetti.

Per quanto qui rileva, è previsto che l'Autorità possa adottare tutti i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi di posizioni dominanti o, comunque, lesive del *pluralismo* (art. 2, comma 7). Questa attribuzione di poteri, tra i quali viene espressamente previsto quello di ordinare la dismissione di aziende o di rami di azienda, pone non poche perplessità a fronte della possibilità di adottare direttamente, per tale via, provvedimenti sanzionatori atipici ovvero criptosanzionatori: l'eventuale provvedimento di natura punitiva formalmente mascherato con l'esercizio di siffatto potere, si porrebbe in ogni caso al di fuori del vigente sistema di garanzie sostanziali, a partire dal principio di legalità nel suo corollario che predica la tassatività-determinatezza. Il complemento sanzionatorio al divieto di posizioni dominanti è, infatti, inserito all'art. 1, comma 31, della legge n. 249/1997, a norma del quale l'inottemperanza ai provvedimenti adottati dall'Autorità in relazione alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso prima della notificazione della contestazione⁸¹. Si tratta di una sanzione particolarmente grave, sia in considerazione del fatto che, anche in questo caso, il coefficiente non si applica all'utile, bensì

⁸⁰ Gazzetta Ufficiale della Repubblica, 24 maggio 1999, n. 119.

⁸¹ Valgono le medesime considerazioni svolte in merito alle diffide di cui all'art. 15 della legge n. 287/1990 (par. 2): è rilevante non già l'inottemperanza ai provvedimenti dell'Autorità adottati a norma dell'art. 2 della legge n. 223/1990, bensì la violazione del divieto di costituzione o mantenimento di una posizione dominante.

all'intero fatturato annuo, sia in considerazione del fatto che la sanzione è applicata ad ogni soggetto coinvolto nella posizione dominante.

Qualora la violazione rilevante a norma dei commi 29⁸², 30 e 31 (e, dunque, qualora la mendace, omessa o incompleta comunicazione ovvero qualora l'inottemperanza alla diffide ed agli ordini) sia particolarmente grave o reiterata, l'Autorità può disporre, nei confronti del titolare di licenza, autorizzazione o concessione, la sospensione dell'attività per un periodo non superiore a sei mesi, ovvero la revoca (art. 1, comma 32). La sanzione si pone in contrasto il principio di legalità: il canone di tassatività-determinatezza non consente di rimettere l'adozione di una misura sanzionatoria – oltretutto di tipo esiziale come una revoca – ad una decisione meramente discrezionale dell'Autorità.

8. Segue: gli illeciti amministrativi, e le relative sanzioni, previsti dal regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata (delibera n. 78 del 1 dicembre 1998). Critica.

Alle sanzioni amministrative di cui all'art. 1, commi 31 e 32, della legge n. 249/1997 di cui si è parlato nel precedente paragrafo, rinvia anche l'art. 15 del regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata adottato dall'Autorità, in forza dell'art. 3, commi 2 e 3, della legge n. 249/1997, con delibera n. 78 del 1 dicembre 1998⁸³.

La norma prevede che l'Autorità medesima, in caso di inosservanza delle norme previste dal regolamento medesimo, ivi inclusi gli impegni assunti con la domanda di concessione sulla base dei disciplinari previsti dall'art. 1, comma 6, lettera c), n. 6, della legge n. 249/1997, disponga gli opportuni accertamenti e contesti agli interessati gli addebiti, assegnando un *congruo* termine per presentare le proprie giustificazioni. Trascorso inutilmente tale termine o quando le giustificazioni addotte risultino inadeguate, l'Autorità diffida gli interessati a cessare dal comportamento inosservante entro un termine non superiore a quindici giorni. Qualora il comportamento persista oltre il termine indicato ovvero nel caso di inosservanza, anche parziale, della diffida, l'Autorità irroga – salvo che il fatto costituisca reato – una sanzione amministrativa pecuniaria da € 10.329 ad € 258.228 e, nei casi di reiterazione ovvero di particolare gravità, la sospensione dell'attività per un periodo non superiore a sei mesi, ovvero la revoca (art. 1, commi 31 e 32, l. n. 249/1997 cui l'art. 15 del regolamento rinvia *quoad poenam*).

Il regolamento suscita non poche perplessità, in ragione di fondati dubbi sulla conciliabilità della previsione delle sanzioni punitive in rassegna con il principio di legalità: infatti, l'art. 3 della legge n. 249/1997, in forza del quale il regolamento è stato adottato, nel fissare le norme di principio per l'adozione del regolamento, non ha conferito alla Autorità alcun potere punitivo.

⁸² V. *infra*, par. 11.

⁸³ Gazzetta Ufficiale della Repubblica, 10 dicembre 1998, n. 288.

Siffatto potere, inoltre, non trova fondamento né in altre disposizioni della legge n. 249/1997, né, tanto meno, nella legge n. 223/1990 che, come detto al par. 6, sanzionava direttamente la violazione delle prescrizioni del proprio regolamento attuativo (art. 31, l. n. 223/1990).

Neppure è possibile sostenere che l'inottemperanza alle diffide adottate in forza del regolamento troverebbe sanzione punitiva direttamente nell'art. 1, commi 31 e 32, della legge n. 249/1997, laddove è punita, in via generale, l'inottemperanza alle diffide dell'Autorità. E' chiaro infatti che le diffide cui si riferisce la legge sono diverse da quelle previste dal regolamento: mentre le prime (che la norma significativamente accomuna agli ordini dell'Autorità) s'inquadrano tra i provvedimenti impartiti dall'Autorità nell'esercizio della propria attività di regolazione – e, per tale ragione la legge ne sanziona direttamente l'inottemperanza –, le diffide di cui al regolamento non costituiscono provvedimenti autonomi, ma atti meramente endoprocedimentali. In altre parole, mentre a norma dell'art. 31 della legge è rilevante l'inosservanza di taluni *provvedimenti* della Autorità, diversamente accade per quanto attiene alle sanzioni previste dal regolamento, per cui rileva l'inosservanza delle *norme-principio* previste dal regolamento medesimo.

Il potere di sanzionare in via amministrativa le violazioni delle disposizioni contenute nel regolamento previsto dall'art. 3 della legge n. 249/1997 non risulta, pertanto, conferito all'Autorità da alcuna legge: la norma punitiva prevista nel regolamento si pone, dunque, in contrasto con il principio di legalità nel suo corollario della riserva di legge. Si noti che il peculiare rilievo e l'ampiezza della competenze normative attribuite all'Autorità – tanto in linea generale, quanto nello specifico ambito della regolamentazione del rilascio delle concessioni – non implica affatto un complementare potere di intervento sanzionatorio⁸⁴: non è infatti possibile sottrarre elusivamente all'osservanza rigorosa del principio di legalità – che si propone, già in Costituzione, quale *principio generale dell'ordinamento in materia punitiva*⁸⁵ – interi settori di intervento o, peggio, l'intera attività normativa delle a.a.i., usando magari a pretesto quella “necessaria” *strumentalità* dell'intervento sanzionatorio rispetto all'attività delle *authorities*, da più parti invocata per affermare la legittimità della compressione di garanzie sostanziali e procedimentali nell'intervento punitivo delle a.a.i.

9. Segue: il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni.

Alla luce della inequivoca natura punitiva delle sanzioni irrogate dall'Autorità esaminate nei paragrafi precedenti, le norme-principio di carattere sostanziale previste dalla legge n. 689/1981 trovano piena applicazione.

⁸⁴ N. BASSI, *op. cit.*, 339 ss.

⁸⁵ Si rinvia, al riguardo, a quanto rilevato nel primo paragrafo.

Il procedimento di applicazione delle sanzioni di competenza della Autorità è regolato, in tutte le ipotesi in cui le procedure sanzionatorie non siano diversamente disciplinate da specifiche norme di legge, dal regolamento dell'Autorità adottato con la delibera 425/01/CONS del 7 novembre 2001⁸⁶, che riproduce, quasi integralmente, l'impianto di garanzia procedimentale dalla legge di depenalizzazione.

Il regolamento prevede, infatti, che l'Autorità proceda d'ufficio "ove nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali venga a conoscenza di infrazioni" ovvero su denuncia. L'organo procedente – ossia il direttore del dipartimento garanzie e contenzioso – preliminarmente procede all'accertamento formale dei fatti, previo eventuale esperimento di attività istruttoria nel corso della quale possono essere disposte perizie ed essere formulate richieste di informazioni e documenti utili.

Non è prevista l'immediata contestazione dell'accertamento della violazione, ma l'atto di contestazione, con il quale il soggetto interessato viene a conoscenza dell'apertura del procedimento sanzionatorio, deve comunque essere notificato al trasgressore entro novanta giorni dall'accertamento formale dei fatti. L'atto contiene una sommaria esposizione dei fatti, la violazione riscontrata, l'indicazione del responsabile del procedimento e dell'ufficio ove è possibile prendere visione degli atti, il termine entro cui gli interessati possono esercitare i diritti di partecipazione al procedimento, ovvero effettuare il pagamento in misura ridotta ai sensi dell'art. 16 della legge n. 689/1981, ove applicabile. L'atto di contestazione deve altresì contenere l'indicazione del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, che non può essere superiore a centoventi giorni, decorrenti dalla notifica dell'atto di contestazione e prorogabile per ulteriori sessanta giorni, nel caso in cui sia necessario acquisire ulteriori informazioni.

I soggetti nei cui confronti si procede, entro trenta giorni dalla notifica della contestazione, possono presentare memorie, perizie ed altri scritti difensivi, nonché chiedere di essere sentiti dal responsabile del procedimento sui fatti oggetto della contestazione.

Decorso tale termine, gli atti vengono trasmessi all'organo collegiale dell'Autorità che irroga l'eventuale sanzione con atto adeguatamente motivato che deve contenere l'espressa indicazione del termine per ricorrere avverso il provvedimento e dell'autorità giurisdizionale a cui è possibile proporre ricorso; in caso di violazione punita con sanzione pecuniaria, il regolamento rinvia espressamente, per la determinazione dell'entità della somma dovuta, ai criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689/1981.

I ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità, ivi compresi quelli sanzionatori, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la competenza di primo grado è attribuita, in via esclusiva ed inderogabile al T.A.R. del Lazio (art. 1, comma 26, l. n. 249/1997).

⁸⁶ Gazzetta Ufficiale della Repubblica, 19 dicembre 2001, n. 294.

10. *Segue: la disciplina sanzionatoria della legge per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica (art. 10, l. 22 febbraio 2000, n. 28).*

La cosiddetta anomalia italiana, che vede come *leader* di uno dei due maggiori schieramenti politici il più importante editore nazionale, non può non trovare la propria massima espressione nella (regolamentazione della) propaganda elettorale. In questo nevralgico ambito della comunicazione, di per sé fisiologicamente teatro di tensioni politiche, si inserisce la assai criticata legge n. 28/2000, che ha portato riforma alla legge n. 513/93, comunemente (quanto erroneamente)⁸⁷ definita *par condicio*. L'apparato sanzionatorio è contemplato dall'art. 10, a norma del quale le violazioni delle disposizioni di legge, nonché di quelle emanate dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi e dall'Autorità, sono perseguite *d'ufficio*⁸⁸ da quest'ultima.

Quando acquisisca notizia di una violazione, l'Autorità, in espressa deroga ai termini e alle modalità procedurali previste dalla legge n. 689/1981⁸⁹, procede ad una istruttoria sommaria e, contestati i fatti, anche a mezzo telefax, sentiti gli interessati ed acquisite eventuali controdeduzioni, da trasmettere entro ventiquattro ore dalla contestazione, provvede senza indugio, e comunque entro le quarantotto ore successive, all'accertamento della violazione o alla denuncia.

In caso di violazioni delle norme sulla partecipazione e sulla presenza equilibrata delle forze politiche, l'Autorità può ordinare alle emittenti radiotelevisive: la trasmissione di programmi di comunicazione politica con prevalente partecipazione dei soggetti politici che siano stati direttamente danneggiati dalle violazioni; l'immediata sospensione delle trasmissioni programmate in violazione della legge, nonché la messa a disposizione di spazi, a titolo gratuito o a pagamento, per la trasmissione di messaggi politici autogestiti in favore dei soggetti danneggiati o illegittimamente esclusi, in modo da *ripristinare* l'equilibrio tra le forze politiche; il *ripristino* dell'equilibrio tra gli spazi destinati ai messaggi e quelli destinati alla comunicazione politica gratuita; la messa a disposizione di spazi di pubblicità elettorale *compensativa* in favore dei soggetti politici che ne siano stati illegittimamente esclusi.

In caso di violazione delle norme sulla diffusione dei sondaggi, l'Autorità ordina all'emittente o all'editore interessato di dichiarare l'avvenuta violazione sul mezzo di comunicazione che ha

⁸⁷ G. BARNESCHI, *op. cit.*, 462, cui si rinvia anche per una rassegna dei più notevoli interventi giurisprudenziali relativi alle sanzioni previste dalla legge n. 513/1993.

⁸⁸ La proclamata procedibilità *d'ufficio* delle violazioni della legge n. 28/2000, non solo segnala l'esistenza di un preciso dovere di iniziativa in capo alla Autorità, ma vincola l'esercizio del potere sanzionatorio al rigoroso rispetto del principio della obbligatorietà (*alias ufficialità*) procedimentale in un settore particolarmente esposto ad indebite sollecitazioni quale quello della regolamentazione dell'accesso ai *media* da parte dei protagonisti delle competizioni elettorali. Per un primo approccio al tema della discrezionalità dell'*an* dell'esercizio del potere sanzionatorio, si rinvia a C.E. PALIERO - A. TRAVI, *op. cit.*, 141 ss.

illegittimamente diffuso il sondaggio con il medesimo rilievo, per fascia oraria, collocazione e caratteristiche editoriali, con cui i sondaggi stessi sono stati pubblicizzati.

Significativo è il potere dell'Autorità di ordinare, in ogni caso, ed in aggiunta a quanto sopra, la trasmissione o la pubblicazione, anche ripetuta a seconda della gravità, di messaggi recanti l'indicazione della violazione commessa e, ove necessario, la trasmissione o la pubblicazione di rettifiche alle quali deve essere dato un risalto non inferiore – per fascia oraria, collocazione e caratteristiche editoriali – a quello dato alla comunicazione da rettificare.

L'Autorità può, infine, adottare anche ulteriori provvedimenti d'urgenza al fine di *ripristinare* l'equilibrio nell'accesso alla comunicazione politica.

Le misure di cui trattasi sono tendenzialmente inquadrabili nel novero dei rimedi a carattere ripristinatorio, essendo semmai del tutto fattuale l'eventuale risultato punitivo.

I provvedimenti adottati dall'Autorità in forza della disposizione in rassegna possono essere impugnati dinanzi al T.A.R. del Lazio entro trenta giorni dalla loro comunicazione agli interessati.

Del tutto singolare nel sistema delle a.a.i. – e affatto significativa dello scetticismo con cui la legge è stata licenziata – è, infine, la previsione della possibilità per i soggetti interessati, nel caso di inerzia dell'Autorità, di chiedere al TAR del Lazio, anche in sede cautelare, la condanna dell'Autorità stessa a provvedere entro tre giorni dalla pronuncia.

11. Segue: il reato di false comunicazioni all'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni (art. 1, comma 29, l. 31 luglio 1997 n. 249) ed il reato del reato di false comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61).

Sino alla riforma dei reati societari (d. lgs. n. 61/2002), l'art. 1, comma 29, della legge n. 249/1997 puniva, con le pene già previste dall'art. 2621 c.c. per il reato di false comunicazioni sociali, i soggetti che, nelle comunicazioni *richieste* dall'Autorità, avessero esposto dati contabili o fatti concernenti l'esercizio della propria attività non rispondenti al vero.

Il decreto di riforma dei reati societari ha introdotto la più volte citata nuova fattispecie di cui all'art. 2638 c.c. (riportata per esteso nel primo paragrafo) e ha abrogato espressamente alcune ipotesi di reato previste a tutela delle funzioni delle autorità di vigilanza preposte al settore bancario e di quello dell'intermediazione finanziaria (art. 8, d. lgs. n. 61/2002), omettendo però ogni espresso riferimento alla norma incriminatrice di cui all'art. 1, comma 29. Ciò, tuttavia, non esclude che la riforma dell'art. 2638 c.c. abbia, comunque, interessato anche la fattispecie in esame.

⁸⁹ Nonché delle norme di cui al regolamento adottato con la delibera dell'Autorità 425/01/CONS del 7 novembre 2001.

L'esistenza di un concorso tra le fattispecie incriminatrici (concorso apparente, in quanto le due norme – per quanto diversamente configurate – regolano la medesima materia⁹⁰) potrebbe forse conseguire alla considerazione del tenore letterale dell'art. 8 del decreto legislativo n. 61/2002 (*ubi lex dixit voluit, ubi non dixit noluit*): non essendo stato espressamente abrogato, l'art. 1, comma 29, della legge n. 249/1997 troverebbe, quale norma speciale, applicazione derogatoria rispetto alla fattispecie introdotta in via generale dal decreto legislativo n. 61/2002 (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*).

La tesi, tuttavia, non convince, anche in considerazione della limitata attendibilità dei canoni interpretativi su cui poggia. Maggiore forza persuasiva assiste la lettura, in prospettiva sistematico e storica, del novellato art. 2638 c.c. che esclude la (co)esistenza delle due norme. L'introduzione nell'ordinamento di un unico reato a tutela delle funzioni delle autorità di vigilanza, la sua collocazione nel codice civile e la contestuale abrogazione della maggior parte delle omologhe fattispecie incriminatrici presenti negli ordinamenti di settore, sono indici da cui si desume che il legislatore non ha solo istituito il nuovo presidio penalistico, ma ha inteso riordinare complessivamente il sistema di tutela penale delle funzioni delle *authorities*. Questo disegno di riforma trova piena conferma nella legge delega e nei lavori preparatori⁹¹, e conduce, quindi, a ritenere che il decreto legislativo n. 61/2002 abbia implicitamente abrogato la fattispecie criminosa prevista dall'art. 1, comma 29, della legge n. 249/1997, per nuova regolamentazione dell'intera materia⁹².

12. Segue: a) profili di diritto intertemporale.

⁹⁰ Le norme non solo sanzionano il medesimo comportamento tipico, ma tutelano lo stesso “bene” giuridico, che deve essere individuato nella funzione di vigilanza dell'Autorità: nel nuovo reato di cui all'art. 2638 c.c., l'interesse tutelato si ricava, per la fattispecie di cui al primo comma, dal requisito esterno del dolo specifico di ostacolo alle funzioni di vigilanza e, per la fattispecie di cui al capoverso, dalla condotta tipica di ostacolo alle funzioni medesime; nella norma di cui all'art. 1, comma 29, della legge n. 249/1997, è la limitazione della rilevanza penale al falso esposto nelle sole comunicazioni *richieste* dalla Autorità ad indicare come ad essere direttamente tutelata non sia la trasparenza societaria, quanto piuttosto la correttezza dei rapporti con l'Autorità e, dunque, l'attività di vigilanza e controllo dell'Autorità medesima (vedi, *amplius, infra* par. 26).

⁹¹ La legge delega e la relazione ministeriale al decreto legislativo, infatti, depongono univocamente in tal senso: a norma dell'art. 11, comma 1, lett. b), della legge 3 ottobre 2001, n. 366, il Governo era stato delegato ad “*armonizzare e coordinare* le ipotesi sanzionatorie riguardanti falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo allo svolgimento delle relative funzioni e omesse comunicazioni alle autorità medesime da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, enti o soggetti sottoposti per legge alla vigilanza di tali autorità, anche *mediante la formulazione di fattispecie a carattere generale*” (corsivo nostro).

Ancora più significativa è la relazione ministeriale che così esplicita le ragioni del legislatore delegato: “nel rispetto della previsione di cui alla lett. b), prima parte, della legge delega si è ritenuto di costruire una *fattispecie a carattere generale alla quale poter ricondurre le diverse figure previste al di fuori del codice, garantendo così l'uniformità sanzionatoria*” (corsivo nostro).

⁹² L'esclusione dell'art. 1, comma 29, della legge n. 249/1997 dalle norme espressamente abrogate dall'art. 8 del decreto legislativo n. 61/2002 trova, con ogni probabilità, la propria spiegazione nella urgenza con cui il Governo ha licenziato la riforma dei reati societari.

L'introduzione del reato di cui all'art. 2638 c.c., ha comportato, come si è appena esposto, una implicita abrogazione della fattispecie prevista dall'art. 1, comma 29, della legge n. 249/1997. Le due norme – anche in considerazione dell'indefinita ampiezza della fattispecie contemplata al capoverso dell'art. 2638 c.c. – non differiscono tanto significativamente da indurre a ritenere che vi sia disomogeneità strutturale o incompatibilità tra le due fattispecie e, dunque, una abolizione integrale del tipo di illecito. La presenza di elementi che specificano la cerchia dei possibili soggetti attivi e selezionano le condotte punite ai sensi del novellato art. 2638 c.c., sia riguardo all'elemento soggettivo (dolo specifico per quanto attiene il delitto di cui al primo comma e dolo diretto per quanto attiene all'ipotesi di cui al capoverso), sia riguardo al tipo di comunicazioni rilevanti (comunicazioni *previste in base alla legge*), pur comportando abolizione parziale di tutte le sottofattispecie non rilevanti secondo la nuova normativa, non consente di ritenere che il fatto tipico e l'orientamento lesivo delle due incriminazioni siano divergenti.

Per le sottofattispecie che permangono penalmente rilevanti vi è successione di norme penali. Fermo il limite del giudicato, trovano applicazione, a norma dell'art. 2, comma 3, c.p., le disposizioni di cui all'art. 2638, c.c., disposizione più favorevole al reo, *in primis*, sotto il profilo dell'entità delle pene comminate.

13. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale.

L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici⁹³, istituita con legge 11 febbraio 1994, n. 109 dopo non poche vicissitudini legislative, ha assunto il suo assetto attuale a seguito dell'approvazione della legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Legge Merloni *ter*). Nonostante l'intervento di riforma, l'Autorità mantiene, a tutt'oggi, tratti che, in parte, la differenziano dalle altre *authorities*. Il riferimento è, evidentemente, alle limitate funzioni attribuite all'Autorità – cui, come noto, non è stato conferito un compito generale di governo del settore, ma più contenuti poteri di vigilanza – funzioni che, per quanto qui rileva, si riflettono direttamente sulle stesse potestà sanzionatorie: le sanzioni irrogabili dall'Autorità sono, infatti, generalmente preordinate alla tutela delle proprie funzioni di vigilanza e segnalazione.

Il riferimento normativo è costituito dall'art. 4 – in particolare dai commi 4, lettera h), 7 e 17 – e dall'art. 10, comma 1 *quater*. Le norme attribuiscono alla Autorità il potere di irrogare “sanzioni

⁹³ S. GATTAMELATA, *L'autorità sui lavori pubblici: il suo difficile inserimento nella famiglia delle amministrazioni indipendenti*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 57 ss.; R. CARANTA, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999, *sub artt.* 4 e 5, 167 ss.; A. CARULLO, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici* a cura di A. CARULLO e A. CLARIZIA, Padova, 2000, *sub artt.* 4 e 5, 197 ss.; V. PARISIO, *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici alla ricerca di identità: cenni*, in *Riv. giur. edil.*, 2001, 96 ss.

amministrative del pagamento di una somma”, ossia sanzioni amministrative pecuniarie tipiche, regolate dalle norme-principio di cui alla legge n. 689/1981.

Gli illeciti sanzionati dall’art. 4, comma 7, sono il rifiuto o l’omissione di fornire i documenti, le informazioni e i chiarimenti richiesti dall’Autorità, nonché la comunicazione di dati falsi o la produzione di documenti non veritieri. La commisurazione della sanzione in proporzione all’importo contrattuale dei lavori cui le violazioni si riferiscono (e, dunque, alla gravità della lesione dell’interesse protetto) e la previsione di un limite massimo (€ 25.822 per il rifiuto o l’omissione ed € 51.645 per la falsità) confermano la natura punitiva della misura. Le norme derogano agli artt. 8 e 9 della legge n. 689/1981, facendo espressamente salve le diverse sanzioni (non solo penali)⁹⁴ previste dalle norme vigenti⁹⁵.

La disposizione in parola non distingue, né chiarisce quale sia il novero dei soggetti attivi dell’illecito e quindi dei “destinatari” della sanzione. I soggetti attivi dell’illecito sono individuati mediante un rinvio ad altra disposizione della legge (art. 4, comma 6) che fa riferimento generico alle amministrazioni aggiudicatrici, agli altri enti aggiudicatori o realizzatori, nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, impresa o persona. Non è così consentito di affermare senza dubbio, ma neppure di escludere, che delle sanzioni in rassegna possano essere ritenuti responsabili anche soggetti diversi da persone fisiche⁹⁶.

L’art. 10, comma 1 *quater*, prevede l’applicazione da parte dell’Autorità dei “*provvedimenti di cui all’articolo 4, comma 7*” – cioè delle sanzioni amministrative pecuniarie concernenti il rifiuto o l’omissione di fornire i documenti, le informazioni ed i chiarimenti richiesti dall’Autorità, nonché la comunicazione di dati falsi o la produzione di documenti non veritieri - in caso di mancata (dimostrazione circa la) titolarità dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti per la partecipazione e per l’aggiudicazione delle gare. Ad essere illecita e sanzionata è non già l’incapacità a documentare l’effettivo possesso dei requisiti, bensì la partecipazione alla gara in difetto dei requisiti medesimi: la natura della sanzione rimane punitiva, con una ispirazione generalpreventiva più marcata rispetto a quelle previste dall’art. 4 comma 7.

⁹⁴ Le pene previste dall’art. 2638 c.c., come modificato dal decreto legislativo n. 61/2002 – che trova applicazione anche nei rapporti con l’Autorità di cui trattasi – possono, pertanto, concorrere con le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall’art. 4, comma 7, della legge n. 109/1994.

⁹⁵ A tal proposito la disposizione di coordinamento di cui all’art. 4, comma 9, prevede che, qualora nel corso della attività di controllo accerti l’esistenza di irregolarità, l’Autorità trasmetta gli atti ed i propri rilievi agli organi di controllo nonché, qualora vengano riscontrate delle irregolarità di rilevanza penale, alla autorità giudiziaria competente. Allo stesso modo, qualora l’Autorità accerti che dalla realizzazione dei lavori pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla Procura Generale della Corte dei conti.

⁹⁶ In dottrina R. CARANTA, *op. cit.*, 191, ritiene che, secondo il principio generale della personalità della responsabilità” (che, tuttavia, è da ritenersi ormai definitivamente superato come si è detto nel par. 1), le sanzioni sarebbero applicabili alle sole persone fisiche (eventualmente facendo ricorso alla figura del legale rappresentante o del responsabile del procedimento) che materialmente hanno commesso il fatto ovvero sono incorsi nella omissione. Per le persone giuridiche, tanto pubbliche quanto private, residuerebbe, secondo l’A., la sola responsabilità solidale prevista dall’art. 6 della legge n. 689/1981.

La legge prevede che, avverso i provvedimenti con cui l'Autorità irroga le sanzioni previste per il rifiuto o l'omissione di fornire i documenti, le informazioni ed i chiarimenti richiesti dall'Autorità, nonché per la comunicazione di dati falsi o la produzione di documenti non veritieri (art. 4, comma 7) e le sanzioni per la mancata (dimostrazione circa la) titolarità dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti per la partecipazione e per l'aggiudicazione delle gare (art. 10, comma 1 *quater*), sia ammesso ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, ricorso da proporsi entro il termine abbreviato di trenta giorni dalla data di ricezione dei provvedimenti medesimi.

L'art. 4, comma 17 punisce l'omissione, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e gli altri enti aggiudicatori o realizzatori, dei gravosissimi obblighi di comunicazione all'Osservatorio dei lavori pubblici, previsti dalla medesima disposizione di legge, con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma fino ad € 25.822, sanzione elevabile, per la comunicazione di dati non veritieri, fino ad € 51.645. La norma, a differenza di quella di cui al precedente comma 7 – al cui contenuto, pure, molto si avvicina –, non contiene richiami al parametro di proporzionalità, né prevede alcun regime particolare di impugnazione del provvedimento della Autorità. Deve, tuttavia, ritenersi che, nonostante la discutibile tecnica legislativa, anche queste sanzioni vadano commisurate all'importo contrattuale dei lavori cui le violazioni si riferiscono e siano impugnabili, nel termine abbreviato di trenta giorni, dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (art. 4, comma 7)⁹⁷.

La procedura applicativa delle misure è disciplinata, in via generale, dall'art. 6 del regolamento emanato – in forza dell'art. 3 della legge n. 109/1994 – con D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. La norma prevede che l'Autorità provveda alla contestazione degli illeciti amministrativi previsti dalla legge, concedendo un termine non inferiore a venti giorni per la presentazione di eventuali “giustificazioni scritte”. Decorso il termine, l'Autorità valuta gli scritti difensivi eventualmente ricevuti e delibera nel merito⁹⁸. Non è, però, prevista la contestazione immediata degli addebiti, non vi è alcuna indicazione circa le forme ed il termine da rispettare nel procedere alla contestazione, né viene concessa agli interessati la facoltà di chiedere all'Autorità l'audizione personale. Tuttavia, pur in assenza di un specifico rinvio, le norme di garanzia procedurale di cui alla legge n. 689/1981 esercitano la propria *vis* espansiva anche in relazione alle sanzioni previste dalla legge n. 109/1994, in ragione della natura punitiva delle misure irrogabili dall'Autorità. Non pare che al riguardo sia ostativo il menzionato art. 3 della legge n. 109/1994.

⁹⁷ A norma dell'art. 6 del regolamento di cui al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, tutti i provvedimenti di irrogazione delle sanzioni sono “impugnabili avanti al giudice amministrativo nei modi e nei termini di legge”.

⁹⁸ Degno di notazione è il potere di iniziativa disciplinare riconosciuto alla Autorità a norma dell'art. 4, comma 8, nel caso in cui i soggetti tenuti a fornire gli elementi di cui al comma 6 appartengano alle pubbliche amministrazioni. Qualora vi sia violazione degli obblighi di informazione, la legge prevede che vengano applicate le sanzioni disciplinari previste dall'ordinamento per gli impiegati dello Stato: in tali casi, l'Autorità è tenuta ad informare i soggetti competenti per l'applicazione delle sanzioni disciplinari i quali, a loro volta, sono tenuti a comunicare all'Autorità l'esito del procedimento.

14. *La legge 31 dicembre 1996, n. 675 istitutiva del Garante per la protezione dei dati personali.*

La legge 31 dicembre 1996, n. 675⁹⁹ ha introdotto in un ordinamento, quale quello italiano, che, sino alla metà degli anni 70, ancora stentava a riconoscere l'esistenza di un diritto alla riservatezza¹⁰⁰, una complessa struttura normativa rivolta a garantire i diritti e le libertà fondamentali delle persone rispetto al trattamento dei dati di carattere personale, ponendo a cardine dell'intero sistema il "Garante per la tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali" istituito a norma dell'art. 30 della legge.

Il complemento sanzionatorio¹⁰¹ venne ispirato a criteri di grande severità, con privilegio, nell'originario articolato della legge, per la sanzione penale rispetto a quella amministrativa anche in relazione a violazioni di carattere procedurale se non addirittura formale. Oggetto di tutela, prima ancora di riservatezza ed identità personale, erano le funzioni del Garante¹⁰². I successivi interventi di riforma della legge, culminati nel decreto legislativo 28 dicembre 2001, n. 467 hanno mutato il quadro sanzionatorio, depenalizzando alcune fattispecie incriminatrici e prevedendo l'estinzione del reato di omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei dati (art. 36) attraverso il procedimento di regolarizzazione della violazione accertata, già menzionato nella primo paragrafo del presente lavoro.

Nonostante gli interventi correttivi, permane una diffusa penalizzazione delle violazioni (della legge n. 675/1996) attinenti alla attività del Garante: sono infatti considerati delitti – per i quali l'art. 38 prevede la pena accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna – il trattamento, la divulgazione e la pubblicazione illecita di dati personali (art. 35), l'omessa adozione di misure

⁹⁹ Per un primo orientamento ed ulteriori riferimenti bibliografici si veda, tra la notevole messe di contributi, P. BILANCIA e M. ORLANDO, *Le sanzioni amministrative del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Amm. it.*, 2000, 1012 ss.; E. BANI, in *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996, n. 675: Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali* a cura di C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, sub art. 39, 750 ss.; S. DEL CORSO, in *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996, n. 675: Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali* a cura di C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI, cit., sub artt. 34 – 38, 729 ss.; G. BUSIA, *La notifica al Garante diventa obbligatoria solo se la riservatezza corre rischi concreti*, in *Il sole 24 ore - Guida al diritto*, 2002, 5, 34 ss.; P. VENEZIANI, *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali*, in questa rivista, 1997, 135 ss.; R. BLAIOTTA, *Le fattispecie penali introdotte dalla legge sulla privacy*, in *Cass. pen.*, 1999, 1642 ss.; ID, *Le modifiche alle fattispecie penali previste dalla legge sulla protezione dei dati personali*, *ivi*, 2002, 2955 ss.

¹⁰⁰ V. per tutti P. PATRONO, *Privacy e vita privata*, voce *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, *passim*. Per un quadro riassuntivo recente v., volendo, S. ZANCANI, *La nozione di strumenti di ripresa visiva e sonora nel reato di interferenze illecite nella vita privata*, in *Indice pen.*, 2001, 1401 ss.

¹⁰¹ La direttiva comunitaria 95/46/CE del 24 ottobre 1995, cui la legge n. 675/1996 porta attuazione, impone, con insolita precisione, che Stati membri adottino "le misure appropriate per garantire la piena applicazione delle disposizioni della presente direttiva e in particolare stabiliscono le *sanzioni* da applicare in caso di violazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva".

¹⁰² Cfr. P. VENEZIANI, *op. cit.*, 137 ss.

necessarie alla sicurezza dei dati (art. 35), l'inosservanza di taluni provvedimenti dal Garante (art. 37), nonché la falsità nelle dichiarazioni e nelle notificazioni al Garante (art. 37 *bis*).

15. *Segue: i reati di “ostacolo alle funzioni del Garante” previsti dagli artt. 37 e 37 bis, l. n. 675/1996 ed i reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61).*

Il quadro sanzionatorio delineato dalla riforma del 2001 è stato, tuttavia, nuovamente modificato con l'introduzione, all'art. 2638 del codice civile, del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (d. lgs. n. 61/2002).

Alla luce del precipitato innovativo della novella del 2002 che – come si è già avuto modo di osservare nel paragrafo 11 – non può ritenersi limitato all'abrogazione espressa delle norme indicate all'art. 8 del decreto legislativo n. 61/2002, mette conto di valutare se la riforma del 2002 abbia interessato anche talune delle fattispecie incriminatrici previste dalla legge n. 675/1996. La verifica deve necessariamente essere ispirata ad estremo rigore: gli effetti abrogativi possono essere estesi solo a quelle fattispecie previste nella legislazione speciale che siano omologhe, per struttura ed orientamento lesivo¹⁰³, a quella prevista dall'art. 2638 c.c.

Riguardo alle fattispecie di reato previste dalla legge n. 675/1996, le funzioni del Garante rilevano per gli artt. 37 e 37 *bis*. La prima ipotesi delittuosa sanziona l'inosservanza del provvedimento con il quale il Garante autorizza il trattamento dei dati sensibili, l'inosservanza delle decisioni adottate dal Garante nell'ambito della procedura di tutela dei diritti degli interessati disciplinata dall'art. 29, nonché l'inosservanza dei divieti e degli ordini di interruzione dei trattamenti disposti dal Garante: la norma, dunque, non punisce il trattamento dei dati in violazione delle prescrizioni, delle decisioni o delle misure inibitorie del Garante, bensì la mera inottemperanza al provvedimento dell'*authority*. L'interesse immediatamente tutelato dal reato deve, dunque, essere individuato nel corretto ed efficace svolgimento delle funzioni di vigilanza e di regolazione assegnate al Garante: l'interesse ad un corretto trattamento dei dati personali è tutelato solo in via del tutto eventuale ed indiretta.

L'art. 37 *bis* sanziona, salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mendacio in determinate notificazioni (quelle previste dagli artt. 7, 16, comma 1, e 28 della l. n. 675/1996), la produzione di atti o documenti falsi, nonché le false dichiarazioni ovvero attestazioni in atti, documenti e dichiarazioni resi ovvero esibiti nel corso di un procedimento dinanzi al Garante ovvero nel corso di accertamenti. In questa ipotesi le funzioni del Garante sono tutelate solo indirettamente: l'interesse immediatamente tutelato, ricavabile dall'analisi delle pur eterogenee condotte sanzionate, deve essere individuato nella

¹⁰³ V. *amplius* par. 26.

trasparenza informativa, vero e proprio cardine dell'intero sistema di tutela (pure mediata) dei diritti alla riservatezza ed alla identità personale ordito dalla legge n. 675/1996.

Soltanto in relazione al reato di cui all'art. 37 della legge n. 675/1996, vi è corrispondenza con l'oggetto giuridico del reato di cui all'art. 2638 c.c., cioè l'interesse alla tutela delle funzioni dell'autorità-Garante ricavabile, per la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 2638 c.c., dal peculiare dolo specifico di ostacolo alle funzioni di vigilanza¹⁰⁴ e, per la fattispecie di cui al capoverso, dalla condotta tipica di ostacolo alle funzioni medesime. Il reato previsto dall'art. 37 *bis* non contiene alcun elemento da cui desumere questo interesse.

Non solo. La fattispecie generale prevista dal codice civile punisce l'ostacolo alle funzioni delle a.a.i. solo quando sia riconducibile a *rapporti tra autorità pubbliche di vigilanza e soggetti sottoposti per legge alle autorità medesime, ovvero tenuti ad obblighi nei loro confronti*. Il rigore cui si è fatto cenno porta ad escludere che vi sia stata abrogazione implicita di quelle norme penali previste nella legislazione speciale che sanzionano (anche) condotte ostruzionistiche relative a rapporti con le *authorities* diversi da quelli rilevanti *ex art. 2638 c.c.* Solo i fatti tipici sanzionati dall'art. 37 possono essere inquadrati in quel rapporto di sottoposizione all'attività di vigilanza del Garante oggi disciplinato, ai fini della tutela penale delle funzioni dell'*authority*, dall'art. 2638 c.c.¹⁰⁵

L'art. 37 *bis* sanziona, invece, (anche) talune condotte – come la produzione da parte del soggetto interessato al trattamento, nel corso di un procedimento dinanzi al Garante, di atti o documenti falsi – che non possono essere collocate nel quadro di rapporti rilevanti a norma dell'art. 2638 c.c.

Si deve pertanto concludere che solo la materia penale disciplinata dalla norma di cui all'art. 37 della legge n. 675/1996 sia stata oggetto di nuova regolamentazione ad opera del capoverso dell'art. 2638 c.c., e, dunque, che solo in relazione a tale norma vi sia stata abrogazione implicita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi.

Le questioni poste dall'eventuale convergenza della norma generale e della norma di cui all'art. 37 *bis* sulle medesime condotte – si pensi, in particolare, al falso nelle notificazioni commesso con l'intenzione di ostacolare l'esercizio delle funzioni del Garante – devono, pertanto, essere risolte secondo i canoni che regolano il concorso di norme, tenendo conto che l'art. 37 *bis* della legge n. 675/1997 – che contiene la clausola di riserva *salvo che il fatto costituisca più grave reato* – ha

¹⁰⁴ V. S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA e G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2^a ed., Bologna, 2000, 544; l'A., con riferimento all'art. 171, comma 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 – da cui l'art. 2638 c.c., comma 1, mutua la propria struttura a dolo specifico –, osserva come sia necessario “procedere ad una valorizzazione dell'elemento psicologico costituito dal dolo specifico di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza. Tale finalità non va infatti intesa come mera proiezione teleologica della volontà, incapace di riflettersi sulla oggettività della condotta e quindi improduttiva di effetti sul piano applicativo ... il dolo specifico deve compenetrarsi nel fatto conferendogli materialità e spessore”.

¹⁰⁵ Tutti i provvedimenti la cui inosservanza rileva ai fini dell'art. 37 della legge n. 675/1996 sono, infatti, indirizzati a soggetti che procedono al trattamento di dati personali che, come tali, sono sottoposti alla vigilanza del Garante ovvero sono tenuti a precisi obblighi nei confronti dello stesso.

carattere sussidiario per cui trova applicazione la sola norma di cui all'art. 2638 c.c., che commina pene più gravi, tanto nel minimo quanto nel massimo edittale.

16. Segue: a) profili di diritto intertemporale.

Per quanto attiene alle questioni di diritto intertemporale, le differenze tra la nuova fattispecie e la fattispecie abrogata discendono dalla specificazione della cerchia dei possibili soggetti attivi e dal passaggio da un reato di mera condotta (art. 37, l. n. 675/1996) ad un reato “di risultato” ricostruibile solo formalmente in termini di evento (art. 2638, comma 2, c.c.). Per quanto attiene all'elemento soggettivo, la norma introdotta dal decreto legislativo n. 61/2002 ha ristretto l'ambito di rilevanza alle sole condotte commesse con la consapevolezza (e, dunque, con dolo diretto) di recare ostacolo alla attività del Garante.

Anche in questo caso si deve ritenere che la *abolitio criminis* sia limitata alle condotte già punite a norma dell'art. 37 della legge n. 675/1996 e non più rilevanti a norma del pur onnicomprensivo art. 2638, comma 2, c.c.

L'espressa individuazione dei possibili soggetti attivi e la restrizione del coefficiente soggettivo rilevante rappresentano elementi tali da ridurre, ma non alterare significativamente l'area del penalmente rilevante.

Quanto all'elemento oggettivo, si noti che nel secondo comma dell'art. 2638 c.c., non è specificato il novero delle *funzioni* dell'*authority* che possono essere oggetto dell'eventuale condotta ostativa (a differenza che nella fattispecie prevista dal primo comma, laddove rilevano le sole funzioni di vigilanza): il riferimento alle *autorità di vigilanza* vale a specificare quali siano gli enti-soggetti passivi del reato, non ad escludere la rilevanza dell'ostacolo ad una funzione diversa da quella di vigilanza – ammesso che sia possibile operare una sicura distinzione tra le diverse funzioni dell'autorità.

Il precetto della norma di cui al capoverso dell'art. 2638 c.c., imperniato sull'inafferrabile concetto di ostacolo a (tutte) le funzioni dell'autorità, risulta privo di determinatezza e finisce, in mancanza di qualsivoglia elemento tipicizzante, con ricomprendere la stessa inottemperanza ai provvedimenti adottati dall'*authority*, laddove – come nello specifico dei provvedimenti rilevanti a norma dell'art. 37 della legge n. 675/1996 – l'inottemperanza medesima possa essere considerata disfunzionale rispetto all'attività dell'*authority* medesima.

Per quanto attiene alle condotte penalmente rilevanti tanto a norma dell'art. 37 della legge n. 675/1996 quanto a norma del capoverso dell'art. 2638 c.c., vi è successione di norme penali. Per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 61/2002 continua a trovare applicazione la fattispecie più risalente: la fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., comma 2, è disposizione

meno favorevole al reo per la quale resta fermo il principio della irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.).

17. Segue: le competenze del Garante per la protezione dei dati personali, con riguardo alla contravvenzione di omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei dati (art. 36, l. n. 675/1996; d. lgs. 28 dicembre 2001, n. 467).

Come detto nel primo paragrafo, una menzione particolare merita la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 36 della legge n. 675/1996, che punisce con l'arresto sino a due anni o con l'ammenda da € 5.164 ad € 41.316 l'omessa adozione delle previste misure necessarie a garantire la sicurezza dei dati personali: il primo capoverso della norma prevede che all'autore del reato, all'atto dell'accertamento o, nei casi complessi, anche con successivo atto del Garante, venga impartita una prescrizione e fissato un termine per la regolarizzazione, termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario, prorogabile in caso di particolare complessità o per l'oggettiva difficoltà dell'adempimento, ma in nessun caso superiore a sei mesi.

Se la prescrizione imposta risulta rispettata, l'autore del reato, nei sessanta giorni successivi allo scadere del termine, è ammesso dal Garante medesimo a pagare una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione. L'adempimento della prescrizione e il pagamento estinguono il reato.

Per quanto attiene agli ulteriori profili procedurali, l'ultimo capoverso dell'art. 36 prevede che l'organo che impartisce la prescrizione e il pubblico ministero provvedano ai sensi degli artt. 21, 22, 23 e 24 del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758 – che disciplinano una analoga causa di estinzione di alcune contravvenzioni in materia di sicurezza e di igiene del lavoro – in quanto applicabili.

18. Segue: profili di diritto punitivo-amministrativo nella disciplina del Garante per la protezione dei dati personali: le sanzioni amministrative, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale

In via amministrativa sono punite la cessione dei dati in violazione di quanto previsto dalla legge (art. 16, comma 3), l'omessa o incompleta notificazione (art. 34), l'inottemperanza alla richiesta di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dal Garante (art. 39, comma 1), la violazione delle norme che disciplinano le informazioni da rendere al momento della raccolta dei dati e quelle relative alla comunicazione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute (art. 39, comma 2).

La sanzione comminata per gli illeciti puniti in via amministrativa è, di regola, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma, ossia la tipica sanzione amministrativa pecuniaria¹⁰⁶, mentre difetta la possibilità per il Garante di irrogare sanzioni interdittive¹⁰⁷. Quanto all'entità delle sanzioni, il decreto legislativo n. 467/2001 ha ridefinito, aumentandoli considerevolmente, gli importi delle sanzioni, che in origine erano apparsi immediatamente come del tutto inadeguati. In particolare, si segnala come le sanzioni previste per la violazione delle norme da osservare in occasione della raccolta dei dati – di regola previste nel minimo in € 1.549 e, nel massimo, in € 9.296 – sono elevate in caso di raccolta di dati sensibili o particolari, ovvero nel caso in cui il pregiudizio sia di maggiore rilevanza per uno o più interessati, e possono essere aumentate sino al triplo quando risultino *inefficaci in ragione delle condizioni economiche del contravventore*.

Le sanzioni sono di chiara matrice punitiva e sono regolate, anche per l'espresso rinvio operato dall'art. 39 della legge n. 675/1996, dalle disposizioni della legge n. 689/1981. In relazione a tale rinvio si segnala un non condivisibile rilievo critico¹⁰⁸, secondo cui il sistema sanzionatorio previsto dalla legge n. 675/1996 difetterebbe di una *effettiva* deterrenza, in quanto non si sarebbero stabilite quelle *opportune deroghe* alla disciplina generale delle sanzioni amministrative, che si rinvergono, invece, in relazione alle sanzioni irrogate da altre a.a.i. Si rinvia, al riguardo, a quanto già osservato in apertura del presente lavoro.

Il procedimento applicativo, in forza del rinvio in parola, è quello previsto dalla sezione II della legge n. 689/1981, in quanto applicabile: l'organo competente a ricevere il rapporto e ad irrogare le sanzioni è il Garante. Avverso l'ordinanza ingiunzione del Garante è ammessa opposizione dinanzi al giudice ordinario territorialmente competente.

19. Segue: le norme sanzionatorie previste dal codice in materia di protezione dei dati personali: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale (artt. 161, 162, 163, 164, 165 e 166, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

La necessità di garantire una più organica protezione dei dati personali, l'obbligo di recepire nuovi strumenti comunitari¹⁰⁹ e l'esigenza di razionalizzare la normativa in vigore ha indotto il

¹⁰⁶ Anche a seguito della depenalizzazione dei reati previsti dall'art. 34 ad opera del decreto legislativo n. 467/2001, si è ritenuto di conservare per tali illeciti la previsione della sanzione accessoria - non più penale, ma amministrativa - della pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione.

¹⁰⁷ Segnalano, in termini critici, tale difetto, G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, 541 e E. BANI, *Il potere sanzionatorio*, cit., 182. Al Garante è comunque conferito un significativo potere cautelare in relazione all'attività di tutela dei diritti degli interessati: a norma dell'art. 29 della legge, il Garante, se la particolarità del caso lo richiede, può disporre in via provvisoria il blocco in tutto o in parte di taluno dei dati ovvero l'immediata sospensione di una o più operazioni del trattamento.

¹⁰⁸ E. BANI, *op. ult. cit.*, 184.

¹⁰⁹ V., da ultima, la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002.

legislatore a riunire, semplificare e coordinare in un testo unico – definito, non senza enfasi, codice (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) – le disposizioni vigenti integrandole con talune, significative novità¹¹⁰.

Il corredo sanzionatorio delle disposizioni del codice comprende tanto illeciti amministrativi (inspiegabilmente definiti “violazioni amministrative”, artt. 161 a 164) quanto illeciti penali (artt. 167 a 172): l'intervento sul preesistente compendio punitivo, nel rispetto delle linee guida della riforma, si è tradotto in talune, tendenzialmente limitate, modifiche che hanno riguardato tanto la formulazione delle fattispecie, quanto i limiti edittali delle sanzioni.

Per quanto attiene agli illeciti amministrativi, le fattispecie previste sono le medesime già sanzionate in via amministrativa dalla legge n. 675/1996: con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma sono puniti l'omessa o inidonea informativa all'interessato (art. 161, già art. 39, comma 2, primo periodo, l. n. 675/1996), l'abusiva cessione dei dati (art. 162, comma 1, già art. 16 comma 3, l. n. 675/1996), la violazione delle norme sulla comunicazione dei dati personali idonei a rivelare lo stato di salute (art. 162, comma 2, già art. 39, comma 2, secondo periodo, l. n. 675/1996), l'omessa o incompleta notificazione (art. 163, già art. 34, comma 1, l. n. 675/1996), l'omessa informazione o esibizione al Garante (art. 164, già art. 39, comma 1, l. n. 675/1996).

Per quanto riguarda le novità rispetto alle precedenti fattispecie, si rileva come la formulazione dei precetti tramite rinvio comporti – in particolare per gli illeciti di omessa o incompleta notificazione (art. 163) – una modificazione della cornice di tipicità dovuta all'integrazione normativa con disposizioni che disciplinano gli ambiti di tutela dei dati personali in modo (parzialmente) diverso rispetto alla legge n. 675/199. Dal punto di vista delle sanzioni, oltre ad un notevole incremento dei limiti edittali delle sanzioni pecuniarie, si rileva una estensione dei casi in cui può essere applicata la sanzione amministrativa accessoria della pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione del Garante: se in precedenza la pubblicazione era prevista solo in relazione all'illecito di omessa o incompleta notificazione (art. 34, comma 1, l. n. 675/1996, a norma del quale la sanzione accessoria doveva obbligatoriamente applicata), il codice, accanto a questa unica ipotesi di applicazione obbligatoria, prevede che la sanzione accessoria possa essere discrezionalmente disposta dal Garante anche in relazione a tutti gli altri illeciti amministrativi.

Il procedimento applicativo delle sanzioni amministrative in rassegna è regolato, per espresso rinvio (art. 166), dalle disposizioni della legge n. 689/1981, e successive modificazioni “in quanto applicabili”

20. Segue: gli illeciti penali previsti dal codice in materia di protezione dei dati personali (artt. 167, 168, 169, 170, 171 e 172, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

¹¹⁰ Per un primo orientamento sulle novità introdotte dal decreto legislativo n. 196/2003, si rinvia a ...

Le fattispecie penali previste dal Codice sono il trattamento illecito di dati (art. 167), la falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante (art. 168), l'omissione delle misure di sicurezza (art. 169) e l'inosservanza di provvedimenti del Garante (art. 170)¹¹¹.

Sotto la rubrica di "trattamento illecito di dati"¹¹² sono state ricomprese le condotte punite dall'art. 35 della legge n. 675/1996 e quelle punite dall'art. 11 del decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171 in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni¹¹³: l'intervento più significativo riguarda la limitazione della punibilità alle sole condotte da cui sia derivato un nocumento, elemento questo che, in precedenza, costituiva una mera aggravante.

La fattispecie penale così come riformulata risulta priva di coerenza dogmatica: si è mantenuta la limitazione della rilevanza penale alle sole condotte animate dalla finalità "di trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno", ma se ne è al contempo condizionata la punibilità al verificarsi di un nocumento: poiché difetta una significativa diversità tra il concetto di danno e quello di nocumento, il medesimo avvenimento (danno/nocumento) appare, per un verso, costituire una condizione obiettiva di punibilità, per altro verso, individuare – in alternativa allo scopo di trarre profitto – una finalità di dolo specifico.

Nei casi in cui la condotta sia animata dal fine di recare ad altri un pregiudizio, tuttavia, ben difficilmente si potrebbe ritenere l'arrecato nocumento quale condizione *obiettiva* di punibilità, assumendo l'elemento soggettivo richiesto dal legislatore i caratteri di dolo intenzionale, in quanto l'avvenimento (danno/nocumento) che apparentemente si pone all'esterno della condotta ne rappresenta, invece, l'evento. Solo nel caso in cui la condotta sia sorretta dal fine di trarre profitto si

¹¹¹ L'art. 171, punisce, con le sanzioni di cui all'art. 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il trattamento effettuato in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 del codice, disposizioni che si limitano a riconoscere espressamente la vigenza delle norme di cui agli artt. 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori: il significato della norma di cui all'art. 171 appare, dunque, essere quello di escludere che l'entrata in vigore del codice abbia modificato ovvero abrogato implicitamente le fattispecie di reato previste dall'art. 38 dello Statuto dei lavoratori in relazione alla violazione degli artt. 4 e 8. A fronte di una simile, inutilmente complessa, costruzione normativa, non si può non rilevare come legislatore si dimostri ormai del tutto incapace di svolgere una ragionevole attività normativa in ambito penale anche in una dichiarata opera di semplificazione.

¹¹² L'art. 167, comma 1, punisce il trattamento, la comunicazione e la diffusione dei dati in violazione delle disposizioni riguardanti: il trattamento da parte soggetti pubblici in relazione a dati diversi da quelli sensibili e giudiziari (artt. 18 e 19), la prestazione del consenso (art. 23), il trattamento dei dati relativi al traffico delle comunicazioni elettroniche (art. 123), il trattamento dei dati relativi all'ubicazione degli utenti o degli abbonati a reti pubbliche di comunicazione ovvero a servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico (art. 126) nonché le comunicazioni commerciali indesiderate (art. 130); sono altresì puniti il trattamento, la comunicazione e la diffusione dei dati "in applicazione" delle disposizioni riguardanti l'inserimento negli elenchi di abbonati (art. 129).

L'art. 167, comma 2, punisce il trattamento di dati in violazione delle disposizioni che regolano il trattamento che presenta rischi specifici per i diritti, le libertà fondamentali e per la dignità dell'interessato (art. 17), nonché il trattamento di dati sensibili e giudiziari effettuato da soggetti pubblici (artt. 20, 21 e 22, commi 8 e 11), e da soggetti privati (artt. 26 e 27); sono altresì punite la violazione del divieto di comunicazione e diffusione di dati (art. 25) e di quello di trasferire i dati all'estero (art. 45).

¹¹³ S. SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni: il d. lgs. n. 171/98 nel "sistema" della protezione dei dati personali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 775 ss.

potrebbe individuare un dolo specifico ed il nocumento potrebbe essere inteso quale condizione obiettiva di punibilità¹¹⁴.

La fattispecie in rassegna, nella quale il medesimo elemento assume, a seconda del dato concreto, un rilievo così diverso da modificare lo stesso orientamento lesivo del reato, è frutto di una tecnica legislativa a dir poco mediocre e dimostra l'ormai cronica incapacità del legislatore ad esprimere con coerenza qualsivoglia scelta di politica criminale.

Non si registrano significative novità rispetto alla disciplina prevista dalla legge del 1996 e successive modificazioni riguardo ai reati di falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante (art. 168, già art. art. 37 *bis*, l. n. 675/1996), e di omissione delle misure di sicurezza (art. 169, già art. 36, l. n. 675/1996 per il quale resta confermata la possibilità di estinguere la fattispecie contravvenzionale in materia di sicurezza dei dati attraverso il procedimento di regolarizzazione della violazione di cui si è detto nei paragrafi 1 e 17).

Per quanto, infine, attiene alla fattispecie di reato di inosservanza di provvedimenti del Garante (art. 170, già art. 37, l. n. 675/1996), l'unica differenza rispetto alla fattispecie precedente è rappresentata dall'estensione della rilevanza all'inottemperanza dei provvedimenti adottati dal Garante in relazione al trattamento di dati genetici. Tuttavia, come si è avuto modo di rilevare al paragrafo n. 15, ragioni di carattere sistematico conducono a ritenere che, con l'introduzione del reato di ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c., come novellato dal d. lgs. n. 61/2002), la fattispecie di cui all'art. 37 della legge n. 675/1996 sia stata implicitamente abrogata a seguito della riforma dell'intera materia: la riedizione nel testo unico di una fattispecie speciale abrogata, a poco più di un anno dall'introduzione di una fattispecie di carattere generale destinata ad armonizzare le diverse ipotesi di reato di ostacolo alle funzioni delle a.a.i. previste nella disciplina complementare, più che ad un ponderato ripensamento delle scelte del 2002, è dovuto a quella schizofrenia riformatrice che ormai affligge, con avvilita indifferenza per l'analisi sistematica del giure penale, anche quella produzione normativa che – quantomeno nelle intenzioni – dovrebbe (soprattutto) razionalizzare ed armonizzare le disposizioni vigenti.

21. La Banca d'Italia e la Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB).

Alla Banca d'Italia¹¹⁵, prima autorità istituita nel nostro ordinamento, non è stato attribuito il potere di irrogare direttamente ed autonomamente sanzioni. Tuttavia, ancorché sia il Ministro

¹¹⁴ Cfr., in tema di reati tributari, i rilievi di L. PISTORELLI, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, in *Il sole 24 ore - Guida al diritto*, 2000, 14, il quale osserva come una simile costruzione possa ritenersi legittima solo quando “si ritenga che quelle elaborate possano essere qualificate come vere e proprie condizioni estrinseche di punibilità ... che non si identificano, cioè, in accadimenti lesivi del bene protetto, idonei ad accentrare in sé la *ratio* dell'incriminazione”, in quanto, diversamente “si assisterebbe al discutibile e mascherato tentativo di sottrarre veri e propri elementi essenziali del fatto criminoso all'oggetto del dolo”.

dell'economia e delle finanze ad applicare le sanzioni, la banca centrale – come avremo modo di vedere – riveste nel procedimento applicativo un ruolo del tutto primario.

Nei settori sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia l'apparato sanzionatorio più significativo è quello previsto nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385) e nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), nel quale i poteri sanzionatori sono attribuiti, oltre che alla banca centrale, alla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB)¹¹⁶.

22. Segue: ruolo punitivo della Banca d'Italia nel Testo unico bancario: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale.

Il t.u. bancario porta organica attuazione di strumenti comunitari – quali la seconda direttiva in materia creditizia¹¹⁷ – intervenuti a regolare il settore del credito sin dalla fine degli anni ottanta, e contiene un'articolata appendice sanzionatoria che annovera tanto fattispecie penali quanto illeciti puniti con sanzione amministrativa pecuniaria.

L'intero sistema sanzionatorio originariamente previsto dal t.u. è stato riformato dapprima dal decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415, e, successivamente, dal decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 342, i quali, sempre in ragione degli impegni assunti in sede comunitaria, hanno operato una estesa depenalizzazione, armonizzando e coordinando – sotto certi aspetti, in via del tutto eccezionale – la disciplina dell'attività creditizia con quella di intermediazione finanziaria di cui al d. lgs. n. 58/1998, anche riguardo al momento sanzionatorio¹¹⁸.

¹¹⁵ M. CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1991; ID., in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2^a ed., Padova, 2001, sub art. 145, 1116 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1996, 679 ss.; S. CECI JAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, in *La nuova legge bancaria* a cura di P. FERRO LUZZI e G. CASTALDI, Milano, 1996, III, 2103 ss.; M.T. FANTOLA – M. MOLÈ, *Decreto Eurosim: le sanzioni amministrative*, in *Le società*, 1996, 1050 ss.; G. CARRIERO, *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contratto ed impresa*, 1999, 696 ss.; P. SEVERINO, *Le disposizioni integrative e correttive del testo unico in materia bancaria e creditizia. Il quadro sanzionatorio: innovazioni nelle fattispecie e nella procedura applicativa*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2000, 14 ss.; E. BANI, *op. ult. cit.*, 157 ss.

¹¹⁶ Menzione particolare merita il potere di rilievo penalistico attribuito alla CONSOB dall'art. 187 t.u.i.f. a norma del quale la Commissione, nei procedimenti per i reati previsti dagli articoli 180 e 181, "esercita i diritti e le facoltà attribuite dal codice di procedura penale agli enti ed alle associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato".

¹¹⁷ Il Governo era stato delegato dal parlamento con la legge 19 febbraio 1992, n. 142, a dare attuazione alla direttiva 89/646/CEE del 15 dicembre 1989 (II Direttiva Bancaria) che faceva obbligo agli stati membri di adottare una normativa che comprendesse, tra l'altro, opportune misure – quali, espressamente, ingiunzioni e sanzioni da adottare nei confronti dei dirigenti degli enti creditizi ovvero nei confronti delle persone fisiche o *giuridiche* – volte a reprimere la violazione di taluni obblighi e divieti previsti dalla direttiva.

¹¹⁸ Per quanto attiene alla disciplina delle crisi, i poteri di intervento del Ministero, della Banca d'Italia e della CONSOB previsti tanto dal t.u.l.b. quanto dal t.u.i.f. non hanno natura punitiva, essendo ispirati da finalità preventive o di risanamento; sul punto v. *amplius*, O. CAPOLINO, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, cit., sub artt. 70 – 79, d. lgs. n. 385/1993, 1781 ss.; S. BONFATTI, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al*

Le fattispecie sottoposte a sanzione amministrativa pecuniaria sono previste nel Titolo VIII, in particolare dagli artt. 133, 139, 140, 143 e 144. Gli illeciti, puniti con sanzione amministrativa pecuniaria, sono l'abuso di denominazione bancaria e l'uso di parole o locuzioni analoghe ovvero l'induzione di terzi in errore in merito alla propria sottoposizione alla vigilanza della Banca d'Italia (art. 133), la violazione delle norme che regolano la partecipazione al capitale delle banche e delle società finanziarie capogruppo (art. 139, commi 1 e 3)¹¹⁹, talune violazioni delle norme che disciplinano le comunicazioni relative alla partecipazione al capitale di banche, società appartenenti a un gruppo bancario e intermediari finanziari (art. 140, comma 1)¹²⁰, l'inosservanza delle disposizioni relative alle comunicazioni previste in occasione di talune emissioni di valori mobiliari e di talune offerte di valori mobiliari esteri (art. 143).

L'art. 144, prima della depenalizzazione operata dalle due novelle del 1996 e del 1999, era l'unica norma a prevedere illeciti e sanzioni amministrative. Con l'abbandono della precedente, ingiustificata (se non addirittura indiscriminata) penalizzazione, la rubrica dell'articolo, da "*Sanzioni amministrative pecuniarie*", è diventata "*Altre sanzioni amministrative pecuniarie*". Si tratta, comunque, di una norma di chiusura, che assoggetta a sanzione amministrativa pecuniaria la violazione di un rilevante numero di disposizioni (alquanto eterogenee) del t.u., che disciplinano l'attività bancaria, i requisiti personali degli operatori bancari ed i rapporti con la (e tutelano l'attività di vigilanza della) Banca d'Italia. Tra gli illeciti amministrativi sanzionati dalla norma in esame spiccano l'esercizio non autorizzato del credito, da parte delle banche di credito cooperativo, in favore di soggetti diversi dai soci (art. 35), l'emissione di assegni circolari in assenza di autorizzazione della Banca d'Italia ovvero in difetto della regolare costituzione della cauzione prevista a fronte della loro emissione (art. 49), l'omessa, incompleta o tardiva trasmissione alla Banca d'Italia delle segnalazioni periodiche, dei bilanci e di ogni altro dato e documento richiesto (art. 51), la inosservanza dei limiti di concessione del credito ai soggetti che detengono una partecipazione rilevante al capitale della banca (art. 53), la mancata esibizione dei documenti e degli atti richiesti dalla Banca d'Italia nel corso delle ispezioni presso le banche (art. 54), la mancanza della pubblicità, all'interno dei locali aperti al pubblico, dei tassi di interesse, dei prezzi, delle spese per le comunicazioni alla clientela e di ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti (art. 116), la mancata indicazione del tasso annuo effettivo globale (TAEG) e del relativo periodo di validità negli annunci pubblicitari e

testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, cit., sub art. 80, 610 ss.; E. PUCCIARELLI, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, cit., sub artt. 56 – 58, d. lgs. n. 58/1998, 1037 ss.

¹¹⁹ Il primo capoverso dell'art. 139 punisce con l'arresto fino a tre anni, salvo che il fatto costituisca reato più grave, la falsità nelle domande inoltrate alla Banca d'Italia a norma dall'articolo 19 o nelle comunicazioni, sempre indirizzate alla Banca d'Italia previste dall'articolo 20, comma 2. Per quanto attiene alla riforma della tutela penale della vigilanza bancaria, v. *infra* par. 24.

¹²⁰ La falsità nelle comunicazioni indicate nel medesimo art. 140 è, invece, sanzionata penalmente con l'arresto sino a tre anni (art. 140, comma 2); anche per quanto attiene ai rapporti tra il reato di cui al capoverso dell'art. 140 t.u.l.b. e la riforma di cui al decreto legislativo n. 61/2002, si rinvia al par. 24.

nelle offerte con cui un soggetto dichiara il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito al consumo (art. 122).

È altresì corredata di sanzione amministrativa pecuniaria l'inosservanza delle disposizioni, tanto generali quanto particolari, impartite dalle autorità creditizie. Anche nel settore creditizio, dunque, l'autorità non solo esercita un pregnante potere regolamentare, ma provvede alla repressione – attraverso lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria – della violazione delle norme da essa stessa prodotte¹²¹.

Il criterio di individuazione del responsabile delle violazioni è di carattere oggettivo-funzionale¹²². Sono contemplati: i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione o di controllo – tanto in caso di violazione delle norme e delle disposizioni indicate nel medesimo articolo, quanto in caso di omessa vigilanza affinché le stesse siano osservate da altri – ed i soggetti che operano sulla base di rapporti che, comunque, ne determinano l'inserimento nell'organizzazione della banca. L'estensione ai “*dipendenti*”, apparentemente ispirata ad un criterio soggettivo-formale, deve essere intesa come limitata ai soli dipendenti che siano titolari di precise responsabilità aziendali¹²³.

Da questo criterio, originariamente previsto per i soli illeciti amministrativi di cui all'art. 144, ma applicabile anche agli illeciti depenalizzati (artt. 133, 139, 140 e 143), in considerazione del principio di personalità della responsabilità che discende dalla originaria natura penale di tali illeciti, e dalla circostanza che viene contemplato un regime di solidarietà tra istituti di credito e *responsabili* delle violazioni (art. 145, comma 10), si ricava che le *persone giuridiche sono escluse* dal novero dei soggetti attivi degli illeciti in rassegna.

Gli illeciti prevedono tutti sanzioni amministrative pecuniarie di natura punitiva, alla cui disciplina sostanziale sono applicabili i principi previsti dalla legge n. 689/1981¹²⁴.

¹²¹ B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 698 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici, esattamente rileva come siffatta concentrazione di poteri in capo alla medesima autorità, se da un lato risponde al disegno che vuole potere normativo e potere sanzionatorio concorrere alla funzione di regolazione del settore, dall'altro pone serie questioni di garanzia nei confronti del destinatario della sanzione. Osserva l'Autore come “*il problema ... investe in generale il potere normativo della Banca d'Italia e delle altre autorità indipendenti, sia sotto il profilo procedimentale sia sotto quello della legittimità dell'attribuzione di tale potere: tale problema, che finora è sfuggito alla giurisprudenza costituzionale, si acutizza nel momento in cui le norme dettate da queste autorità siano assistite da sanzioni. Nel caso in esame il problema viene ulteriormente amplificato dalla indeterminatezza dell'illecito consistente nella violazione di provvedimenti dell'Organo di vigilanza, cui si aggiunge la mancata specificazione del quantum delle sanzioni in rapporto alle singole violazioni*”. Il problema del rispetto del principio di legalità, previsto tanto a livello costituzionale, quanto dall'art. 1 della legge n. 689/1981, assume secondo l'Autore aspetti critici soprattutto laddove la sanzione, comminata per la violazione di disposizioni di contenuto particolare impartite dall'organo di vigilanza, assume, di fatto, il contenuto precettivo del potere disciplinare.

¹²² Cfr. Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49, in *Giur. cost.*, 1999, 647.

¹²³ Vedi, *amplius*, M. CONDEMI, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, cit., *sub* art 145, d. lgs. n. 385/1993, 1949.

¹²⁴ L'art. 145, comma 11, del t.u.l.b., tuttavia, prevede l'inapplicabilità alle sanzioni in esso previste delle disposizioni contenute nell'art. 16 della legge n. 689/1981 e, dunque, l'inammissibilità del pagamento delle sanzioni medesime in misura ridotta.

Una notazione merita l'accennato regime di solidarietà passiva tra i responsabili delle violazioni e le banche, società ed altri enti cui gli stessi responsabili appartengono. Tutti gli enti sono espressamente “*tenuti*” ad esercitare il regresso verso le persone fisiche direttamente responsabili della violazione (art. 145, comma 10). Si tratta di un regime di solidarietà non dissimile da quello previsto, in via generale dall'art. 6, commi 3 e 4, della legge n. 689/1981: il t.u.l.b., in considerazione dei particolari criteri di individuazione dei responsabili delle violazioni, non richiede l'esistenza di quel legame tra responsabile e persona giuridica costituito dalla commissione dell'illecito, da parte dal rappresentante o dal dipendente, “nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze”¹²⁵. È, invece, sufficiente che il responsabile *appartenga* alla banca, alla società o all'ente chiamato a rispondere in solido.

L'esistenza in capo alla persona giuridica di un obbligo – e non già di una facoltà come previsto, in via generale, dall'art. 6, commi 3 e 4, della legge n. 689/1981 – di esercitare il regresso nei confronti del responsabile, segnala come, nello specifico, non vi sia alcuna responsabilità diretta delle persone giuridiche, e nemmeno *corresponsabilizzazione* sul piano punitivo di banche, società ed enti cui i responsabili appartengono. L'obbligo di agire in regresso verso il responsabile grava della sanzione medesima esclusivamente ed integralmente la persona fisica del responsabile. Alle banche, società ed enti cui appartengono i responsabili degli illeciti in rassegna è stato accollato – all'evidente scopo di assicurare all'erario, comunque, una pronta e sicura esazione dell'importo della sanzione (onnivora ragion fiscale generale) – il solo rischio dell'eventuale insolvibilità del responsabile, rischio oltretutto limitato all'importo di una sanzione che, a norma dell'art. 11 della legge n. 689/1981, deve essere commisurata alle condizioni economiche individuali della sola persona fisica del responsabile medesimo¹²⁶.

La procedura applicativa è regolata dall'art. 145 il quale, delineando, invece, un regime complementare, ancorché parzialmente derogatorio, del procedimento previsto dalla legge n. 689/1981, articola il procedimento in due fasi, una di carattere amministrativo e una seconda, meramente eventuale, di natura giurisdizionale.

Nella prima fase i soggetti interessati sono la Banca d'Italia (l'Ufficio Italiano Cambi, limitatamente alle materia di competenza) ed il Ministro dell'economia e delle finanze. La norma in rassegna prevede che, qualora la Banca d'Italia, nel corso della propria attività, rilevi una delle violazioni previste dalle norme sopradescritte, proceda immediatamente – ovvero, ove ciò non sia

¹²⁵ Cfr. Cass. civ., 30 maggio 2001, n. 7351, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, 1088, secondo cui per ritenere sussistente il vincolo richiesto dall'art. 6 della legge n. 689/1981 non è sufficiente che l'attività del responsabile sia imputabile alla persona giuridica, ma “occorre anche che sia posta in essere nell'*interesse* della stessa”.

¹²⁶ L'istituto di credito risponde, invece, direttamente – in forza della previsione generale di cui all'art. 25 *ter*, lettera s), del decreto legislativo n. 231/2001, che commina all'ente una sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote – solo nell'ipotesi di commissione del reato previsto dall'art. 2638 c.c., nell'interesse dell'istituto, da parte di

possibile, entro novanta giorni dall'accertamento della violazione¹²⁷ – alla sua contestazione ai soggetti interessati.

A seguito della contestazione dell'addebito, l'interessato ha un termine di trenta giorni per presentare alla Banca d'Italia le proprie deduzioni scritte ed instaurare così, già in sede amministrativa, un contraddittorio con l'autorità procedente: la Banca d'Italia, valutate le deduzioni ed esaminate le risultanze dell'attività istruttoria svolta, propone al Ministro dell'economia e delle finanze la sanzione da applicare.

Il Ministro, sulla base della proposta della Banca d'Italia, provvede ad applicare le sanzioni con decreto motivato per il quale è previsto un regime di pubblicità differenziato a seconda della gravità delle violazioni. In caso di applicazione delle sanzioni previste dall'art. 144, commi 3 e 4, è, infatti, prevista la pubblicazione del decreto, per estratto, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale di cui uno economico, a cura e spese della banca, della società o dell'ente al quale appartengono i responsabili delle violazioni. Per il decreto di applicazione delle altre sanzioni, invece, è prevista la sola pubblicazione, sempre per estratto, sul bollettino redatto dalla Banca d'Italia.

L'incisività di tale sanzione accessoria che, segnalando alla opinione pubblica la violazione, attinge direttamente la reputazione e l'immagine commerciale dell'operatore, finisce con lo svolgere, in taluni casi, una funzione di prevenzione superiore non solo a quella esercitata dalla sanzione amministrativa pecuniaria in concreto applicabile, ma anche a quella esercitabile dalla sanzione penale e, in particolare, dalle pene (generalmente di natura contravvenzionale) comminate nel diritto penale dell'economia¹²⁸.

La norma prevede poi, in deroga ai criteri di competenza prevista dalla legge n. 689/1981, che il decreto sia impugnabile, con opposizione, dinanzi alla Corte d'appello di Roma che ha competenza in materia¹²⁹. L'opposizione deve essere notificata, nel termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del decreto impugnato, e deve essere depositata presso la cancelleria della Corte d'appello entro trenta giorni dalla notifica.

amministratori, direttori generali o liquidatori (o da persone sottoposte alla loro vigilanza, nei casi in cui il fatto non si sarebbe realizzato se i primi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica).

¹²⁷ In mancanza di norme derogatorie, si deve, infatti, ritenere applicabile la disposizione generale di cui all'art. 14 della legge n. 689/1981.

¹²⁸ Si vedano, in una prospettiva più ampia, le considerazioni svolte da G. QUADRI, *Autorità di regolazione e garanti: il sistema delle sanzioni*, in *Cons. Stato*, 2000, 1801 ss.

¹²⁹ Secondo T.A.R. Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7236, in *Foro amm.*, 2001, 2489 ed in *Foro it.*, 2002, III, 94, "la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base all'art. 33, decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, legge 21 luglio 2000, n. 205, delle controversie in materia di sanzioni amministrative comminate dalla Banca d'Italia agli operatori del settore creditizio, ha comportato l'abrogazione dell'art. 145, comma 4 e ss., decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che in precedenza riservava alla Corte d'Appello di Roma dette controversie".

La competenza della Corte d'appello – e, dunque, dell'autorità giudiziaria ordinaria – è stata, tuttavia confermata dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, il cui art. 1, comma 2, afferma: "spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli articoli 145 decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e 195 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58"

L'autorità che ha proposto il provvedimento trasmette alla Corte d'appello gli atti ai quali l'opposizione si riferisce, con le proprie osservazioni: la Corte d'appello – disposta la sospensione l'esecuzione del provvedimento con decreto motivato in presenza di gravi motivi – fissa, su istanza delle parti, termini per la presentazione di memorie e documenti e per l'audizione, anche personale, delle parti.

La Corte d'appello decide sull'opposizione in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, con decreto motivato trasmesso in copia, anche ai fini della pubblicazione, a cura della cancelleria, all'autorità che ha proposto il provvedimento.

La procedura applicativa delle sanzioni, che vede il contraddittorio svolgersi, tanto nella fase amministrativa, quanto nell'eventuale fase giurisdizionale, esclusivamente nei confronti della Banca d'Italia¹³⁰ – cui, difatti, viene espressamente riconosciuta la qualità di parte processuale –, dimostra come, nonostante la presenza ministeriale, l'autorità creditizia sia soggetto “almeno contitolare (se non titolare effettivo) del potere sanzionatorio”¹³¹.

Nondimeno, la scelta di mantenere la competenza ministeriale è stata criticata da alcuni Autori, ad avviso dei quali le predette sanzioni avrebbero dovuto essere autonomamente e discrezionalmente impiegabili dalla Banca d'Italia, in quanto strumentali a quella medesima attività di vigilanza affidata, per ogni altro aspetto, direttamente all'autorità. Ciò, soprattutto, nell'emergente sistema delle *authorities* in cui l'attribuzione di funzioni tutorie alle autorità indipendenti predicherebbe necessariamente una valutazione congiunta dell'illecito e della relativa sanzione, in un'ottica funzionale all'esercizio *efficace* dei poteri riconosciuti all'autorità¹³².

23. Segue: ruolo punitivo della Banca d'Italia e della CONSOB nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale.

Il t.u.l.b., come novellato nel 1996 e nel 1999, trova coordinamento con il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che riconosce

¹³⁰ È, infatti, direttamente alla Banca d'Italia che vanno indirizzate le deduzioni conseguenti alla contestazione degli addebiti, è la Banca d'Italia a valutare tali deduzioni ed è, infine la Banca d'Italia ad essere parte nel procedimento di opposizione in sede giurisdizionale.

¹³¹ B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 695. Per una più ampia disamina del ruolo della Banca d'Italia nel procedimento sanzionatorio e della proposta dell'organo di vigilanza, si veda, in merito all'art. 145 t.u.l.b., M. CONDEMI, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., sub art. 145, 1124 ss.; in merito all'art. 90 del Regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, ID., *Le sanzioni amministrative bancarie*, cit., 28 ss.;

¹³² B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 700, ritiene che, per negare il collegamento funzionale tra valutazione dell'illecito e determinazione della sanzione, occorra addirittura rifiutare *in toto* il modello delle autorità amministrative indipendenti.

alla Banca d'Italia ed alla CONSOB, nell'ambito delle rispettive competenze, poteri sanzionatori del tutto simili a quelli attribuiti alla Banca d'Italia nel settore creditizio¹³³.

Il t.u.i.f. porta a compimento il percorso di adeguamento dell'ordinamento interno alle norme di diritto comunitario emanate in materia finanziaria, portando attuazione, in particolare, delle direttive del Consiglio 93/6/CEE e 93/22/CEE. L'intervento in ambito sanzionatorio si è concretizzato non solo nel già visto coordinamento con le disposizioni sanzionatorie in materia creditizia e bancaria, ma anche in una ampia depenalizzazione delle fattispecie contravvenzionali minori volta ad adeguare la sanzione all'effettiva gravità di violazioni di norme di contenuto talora meramente formale¹³⁴.

L'apparato sanzionatorio è distinto in due corpi normativi, il primo, compreso tra l'art. 188 e l'art. 194, prevede un ampio catalogo di illeciti degli intermediari puniti con sanzioni amministrative pecuniarie di natura punitiva, regolati dai principi di carattere sostanziale previsti dalla legge n. 689/1981¹³⁵, ma sottoposti alla speciale procedura applicativa prevista dall'art. 195; il secondo, costituito dal solo art. 196, attiene agli illeciti commessi dai promotori finanziari e prevede la possibilità di irrogare, oltre alle sanzioni amministrative pecuniarie, anche misure sanzionatorie di altro contenuto, mutuando dalla legge n. 689/1981 anche la procedura applicativa.

Nel primo articolato di norme sono sanzionati, tra l'altro, l'abuso di denominazione (art. 188), l'omessa comunicazione relative alle operazioni di partecipazione qualificata al capitale di società di gestione (art. 189, comma 1), la violazione delle norme che vietano l'esercizio del voto inerente alle azioni acquisite in mancanza delle comunicazioni medesime o dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale (art. 189, comma 2), la sollecitazione all'investimento in violazione agli obblighi di preventiva comunicazione alla CONSOB ovvero in assenza di un giudizio positivo sull'ultimo bilancio approvato e sul bilancio consolidato eventualmente redatto dall'emittente (art. 191, comma 1)¹³⁶, ovvero ancora in violazione dei provvedimenti interdittivi adottati dalla CONSOB a norma degli artt. 99 e 101, comma 3, lettera c), (art. 191, comma 2), l'effettuazione di annunci pubblicitari

¹³³ Il coordinamento dei due plessi normativi che, come si è detto, ha trovato definitivo compimento nella riforma del 1999 del t.u. bancario, era previsto quale criterio direttivo anche nella legge delega: l'art. 21, comma 3, della legge 6 febbraio 1996, n. 52, infatti testualmente prevedeva che "in sede di riordinamento normativo delle materie concernenti gli intermediari, i mercati finanziari e mobiliari e gli altri aspetti comunque connessi, le sanzioni amministrative e penali potranno essere coordinate con quelle già comminate da leggi vigenti in materia bancaria e creditizia per violazioni che siano omogenee e di pari offensività".

¹³⁴ L'art. 21, comma 3, della legge 6 febbraio 1996, n. 52, prevedeva che il Governo, nell'ambito del riordino normativo delegato, potesse stabilire "che non costituiscono reato e sono assoggettate a sanzioni amministrative pecuniarie, sulla base dei principi della legge 24 novembre 1981, n. 689 e successive modificazioni, e fino ad un ammontare massimo di lire trecento milioni, violazioni per le quali è prevista, in via alternativa o congiunta, la pena dell'ammenda o dell'arresto fino ad un anno, con esclusione delle condotte volte ad ostacolare l'attività delle autorità di vigilanza ovvero consistenti nella produzione di documentazione non veritiera ovvero che offendono in maniera rilevante il bene giuridico tutelato".

¹³⁵ Rispetto alle sanzioni previste dagli artt. 188 e 190, tuttavia, non è applicabile il pagamento in misura ridotta previsto dall'art. 16 della legge n. 689/1981.

¹³⁶ Merita menzione il fatto che, per questo tipo di illecito, la sanzione amministrativa pecuniaria comminata è proporzionale – da un decimo alla metà – al valore totale dei prodotti finanziari offerti, seppur sia previsto che non possa essere superiore ad € 103.291. Se, tuttavia, il valore totale dei prodotti finanziari offerti non è determinato, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da € 5.164 ad € 103.291.

riguardanti sollecitazioni all'investimento in violazione degli obblighi di preventiva comunicazione alla CONSOB, del regolamento da questa emanato o dei provvedimenti interdittivi adottati dalla medesima autorità a norma dell'art. 101, commi 2 e 3, lettere a) e b), t.u.i.f. (art. 191, comma 3).

Sono altresì sanzionati in via amministrativa, la violazione dell'obbligo di promuovere un'offerta pubblica di acquisto o di scambio ovvero lo svolgimento di tali operazioni contravvenendo agli obblighi di preventiva comunicazione alla CONSOB o ai provvedimenti interdittivi da questa adottati in forza all'art. 102 t.u.i.f. (art. 192, comma 1), il mancato rispetto delle indicazioni fornite dalla CONSOB in merito alle informazioni integrative da fornire, alle specifiche modalità di pubblicazione del documento d'offerta, nonché alle particolari garanzie da prestare da parte dell'offerente, la violazione delle disposizioni di attuazione emanate dalla CONSOB in tema di O.P.A. ed O.P.S., ovvero l'esercizio del voto in violazione delle disposizioni dell'art. 110 t.u.i.f. (art. 192, comma 2), l'esecuzione, da parte degli amministratori di società con azioni quotate in mercati regolamentati italiani, di operazioni in violazione dell'obbligo di astensione previsto dall'art. 104, comma 1, t.u.i.f. (art. 192, comma 3), l'effettuazione o il conferimento dell'incarico di effettuare una sollecitazione o una raccolta di deleghe di voto in assemblea di società con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea senza esservi abilitato ai sensi dell'art. 140 t.u.i.f., ovvero senza possedere i requisiti previsti dagli art. 139 e 141 t.u.i.f. (art. 194, comma 1), la violazione delle norme che regolano l'esercizio del diritto di voto in caso di delega, nonché del regolamento emanato dalla CONSOB in merito all'attività di sollecitazione e raccolta di deleghe di voto (art. 194, comma 2).

Quanto alla individuazione dei soggetti responsabili, l'art. 190 – che punisce la mancata osservanza di numerose norme del t.u.i.f., nonché la violazione delle disposizioni, generali e particolari, emanate dalla Banca d'Italia o dalla CONSOB in forza del disposto delle medesime norme – specifica che le sanzioni ivi previste, relative ad illeciti commessi in seno ad una persona giuridica, si applicano, secondo un criterio oggettivo-funzionale, a chi abbia svolto in concreto funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle società o negli enti di gestione e ai loro dipendenti (titolari di precise responsabilità aziendali)¹³⁷. Simile responsabilità discende, non solo quando costoro abbiano direttamente violato le disposizioni-precetto, ma anche quando abbiano omesso di vigilare, secondo i doveri inerenti al proprio ufficio, affinché le disposizioni medesime non fossero da altri violate. Secondo il medesimo criterio, poi, l'art. 193, comma 1 – che sanziona, tra l'altro, l'inosservanza delle disposizioni degli artt. 113, 114 e 115 del t.u.i.f., o delle relative disposizioni applicative dettate dalla CONSOB – individua il soggetto attivo in chi abbia svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società, enti o associazioni tenuti a effettuare le comunicazioni previste dagli articoli

¹³⁷ S. DELL'ATTI, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, cit., sub art. 194, d. lgs. n. 58/1998, 1390.

medesimi, e specifica che, qualora le comunicazioni siano dovute da una persona fisica che non riveste alcuna di queste qualifiche, la sanzione debba applicarsi nei confronti di quest'ultima¹³⁸.

La procedura sanzionatoria prevista all'art. 195 prevede, come quella di cui all'art. 145 t.u.l.b., che le sanzioni amministrative siano applicate dal Ministro dell'economia e delle finanze con decreto motivato, su proposta della Banca d'Italia o della CONSOB, secondo le rispettive competenze. Anche qui vi è una prima fase di natura amministrativa nella quale la Banca d'Italia o la CONSOB raccolgono informazioni, contestano gli addebiti agli interessati e, valutate le deduzioni difensive depositate entro trenta giorni dalla contestazione, formulano la proposta al Ministro, ed una fase – meramente eventuale – di controllo giurisdizionale da parte del Giudice ordinario.

Parzialmente differente è il regime di pubblicità del decreto di applicazione delle sanzioni: è prevista di norma la sola pubblicazione per estratto del provvedimento sul bollettino della Banca d'Italia o della CONSOB. Il Ministro, tuttavia, su richiesta dell'autorità proponente, tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti, può stabilire modalità diverse ed ulteriori per dare pubblicità al provvedimento, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione¹³⁹.

L'eventuale fase giurisdizionale si instaura con atto opposizione dinanzi alla Corte d'appello: la norma non prevede, tuttavia, la competenza esclusiva della Corte d'appello di Roma¹⁴⁰, ma stabilisce che l'opposizione vada proposta alla Corte nel cui distretto ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione ovvero, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, nel cui distretto sia stata commessa la violazione.

L'opposizione, che non sospende l'esecuzione del provvedimento salvo ricorrano gravi motivi, deve essere notificata, entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento, non solo all'autorità che ha proposto l'applicazione della sanzione, ma anche al Ministro dell'economia e delle finanze e deve essere depositata presso la cancelleria della Corte d'appello entro i successivi trenta giorni.

La norma non prevede espressamente che l'autorità proponente trasmetta gli atti cui l'opposizione si riferisce e le proprie osservazioni alla Corte; tuttavia, per quanto speciale, la procedura in parola mantiene comunque carattere di complementarità rispetto a quella prevista all'art. 23 della legge n. 689/1981 per cui si deve ritenere che l'autorità sia comunque tenuta, anche a tutela del

¹³⁸ L'individuazione dei possibili soggetti attivi degli illeciti secondo un criterio oggettivo-funzionale, espressamente prevista dagli artt. 190 e 193, costituisce un significativo riferimento di carattere generale anche per tutti gli altri illeciti amministrativi commessi in seno a persone giuridiche previsti dal t.u.i.f.

¹³⁹ Cfr., la relazione del Presidente della CONSOB alla VI Commissione Finanze della Camera, in data 20 marzo 2002, nella quale il Prof. SPAVENTA rileva che *“una sanzione è tanto più efficace, quanto maggiori sono gli effetti negativi sulla reputazione di chi la subisce. I mezzi di informazione possono offrire un contributo importante al controllo degli emittenti, degli intermediari, dei gestori”* (testo pubblicato in www.itlex.com/novita/gennaio/0193.htm).

¹⁴⁰ Risulta, peraltro, francamente difficile da comprendere tale differenziato regime, quantomeno in considerazione di quelle ragioni di *“specializzazione del giudice che tratta la medesima materia”* con le quali la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 25 maggio 1994, n. 5107, in *Giust. civ.*, 1995, I, 502) aveva giustificato la competenza unica della Corte d'appello di Roma, prevista dal t.u.l.b.

contraddittorio, a far pervenire tali atti alla Corte almeno dieci giorni prima di quello fissato per la discussione.

La Corte d'appello, su istanza di parte, fissa termini per la presentazione di memorie e documenti e procede all'audizione, anche personale, delle parti. In ogni caso, sull'opposizione, decide in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, con decreto motivato che viene trasmesso in copia, a cura della cancelleria della Corte, al Ministro dell'economia e delle finanze e all'autorità proponente ai fini della pubblicazione, per estratto, nel bollettino di quest'ultima.

La norma, infine, prevede un generale regime di solidarietà tra responsabili delle violazioni e le società ed enti cui appartengono, per il pagamento della sanzione e delle relative spese di pubblicità, con obbligo, per società ed enti, di esercitare il diritto di regresso, identico a quello, cui già si è fatto cenno, previsto dal t.u.l.b.; simile regime ed i menzionati criteri di individuazione dei responsabili delle violazioni, confermano come soggetti attivi degli illeciti previsti nel corpo normativo in rassegna siano esclusivamente le persone fisiche.

Il t.u.i.f., pur contemplando – quantomeno nella fase giurisdizionale – una presenza ministeriale più significativa rispetto a quella prevista nel settore bancario, consente, tuttavia, di ricavare le medesime conclusioni in merito alla potestà punitiva delle autorità riferite commentando l'art. 145 t.u.l.b.¹⁴¹: anche nel settore finanziario, pertanto, il ruolo complessivamente riconosciuto all'autorità nel procedimento sanzionatorio, costituisce espressione non già di un mero potere di iniziativa, bensì di un vero e proprio potere di “codecisione”¹⁴².

Come si è anticipato, nell'apparato sanzionatorio del testo unico è inserita una norma del tutto distinta da quelle sinora prese in rassegna: l'art. 196, infatti, nel prevedere gli illeciti e le relative sanzioni applicabili ai promotori finanziari, non solo si discosta dalla tecnica legislativa utilizzata nel plesso di norme in rassegna – omettendo di individuare gli illeciti sanzionabili e le relative sanzioni –, ma differisce anche per la procedura applicativa, che non segue il procedimento di cui all'art. 195 t.u.i.f., bensì la disciplina generale di cui alla legge n. 689/1981.

La norma prevede che i promotori finanziari che violino le norme del t.u.i.f. o le disposizioni, generali o particolari, emanate dalla CONSOB in forza di esso, possano essere puniti, a seconda della gravità della violazione e dell'eventuale recidiva, con sanzioni che vanno dal richiamo scritto alla sanzione amministrativa pecuniaria da € 516 ad € 25.822, e dalla sospensione da uno a quattro mesi dall'albo alla radiazione. Nell'evidente carenza di determinatezza delle violazioni rilevanti a norma dell'art. 196, si inserisce il regolamento di cui alla deliberazione CONSOB n. 11522 in data 1 luglio

La competenza della Corte d'appello relativamente alle “controversie” di cui all'art. 195 t.u.i.f. è stata ribadita dal decreto legislativo n. 5/2003 (art. 1, comma 2).

¹⁴¹ Vedi, *amplius*, F. CAPRIGLIONE, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, cit., *sub* artt. 195 – 196, d. lgs. n. 58/1998, 1398.

1998, adottato ai sensi dell'art. 31, comma 6, lettera h), del t.u.i.f.¹⁴³: è dunque un atto normativo della medesima autorità indipendente ad individuare e tipicizzare le condotte illecite dei promotori finanziari e le relative sanzioni, rendendo meno generica e – sia pur relativamente – maggiormente plausibile rispetto al principio di legalità la comminatoria di cui alla norma in rassegna. In particolare, il regolamento CONSOB prevede l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione di talune regole di presentazione e di comportamento da osservarsi nei rapporti con gli investitori e per la violazione degli obblighi di comunicazione nei confronti delle commissioni regionali e provinciali per l'albo dei promotori finanziari.

Quanto alle sanzioni, si tratta di misure eterogenee. Tuttavia, tanto le misure che richiamano le categorie proprie dell'illecito disciplinare (richiamo scritto, sospensione e radiazione), quanto la sanzione amministrativa pecuniaria, devono egualmente essere inquadrate tra le misure a matrice punitiva¹⁴⁴, in ragione degli interessi pubblicistici sottesi alla repressione degli illeciti in esame.

Le sanzioni in parola sono applicate direttamente dalla CONSOB, senza alcun intervento ministeriale, con provvedimento motivato, previa contestazione degli addebiti agli interessati e valutate le deduzioni scritte da essi presentate nei successivi trenta giorni, termine entro il quale gli interessati possono chiedere di essere sentiti personalmente.

Le sanzioni previste dall'art. 196 sono integralmente regolate – tanto dal punto di vista sostanziale quanto da quello procedimentale – dalle disposizioni contenute nella legge n. 689/1981¹⁴⁵, di cui, tuttavia, viene espressamente escluso l'istituto del pagamento in misura ridotta previsto dall'art. 16.

La responsabilità delle società *che si avvalgono* dei promotori responsabili delle violazioni è, anche per questo genere di illeciti, meramente solidale: viene, comunque, ribadito l'obbligo di esercitare diritto di regresso verso i responsabili, qualora al pagamento della sanzione abbiano provveduto gli intermediari.

Sempre in relazione alla attività dei promotori finanziari, il t.u.i.f. attribuisce alla CONSOB il potere, in caso di necessità e urgenza, di sospendere in via cautelare il promotore dall'esercizio dell'attività, per un periodo massimo di sessanta giorni, qualora sussistano elementi che *facciano presumere* l'esistenza di gravi violazioni di legge o delle disposizioni, generali o particolari, impartite

¹⁴² F. ARZILLO, *Le sanzioni amministrative nel decreto Eurosim*, in *Mondo Bancario*, 1997, n. 4, 21; F. CAPRIGLIONE, *op. ult. cit.*, 1398.

¹⁴³ G. BISOGNI, *Il regolamento CONSOB sugli intermediari finanziari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, 922 ss.

¹⁴⁴ Cfr. Cass. sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, in *Cass. civ.*, 2002, 433, secondo la quale “*il citato art. 196 prevede che i promotori finanziari sono puniti con una delle quattro sanzioni poi elencate, rendendo esplicita l'identica natura punitiva delle stesse*”.

¹⁴⁵ Cass. Civ., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383 cit., afferma la competenza giurisdizionale della A.G.O. a conoscere delle opposizioni a tutti i tipi di sanzione previste dall'art. 196 t.u.i.f.; nello stesso senso, più recentemente, Cass. Civ., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1992, in

dalla CONSOB, nonché in caso di applicazione al promotore di misure cautelari personali o di assunzione della qualità di imputato per reati di carattere economico-finanziario (art. 55). Si tratta di un provvedimento d'urgenza di natura preventiva, strumentale all'applicazione di una delle misure sanzionatorie di cui all'art. 196. Il rimedio giurisdizionale avverso le misure in parola, adottate senza il rispetto del principio del contraddittorio, si ritiene essere il ricorso al T.A.R.¹⁴⁶.

Alla CONSOB è, infine, attribuita un'ampia potestà sanzionatoria nei confronti delle persone giuridiche-società di revisione: l'autorità di vigilanza, qualora siano accertate gravi irregolarità nello svolgimento dell'attività di revisione contabile, può intimare alla società di non avvalersi, per un periodo non superiore a due anni, del responsabile della revisione al quale sono ascrivibili le irregolarità, ovvero vietare alla società di accettare nuovi incarichi di revisione per un periodo non superiore a un anno (art. 163, comma 1).

La CONSOB dispone la cancellazione dall'albo speciale quando le irregolarità sono di particolare gravità, quando sono venuti meno i requisiti previsti per l'iscrizione nell'albo speciale e la società non provvede a ripristinarli entro il termine assegnato dalla CONSOB, ovvero quando la società non ottempera ai provvedimenti adottati a norma dell'art. 163, comma 1 (art. 163, comma 2)¹⁴⁷.

Si tratta di sanzioni amministrative di tipo interdittivo, la cui natura punitiva richiederebbe l'applicazione dei principi sostanziali della legge n. 689/1981. Dato che non è applicabile la procedura contemplata all'art. 195 – che concerne le sanzioni di cui al titolo II della parte V del t.u.i.f., titolo cui l'art. 163 è estraneo – la procedura applicativa e i rimedi giurisdizionali ben possono riferirsi alla disciplina generale dell'81.

24. Segue: la tutela penale delle funzioni della Banca d'Italia e della CONSOB dopo la riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61).

Con l'introduzione del ridetto, nuovo, art. 2638 c.c., il decreto legislativo n. 61/2002 ha espressamente abrogato le disposizioni che, tanto nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia¹⁴⁸, quanto nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria¹⁴⁹,

¹⁴⁶ E. GALANTI, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, cit., sub art. 55, d. lgs. n. 58/1998, 1036.

¹⁴⁷ M.C. BARTESAGHI, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, cit., sub art. 163, d. lgs. n. 58/1998, 1332 ss.

¹⁴⁸ L. STORTONI – A. MEYER, *La tutela penale dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia*, in questa rivista, 1994, 822 ss.; L. FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 870 ss.; G. LOSAPPIO, *Offensività ed oggetto di tutela nel sotto-sistema del diritto penale bancario*, in questa rivista, parte I – 2000, 871 ss.; parte II – 2001, 43 ss.; A. CANO, *La tutela penale dell'informazione societaria dalla prospettiva della legislazione antitrust all'evoluzione nel testo unico della nuova legge bancaria*, in questa rivista, 1996, 445 ss.; R. F. ELLERO - C. NORDIO, *Reati societari e bancari*, Padova 1998, 271 ss.; M. ZANOTTI, *La tutela penale della vigilanza bancaria*, in questa rivista 1999, 573 ss.; M. ZANOTTI – A. MEYER, *Le false comunicazioni sociali di cui all'art. 134 t.u.l.b.*, in AA. VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario* coordinati da A. MAYER e L. STORTONI, cit., 171 ss.

sanzionavano penalmente l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della CONSOB (art. 134 t.u.l.b. ed artt. 171 e 174 t.u.i.f.).

25. Segue: a) note sul regime penale intertemporale.

Il diritto transitorio non pare destinato a sollevare particolari questioni interpretative: la nuova norma mutua, pur con qualche differenza, la propria struttura proprio dal modello di incriminazione delle funzioni di vigilanza delle *authority* già adottato con gli artt. 134 t.u.l.b., 171 e 174, comma 2, t.u.i.f.

La differenze tra la fattispecie prevista dall'art. 2638, comma 1, c.c., e le norme abrogate attengono, innanzitutto alla individuazione dei soggetti attivi che la lettera della nuova formula individua negli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori e non più in chi *svolge funzioni* di amministrazione, direzione e controllo¹⁵⁰. Altra differenza riguarda gli enti in seno ai quali può essere commesso il fatto: non più solo società, enti ed altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, ma anche altri soggetti soltanto *tenuti ad obblighi* nei loro confronti. L'oggetto materiale della condotta è stato circoscritto, ai sensi dell'art. 2638, comma 1, c.c., alle sole comunicazioni *previste in base alla legge*¹⁵¹, la cui falsità rileva allorché riguardi fatti materiali – ancorché oggetto di valutazioni¹⁵² – relativi alla *situazione economica, patrimoniale o finanziaria* dei soggetti sottoposti alla vigilanza e non più ai fatti relativi alle *condizioni economiche*. A norma dell'art. 2638, la condotta di nascondimento è punita solo se associata al ricorso a mezzi fraudolenti. La nuova disposizione, infine, estende la punibilità alle informazioni relative a beni posseduti o amministrati per conto di terzi.

Il reato di cui al capoverso dell'art. 2638 c.c. si differenzia da quelli previsti, nel precedente regime normativo, da t.u.l.b. e t.u.i.f., oltre che per la diversa individuazione dei soggetti attivi e degli

¹⁴⁹ G. CASALEGNO, in G. COTTINO, *Corporate governance. La nuova disciplina delle società quotate in mercati regolamentati*, sub art. 174, d. lgs. n. 58/1998, in *Giur. It.*, 1999, 212 ss., S. GIAVAZZI, *Profili penali dell'apparato sanzionatorio del t.u. dell'intermediazione finanziaria*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di P. MARCHETTI e L.A. BIANCHI, tomo II, Milano, 1999, 1966 ss.; L. PISTORELLI, *Corporate governance. Il nuovo assetto delle responsabilità penali*, in questa rivista, 1999, 294 ss., S. RIONDATO in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, *cit.*, sub art. 174, d. lgs. n. 58/1998, 1350 ss.; S. BONINI, *La violazione degli obblighi di collaborazione con le autorità di settore: inottemperanza a obblighi di comunicazione e tutela del mercato*, in AA. VV., *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario* coordinati da A. MAYER e L. STORTONI, *cit.*, 125 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁵⁰ L'art. 2639 c.c., come modificato dal decreto legislativo n. 61/2002, equipara, ai fini della applicazione delle sanzioni previste dai reati previsti dal Titolo XI del Libro V del codice civile – e, dunque, anche dall'art. 2638 –, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile, tanto i soggetti che sono *tenuti a svolgere la stessa funzione*, ancorché diversamente qualificata, quanto i soggetti che esercitano *in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*.

¹⁵¹ In merito al significato della locuzione, v. R. ZANNOTTI, *L'ostacolo*, *cit.*, 585.

¹⁵² Cfr. T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, 1600.

enti presso i quali possono essere commessi i reati dianzi accennata, anche per l'elemento soggettivo richiesto: da ipotesi contravvenzionali si passa ad un'incriminazione delittuosa, in cui la condotta rileva solo quando sia sorretta dalla *consapevolezza* di ostacolare le funzioni delle *authorities*.

L'analisi comparativa delle norme incriminatrici conduce a ritenere che, pur in presenza di una abrogazione espressa, la *abolitio criminis* sia limitata a quelle sottofattispecie già rilevanti a norma delle disposizioni abrogate, ma non più sussumibili nel nuovo art. 2638 c.c. Le differenze tra i reati – anche in considerazione della onnicomprensiva formulazione della fattispecie di cui al capoverso dell'art. 2638 c.c. –, pur attenendo ad elementi cardinali del reato (soggetto attivo, condotta tipica ed elemento soggettivo), non sono così marcate da attingere e modificare la struttura delle fattispecie e la loro oggettività giuridica: si tratta di diversità di carattere spesso puramente formale¹⁵³, tendenzialmente volte a specificare taluni elementi già genericamente ricompresi nelle fattispecie abrogate per restringere, in linea con le scelte di politica criminale che hanno ispirato la revisione dei reati di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., l'area del penalmente rilevante¹⁵⁴.

Per quelle sottofattispecie per cui permane la penalizzazione, vi è successione di norme penali¹⁵⁵: per i fatti commessi anteriormente alla entrata in vigore del decreto legislativo n. 61/2002, le fattispecie di cui all'art. 2638 c.c. si applicano solo laddove costituiscano disposizione più favorevole al reo (art. 2, comma 3, c.p.), come nel caso del reato di false comunicazioni alla Banca di Italia (art. 134, comma 1, t.u.l.b.), che prevedeva pene più gravi di quelle comminate dalla norma introdotta con la riforma dei reati societari.

26. Segue: b) profili di rapporti tra i reati di false comunicazioni alla Banca d'Italia ed alla CONSOB (t.u.l.b.) e la riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61).

Così inquadrato il fenomeno successorio, mette conto di verificare se la riforma abbia interessato anche altre fattispecie di reato previste nell'apparato sanzionatorio dei due testi unici: ci si riferisce, evidentemente, a quelle disposizioni – in particolare, gli artt. 139 e 140 t.u.l.b.¹⁵⁶ e l'art. 169

¹⁵³ Oltre a quanto rilevato in merito all'art. 2639 c.c., v. T. PADOVANI, *Il cammello*, cit., 1601, il quale ritiene meramente apparente l'estensione dell'oggetto delle falsità nei reati di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.: “la nuova formula [anche nei reati di false comunicazioni sociali il riferimento è alla *situazione economica, patrimoniale o finanziaria* e non più alle *condizioni economiche*], certamente più articolata, non sembra peraltro indurre alcun mutamento nello spazio applicativo della fattispecie”.

¹⁵⁴ Per quanto attiene a quegli elementi del nuovo art. 2638 c.c. che conferiscono rilevanza a condotte non previste dalle norme abrogate trova, ovviamente, piena applicazione il principio di irretroattività della legge penale.

¹⁵⁵ In tal senso, Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2002, n. 1252, in questa rivista, 2003, XXXXX che ha affermato la sussistenza di continuità normativa tra la fattispecie di reato di cui all'art. 134, comma 1, t.u.l.b. e la nuova fattispecie di reato di cui all'art. 2638, comma 1, c.c.

¹⁵⁶ L'art. 141 t.u.l.b. – che punisce le false indicazioni contenute nelle comunicazioni previste dall'articolo 106, commi 6 e 7 – è complemento di competenze proprie dell'U.I.C. e non della Banca d'Italia.

t.u.i.f. – che, pur non essendo state abrogate dall’art. 8 del decreto legislativo n. 61/2002, incriminano anch’esse il mendacio in talune comunicazioni alle autorità di vigilanza.

L’analisi del rapporto tra le norme in questione e la novella dell’art. 2638 c.c., sconta talune incertezze che discendono dal carattere meramente sanzionatorio delle incriminazioni previste dai testi unici e dalle vischiosità proprie dei reati che offrono tutela penale a funzioni, piuttosto che a beni giuridici materiali.

Da un lato la scelta di costruire il precetto dei reati previsti dagli artt. 139 e 140 t.u.l.b. e 169 t.u.i.f. attraverso l’integrale rinvio a norme extrapenali rende particolarmente laboriosa l’individuazione del bene giuridico (ovvero dei beni giuridici) concretamente tutelato dalle fattispecie incriminatrici: l’eterogeneità delle disposizioni cui la norma penale rinvia, spinge l’interprete a individuare l’oggettività giuridica del reato in un comune denominatore vieppiù diffuso e lontano dalla incriminazione.

Dall’altro l’elevazione delle funzioni delle *authorities* al rango di bene giuridico finisce col risolversi, come già si è avuto modo di anticipare nella parte introduttiva del presente contributo, in una sorta di “truffa delle etichette”¹⁵⁷, attraverso la quale il bene giuridico che si ritiene meritevole di protezione – relegato, anche qui, sullo sfondo dell’incriminazione – viene ridotto a mera *ratio* della stessa¹⁵⁸.

Nello specifico, poi, a tale comune evanescenza si aggiunge non solo la tendenziale convergenza, in un ottica di *seriazione* dei beni giuridici, delle norme in rassegna verso il medesimo bene giuridico finale – ossia quel risparmio tutelato, *in tutte le sue forme*, dall’art. 47 della Costituzione –, ma anche una reciproca sovrapposibilità dei “beni” intermedi: una falsa comunicazione all’*authority*, infatti, reca “offesa” tanto alle funzioni di vigilanza e di controllo dell’autorità che ne è destinataria, quanto alla trasparenza societaria che il contenuto della comunicazione è chiamato a garantire (plurioffensività rispetto ai beni strumentali).

La funzione critico-selettiva del bene giuridico, in un simile contesto, si riduce fortemente, rendendo assai insidioso articolare una precisa distinzione-delimitazione delle norme in rassegna. L’analisi delle varie fattispecie di reato che puniscono il falso nelle comunicazioni alle *authorities* consente, tuttavia, di distinguere le norme incriminatrici a seconda della forma della tutela (diretta ovvero mediata) offerta agli interessi coinvolti, e dunque alle funzioni delle a.a.i. ed alla veridicità delle informazioni contenute nelle comunicazioni. A seconda dell’interesse direttamente tutelato dalla norma, è così possibile distinguere tra reati di ostacolo alla funzione di vigilanza (artt. 134 t.u.l.b., 171

¹⁵⁷ P. PATRONO, *Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell’ambiente*, in questa rivista, 1989, 1027; L. PISTORELLI, *op. cit.*, 310, definisce efficacemente il fenomeno come “un artificioso tentativo di individuare reati di danno in fattispecie di mero pericolo astratto o, addirittura, presunto, ... un espediente utilizzato al solo fine di non riconoscere la reale natura dei reati in oggetto”.

¹⁵⁸ P. PATRONO, *op. ult. cit.*, 1027.

e 174, comma 2, t.u.i.f. e, oggi l'art. 2638 c.c.) e reati contro la trasparenza societaria (artt. 139 e 140 t.u.l.b. e 169 e 174, comma 1, t.u.i.f.). Deve, infatti, rilevarsi come gli artt. 134 t.u.l.b., 171 e 174, comma 2, t.u.i.f. (così come l'art. 2638 c.c.) si differenzino dai reati di mera esposizione di false informazioni alla *authority*, in quanto con essi viene ad essere direttamente sanzionata la condotta ostativa all'attività amministrativa dell'autorità¹⁵⁹, l'interesse alla correttezza delle informazioni contenute nelle comunicazioni restando meramente eventuale e mediato. Diversamente, le fattispecie incriminatrici poste a tutela della trasparenza societaria sanzionano direttamente le mendaci informazioni e, solo in via mediata, l'eventuale ostacolo alle funzioni delle a.a.i.

Malgrado l'abrogazione espressa dell'art. 174, comma 1, t.u.i.f. – che ha comportato l'*abolitio criminis* di quelle false dichiarazioni in materia di partecipazioni rilevanti e di deleghe di voto, non sussumibili nel comma secondo dell'art. 2638 c.c. – si deve, pertanto, ritenere che, tra le numerose fattispecie di falso nelle comunicazioni all'*authority*, la riforma non abbia attinto le norme di settore il cui oggetto di tutela sia la trasparenza societaria (nello specifico, gli artt. 139 e 140 t.u.l.b. e 169 t.u.i.f.), ma abbia travolto esclusivamente quelle norme – quali l'art. 1, comma 29, della legge n. 249/1997 – che, come la novellata norma codicistica, sanzionavano penalmente l'ostacolo alle funzioni amministrative dell'*authority* di settore, tutelando il destinatario delle comunicazioni rilevanti, prima ancora del loro contenuto.

27. L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (ISVAP): gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale.

L'evoluzione normativa del settore assicurativo sviluppatasi nell'ultimo ventennio ha portato, a partire dai primi anni novanta, a riformare radicalmente il ruolo e le funzioni dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni¹⁶⁰; l'Istituto, tuttavia, solo recentemente, con la risoluzione di talune ambiguità che contraddistinguevano i rapporti con il Ministro delle attività produttive¹⁶¹, ha assunto definitivamente la fisionomia di autorità indipendente.

Mette, tuttavia, conto di osservare come il percorso di emancipazione dell'ISVAP dalla tutela ministeriale non sia giunto, proprio in relazione alle funzioni di carattere sanzionatorio, a definitivo

¹⁵⁹ La esposizione di false comunicazioni, tanto nel primo comma dell'art. 134 t.u.l.b. quanto nel primo comma dell'art. 171 t.u.i.f., assume rilevanza solo ed in quanto sorretta dal dolo specifico di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza di Banca di Italia e CONSOB: sul punto v., per tutti, le osservazioni di S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFANI, S. SEMINARA e G. SPAGNOLO, *Manuale*, cit., 544.

¹⁶⁰ L'economia del presente lavoro non consente di tracciare, neppure riassuntivamente, le tappe del più ampio percorso di riforma dell'Istituto; per un primo orientamento, con particolare riferimento ai profili sanzionatori, v. E. BANI, *op. ult. cit.*, 103 ss.; R. ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997, 97 ss.

¹⁶¹ L'art. 30 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 ha previsto il trasferimento al Ministero dell'economia e delle finanze delle "funzioni inerenti ai rapporti con l'istituto per la vigilanza delle assicurazioni private e di interesse pubblico" esercitate dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato: il trasferimento, al momento della chiusura delle bozze del presente lavoro, non era stato ancora compiuto, in mancanza della normativa di attuazione.

compimento: nonostante il progressivo trasferimento dei poteri e delle attribuzioni dal Ministro all'ISVAP, il provvedimento applicativo delle sanzioni è rimasto di competenza del Ministro, secondo un riparto di competenze mutuato dal t.u.l.b.

Il riferimento normativo fondamentale, per quanto attiene ai poteri sanzionatori, è quello costituito dalla legge 12 agosto 1982, n. 576 (e successive modifiche), istitutiva dell'ISVAP, dalla legge 9 gennaio 1991, n. 20, dal D.P.R. 18 aprile 1994, n. 385 (emanato in forza della legge 24 dicembre 1993, n. 357), dai decreti legislativi 17 marzo 1995, nn. 174 e 175 e dalla legge 5 marzo 2001, n. 57.

È, in particolare, a seguito del trasferimento di competenze ministeriali operato con il D.P.R. 385/1994¹⁶², che all'ISVAP vengono definitivamente attribuite significative ed autonome competenze in materia di controllo e di vigilanza del settore: l'intervento di riforma, tuttavia, non porta alla attribuzione all'Istituto di diretti poteri sanzionatori che rimangono, quantomeno formalmente, in capo al Ministro.

A siffatto riparto di competenze in ambito sanzionatorio, fa eccezione il trasferimento¹⁶³ all'ISVAP del potere di nomina di un commissario *ad acta* in caso di gravi inosservanze delle disposizioni (tanto particolari quanto generali) impartite dalle autorità di vigilanza (art. 6 *bis*, l. n. 576 /1982). La norma prevede che la nomina sia preceduta dalla contestazione degli addebiti e dalla indicazione di un termine entro il quale l'impresa, ovvero l'ente, deve cessare i comportamenti oggetto di contestazione e rimuoverne gli eventuali effetti. Solo dopo l'inutile decorso del termine concesso, l'Istituto può provvedere alla nomina del commissario: si è rilevato come siffatta procedura applicativa sia pienamente sussumibile in quei modelli presanzionatori tipici dell'attività delle autorità indipendenti, diretti a prevenire e a neutralizzare i comportamenti illeciti piuttosto che a reprimerli¹⁶⁴. Non è, in ogni caso, dubitabile che, tanto alla luce dell'assetto procedimentale, quanto, soprattutto, del presupposto per la sua applicazione, il provvedimento di nomina sia inquadrabile nell'ambito dei provvedimenti sanzionatori di carattere interdittivo, e "soffra", dunque, dei principi generali acquisiti in ambito punitivo.

Significativi poteri d'intervento sono poi attribuiti all'Istituto in occasione delle crisi delle imprese, in occasione del superamento del margine di solvibilità, di *deficit* della quota di garanzia, e di insufficienza delle riserve tecniche. La collocazione in ambito punitivo dei poteri dell'ISVAP – che vanno dalla presenza di un rappresentante dell'Istituto alle riunioni del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e dell'assemblea, al divieto di compiere atti di disposizione sui propri beni, al

¹⁶² Cfr. R. CARANTA, *La nuova ISVAP*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 19 ss.

¹⁶³ La competenza ad emanare il provvedimento di nomina del commissario era originariamente attribuita al Ministro, mentre all'ISVAP erano accordati esclusivamente il potere di formulare una proposta, peraltro neppure obbligatoria, e quello di provvedere alla contestazione degli addebiti ai legali rappresentanti dell'ente o dell'impresa.

¹⁶⁴ Cfr. E. BANI, *op. ult. cit.*, 109.

vincolo delle attività patrimoniali, al divieto di assunzione di nuovi affari – non appare sicura¹⁶⁵. Emerge, piuttosto, una più spiccata finalità di prevenzione: i presupposti per l'adozione dei provvedimenti, infatti, non necessariamente costituiscono illeciti da punire, ma possono anche essere la manifestazione di una sofferenza patrimoniale da compensare¹⁶⁶; indice di una (quantomeno) concorrente natura punitiva è, però, il fatto che i provvedimenti in parola possano essere adottati solo a seguito della contestazione delle violazioni e del mancato completamento di una procedura di regolarizzazione.

Disposizione notevole è quella contenuta nell'art. 4, lettera c *bis*), della legge n. 576/1982, (aggiunta dall'art. 4, d. lgs. 13 ottobre 1998, n. 373), già citato nel primo paragrafo, a norma del quale l'ISVAP provvede all'adozione di ogni provvedimento ritenuto utile o necessario alla tutela delle imprese e degli utenti. Per quanto la norma non attribuisca all'Istituto la possibilità di irrogare provvedimenti tipicamente sanzionatori, non si può escludere che, in forza di tale (indeterminato) potere, possano essere adottate misure sanzionatorie atipiche, se non addirittura criptosanzionatorie: simile rischio, impone la massima cautela nella verifica della natura dei provvedimenti adottati ai sensi di questa disposizione, onde evitare che, al fine di una *efficiente* tutela delle imprese e degli utenti possano consumarsi inaccettabili fratture del sistema di garanzie dei soggetti destinatari dei provvedimenti medesimi.

Sicuramente inquadrabili in ambito punitivo, e pienamente soggette ai principi di carattere sostanziale previsti dalla legge n. 689/1981 (con cui, peraltro, si è proceduto alla loro depenalizzazione) sono le sanzioni previste agli artt. 114 e 115 del D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449 - Testo unico delle assicurazioni, cui fanno espresso rinvio¹⁶⁷ i decreti legislativi 174 e 175 del 1995, rispettivamente agli artt. 127 e 141¹⁶⁸.

¹⁶⁵ M. BIN, *Autorità Indipendenti? Il caso dell'Isvap*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 329 ss., nel tracciare un quadro generale del riparto delle competenze tra Istituto e Ministero in occasione della crisi dell'impresa, parla di provvedimento sanzionatorio in senso lato.

¹⁶⁶ G. PARTESOTTI, *Note introduttive al titolo III della legge n. 295/78*, in *Commentario alla legge n. 295/78* a cura di G. PARTESOTTI e E. BOTTIGLIERI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1980, 5; L. DESIDERIO, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva. Commentario al d. lgs. 17 marzo 1995, n. 174*, a cura di G. PARTESOTTI e M. RICOLFI, Padova, 2000, *sub* art. 50, 512 ss.

¹⁶⁷ La forma del rinvio adottata da entrambe le norme rappresenta un significativo esempio della sciattezza con cui il legislatore si occupa della materia punitiva: tanto l'art. 127 del decreto legislativo n. 174/1995, quanto l'art. 141 del decreto legislativo n. 175/1995 stabiliscono che "alle violazioni delle disposizioni di cui al presente decreto *sono applicabili le sanzioni previste* dagli articoli 114 e 115 del testo unico". Il rinvio pare, dunque, limitato alla sola appendice sanzionatoria, mentre il precetto, ricavato direttamente dagli artt. 127 e 141, dovrebbe essere individuato nelle non meglio determinate "violazioni delle disposizioni" dei decreti legislativi in oggetto. Tuttavia l'interpretazione letterale della norma rende assai critico coniugare con il principio di legalità una norma punitiva che, rispetto ad un medesimo (indeterminato) precetto, operi un rinvio *quoad penam* a due diverse disposizioni che, differiscono sensibilmente non solo per l'importo edittale della sanzione, ma anche per i parametri di computo complessivo della sanzione stessa (tanto più che gli artt. 127 e 141 prevedono che la misura minima delle sanzioni rinviate sia raddoppiata).

Per rendere meno vago il precetto e poter individuare la sanzione comminata per le diverse ipotesi di illecito non può essere consentita una artificiosa integrazione della chiara lettera delle norme di cui gli artt. 127 e 141, al fine di assumere che il rinvio agli artt. 114 e 115 non sia limitato alle sole *sanzioni*, ma si riferisca, più in generale, all'intero

L'art. 114 commina alle persone fisiche¹⁶⁹ la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del premio stabilito, ed in ogni caso non inferiore ad € 51, *per ogni contratto stipulato*. Gli illeciti amministrativi puniti sono il collocamento di rischi all'estero, l'esercizio della attività assicurativa in violazione delle disposizioni del testo unico e l'assicurazione all'estero di beni situati nel territorio nazionale o di navi coperte da bandiera italiana.

L'art. 115 individua, secondo un criterio soggettivo-formale¹⁷⁰, i soggetti attivi negli amministratori delle imprese nazionali di assicurazione, di riassicurazione o di mediazione, nei rappresentanti legali delle imprese estere e nei direttori. La condotta illecita consiste nel non osservare, o non fare osservare, "completamente e puntualmente" le disposizioni del testo unico e del regolamento. La severità della sanzione, stabilita in misura non inferiore ad € 15 e non superiore ad € 154 per ogni singola inosservanza, risulta attenuata dall'art. 10 della legge n. 689/1981.

28. *Segue: l'illecito amministrativo di collocamento di rischi all'estero e di assicurazione all'estero di beni situati nel territorio nazionale o di navi coperte da bandiera italiana (art. 114, d.p.r. 13 febbraio 1959, n. 449) al confronto con il diritto comunitario.*

L'art. 114 del d.p.r. 449/1959 presenta significativi profili di tensione rispetto al diritto comunitario: sono sanzionati, infatti, tanto la violazione del divieto di mediazione per il collocamento di rischi all'estero, quanto la stipula all'estero di assicurazioni concernenti beni situati sul territorio nazionale o navi coperte da bandiera italiana, salvo i casi di autorizzazione ministeriale relativamente a rischi speciali (art. 114, commi 1, 2 e 3, lett. c).

Come più volte osservato in dottrina¹⁷¹, il contenuto marcatamente protezionistico della norma – che, oltretutto, non opera alcuna distinzione tra paesi appartenenti all'Unione europea e paesi extracomunitari – si pone in evidente contrasto tanto con i principi di libera circolazione dei capitali e di libera prestazione dei servizi, quanto con il diritto comunitario derivato che disciplina la materia assicurativa.

contenuto normativo. Una simile forzatura interpretativa, infatti, costituisce una indebita elusione del problema della compatibilità delle norme in parola con il principio di legalità, piuttosto che la sua soluzione.

¹⁶⁸ Con riferimento all'art. 127 del decreto legislativo n. 174/1995, v. le generali considerazioni di R. CARANTA, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva. Commentario al d. lgs. 17 marzo 1995, n. 174*, a cura di G. PARTESOTTI e M. RICOLFI, cit., sub art. 127, 933 ss. cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

¹⁶⁹ Trattandosi di illeciti depenalizzati dalla legge n. 689/1981, le imprese assicurative - persone giuridiche sono sottoposte esclusivamente al regime di solidarietà previsto dall'art. 6 della medesima legge di depenalizzazione.

¹⁷⁰ Cfr. Corte cost., 6 maggio 1997, n. 124, in *Giur cost.*, 1997, 1460 ss.

¹⁷¹ V., per tutti, R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 935.

La norma, a cagione di siffatta incompatibilità, deve essere disapplicata tanto dalla P.A.¹⁷² quanto dal giudice nazionale, nella parte in cui vieta e sanziona la mediazione per la collocazione di rischi e la stipula di assicurazioni nel territorio di altri paesi membri dell'Unione europea.

29. *Segue: gli illeciti in tema di comunicazioni all'ISVAP previsti dall'art. 16 della legge 9 gennaio 1991, n. 20.*

Tra le altre norme che prevedono illeciti amministrativi¹⁷³, di particolare interesse è quella che tutela la tempestività, completezza ed esattezza delle comunicazioni che le imprese assicurative sono tenute ad inviare all'ISVAP in occasione dell'assunzione del controllo o di una partecipazione in altre società (art. 16, l. 9 gennaio 1991, n. 20, come modificato dall'art. 114, d. lgs. n. 174/1995)¹⁷⁴. Vi sono sanzionati il ritardo, l'incompletezza, l'omissione e l'erroneità. Opera di regola la sanzione amministrativa pecuniaria; tuttavia – sino al decreto legislativo 17 aprile 2001, n. 239, di cui si dirà ai paragrafi n. 31 e 32 – se l'omissione o il ritardo delle comunicazioni relative ad operazioni tra imprese o enti assicurativi e soggetti controllanti o società da questi controllate (art. 15, comma 1) avesse riguardato un atto da cui fosse derivato un *pregiudizio delle garanzie poste nell'interesse degli assicurati*, la sanzione prevista sarebbe stata quella, penale, dell'arresto fino a sei mesi e l'ammenda da € 5.164 ad € 25.822, e della pena accessoria della pubblicazione della sentenza, a spese dell'impresa, su almeno due quotidiani, di cui uno economico a diffusione nazionale.

La norma suscitava talune riserve critiche giacché la previsione di una diversa risposta sanzionatoria rispetto alle medesime condotte – nello specifico, omessa e tardiva comunicazione all'ISVAP – in tanto può ammettersi in quanto l'elemento discriminante le due forme di illecito sia sufficientemente definito. Così non poteva, invece, dirsi della vaga formula “pregiudizio alle garanzie poste nell'interesse degli assicurati”: gli atti rilevanti a norma dell'art. 16 attendono tutti, più o meno direttamente, ad una *funzione di garanzia* per gli interessi degli assicurati. Risultava pertanto assai labile, se non addirittura invisibile, il *discrimen* tra omissioni e ritardi puniti con sanzione amministrativa pecuniaria ed omissioni e ritardi penalmente rilevanti¹⁷⁵.

¹⁷² C. giust. CE, 22 giugno 1989, C-183/88, Fratelli Costanzo S.p.a. c. Comune di Milano, in *Foro it.*, 1991, IV, 129 ss., in merito alla quale si rinvia, per tutti, a T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2001, 112 ss.

¹⁷³ Si veda, *amplius*, E. BANI, *op. ult. cit.*, 119 ss.

¹⁷⁴ Per un quadro delle linee fondamentali della riforma, v. P. MONTALENTI, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva. Commentario al d. lgs. 17 marzo 1995, n. 174*, a cura di G. PARTESOTTI e M. RICOLFI, cit., *sub art.* 114, 881 ss.

¹⁷⁵ V., però, R. ZANNOTTI, *ult. op. cit.*, 106, secondo il quale la norma avrebbe dovuto essere “una traccia da seguire”, in quanto, la disposizione non avrebbe offerto astratta tutela ad una funzione, bensì tutela “immediata di quella categoria di interessi dei risparmiatori-assicurati che normalmente, in fattispecie simili, è destinata a rimanere sullo sfondo: in questo caso è stato direttamente il legislatore che ha strutturato la norma secondo un paradigma di concreta lesività rispetto ad *un interesse materiale concretamente definibile*” (corsivo nostro).

30. *Segue: a) l'abolizione degli illeciti amministrativi e del reato di omessa o ritardata comunicazione all'ISVAP (art. 16, co. 2, l. n. 20/1991) a seguito della generale riforma attuata con decreto legislativo 17 aprile 2001, n. 239.*

Le perplessità testé esposte risultano oggi superate dall' espressa abrogazione dell'art. 15 della legge n. 20/1991, ad opera dell'art. 43 del decreto legislativo 17 aprile 2001, n. 239. La novella del 2001 non ha, tuttavia, espressamente abrogato le sanzioni, tanto amministrative quanto penali, comminate dal successivo art. 16 per il ritardo, l'omissione, l'incompletezza e l'erroneità delle comunicazioni prescritte dalla norma abrogata.

Il difetto di coordinamento non stupisce, soprattutto nel sistema del diritto penale economico ove si è ormai consolidata la assai criticata¹⁷⁶ abitudine del legislatore di utilizzare lo strumento penale in chiave esclusivamente sanzionatoria di precetti inseriti in norme dalla natura e dalle finalità affatto diverse.

Deve, comunque, escludersi che gli illeciti previsti dal combinato disposto degli artt. 15 e 16 siano "sopravvissuti" all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 239/2001. Due gli ordini di considerazioni che portano a concludere per l'abrogazione delle disposizioni punitive in parola: in primo luogo il principio di legalità-tassatività esclude ogni possibilità ricercare in disposizioni normative diverse da quella espressamente rinviata dalla norma punitiva il precetto cui associare le sanzioni da questa comminate (*simul stabunt simul cadent*).

In secondo luogo, il decreto legislativo n. 239/2001 prevede un articolato ed autonomo compendio sanzionatorio per l'inosservanza delle disposizioni relative alle comunicazioni delle operazioni infragruppo. A norma dell'art. 41 sono, infatti, puniti con sanzioni amministrative pecuniarie diversamente graduate l'omissione¹⁷⁷ il ritardo, l'incompletezza o l'erroneità delle comunicazioni prescritte per quelle operazioni già rilevanti a norma dell'art. 15 della legge n. 20/1991. Pur in assenza di una espressa abrogazione delle norme punitive in rassegna, deve ritenersi che il decreto legislativo n. 239/2001 abbia riformato la disciplina delle comunicazioni in parola anche sotto il profilo sanzionatorio, con conseguente abrogazione implicita di quelle norme, anche punitive, che con il nuovo regime non sono più conciliabili¹⁷⁸.

¹⁷⁶ In merito alle questioni, anche di carattere costituzionale, sollevate dall'abuso della tecnica del rinvio, v. per tutti, S. RIONDATO, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, *cit.*, sub art. 172, d. lgs. n. 58/1998, 1344.

¹⁷⁷ Il *pregiudizio per gli interessi degli assicurati* cui si è fatto cenno rileva a fini sanzionatori anche per il decreto legislativo n. 239/2001: l'art. 41, comma 1, tuttavia, prevede un mero aggravamento della sanzione amministrativa pecuniaria – e non già il passaggio ad un illecito penale – per il caso in cui la comunicazione omessa si riferisca ad una operazione da cui sia derivato un simile effetto negativo: v. *amplius*, par. 31.

31. *Segue: gli illeciti amministrativi previsti dalla disciplina dell'attività di vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione appartenenti ad un gruppo assicurativo (artt. 41 e 42 d. lgs. 17 aprile 2001, n. 239).*

Gli illeciti amministrativi previsti dal decreto legislativo n. 239/2001 sono distinti in due gruppi di fattispecie riguardanti, rispettivamente, le comunicazioni – preventive e successive – previste in relazione a talune operazioni infragrupo (art. 9, comma 1), e le informazioni ed i dati relativi all'attività di vigilanza informativa dell'ISVAP (art. 6).

Si tratta di illeciti amministrativi di natura punitiva, come tali sottoposti – salvo le espresse deroghe di cui si dirà di seguito – ai principi di carattere sostanziale e processuale di cui alla legge n. 689/1981: la sanzione amministrativa prevista è quella, tipica, pecuniaria.

Le disposizioni in rassegna non distinguono, né chiariscono, quale sia il novero dei soggetti attivi degli illeciti e quindi dei “destinatari” delle sanzioni, novero che deve, pertanto, essere ricavato alla luce delle disposizioni del decreto legislativo cui le fattispecie punitive rinviano: posto che, tra i soggetti sottosti dalle disposizioni in parola (art. 9, comma 1, ed art. 6) agli obblighi di comunicazione ed informazione, vi sono anche le imprese di assicurazione, non è consentito escludere che responsabili degli illeciti amministrativi in rassegna possano essere anche soggetti diversi da persone fisiche.

Le condotte previste dagli illeciti introdotti dal decreto legislativo n. 239/2001 sono l'omissione, il ritardo, l'incompletezza o l'erroneità delle comunicazioni all'ISVAP relative a talune operazioni infragrupo (art. 41) ovvero relative a dati ed informazioni “utili” all'esercizio della vigilanza supplementare (art. 42).

Se le prime tre condotte si riferiscono a comportamenti tipici sufficientemente determinati, altrettanto non può dirsi dell'espressione “erroneità” delle comunicazioni: se, infatti, sotto il profilo del fatto materiale, l'espressione indica una difformità tra il contenuto della comunicazione e la realtà, più problematica è l'individuazione della cifra soggettiva della condotta. L'esposizione di fatti non rispondenti al vero può, infatti, essere tanto involontaria quanto volontaria: in questo secondo caso, tuttavia, il legislatore generalmente si riferisce alla falsità della comunicazione, piuttosto che alla sua erroneità (espressione che evoca, invece, un comportamento involontario e, dunque, la categoria della colpa). È pur vero che la legge generale di disciplina degli illeciti amministrativi, ammettendo che la responsabilità possa essere indifferentemente dolosa o colposa, salvo il caso di errore sul fatto non determinato da colpa (art. 3, l. 689/1981), induce a ritenere che gli illeciti amministrativi di comunicazione erronea previsti dal decreto legislativo n. 239/2001 comprenda sia l'errore colposo sia la volontaria falsificazione della realtà. Tuttavia, non si può non rilevare come, in linea di principio, la funzione del disposto dell'art. 3 della legge n. 689/1981 paia essere quella di estendere alle condotte

¹⁷⁸ Cfr. circolare ISVAP n. 459/D del 6 dicembre 2001, in *Bollettino ISVAP*, 4/2001, 24.

colpose la responsabilità per gli illeciti amministrativi configurati in termini di dolo, piuttosto che il contrario.

Tanto più che, riconducendo all'espressione "erroneità delle comunicazioni" anche la loro falsità, le norme risultano del tutto irrazionali: le disposizioni – soprattutto nel caso di comunicazione preventiva riguardante una operazione da cui sia derivato un "pregiudizio per gli interessi degli assicurati" – comminerebbero, infatti, per la falsità, una sanzione amministrativa molto più contenuta rispetto a quella prevista per l'omissione, divergendo sensibilmente da quella che è l'obiettiva gravità delle diverse condotte¹⁷⁹.

Le norme punitive non distinguono quali siano le operazioni assoggettate a comunicazione, né quali siano i dati e le informazioni da comunicare all'Istituto – e dunque quali siano le comunicazioni rilevanti ai fini dell'illecito –, ma rinviano l'integrazione del precetto ad altre disposizioni del decreto legislativo: le norme oggetto di rinvio, tra l'altro, attribuiscono all'ISVAP il potere di precisare con proprio provvedimento "le operazioni da assoggettare a comunicazione periodica successiva, con cadenza almeno annuale, e quelle da assoggettare ad un regime di comunicazione preventiva, fissando, altresì, le modalità e i termini per le comunicazioni stesse"(art. 9)¹⁸⁰, nonché i "le modalità ed i termini" con cui devono essere inviati i dati e le informazioni "utili" all'esercizio della vigilanza supplementare (art. 6).

Questo articolato dato normativo attribuisce agli illeciti amministrativi in commento una struttura simile a quella delle c.d. norme penali in bianco: posto che le norme del decreto legislativo n. 239/2001 indicano i presupposti, i caratteri ed il contenuto del precetto e che ai provvedimenti dell'Istituto è affidato il compito di specificare nel dettaglio il regime, le modalità ed i termini delle comunicazioni, l'integrazione del precetto ad opera del provvedimento dell'ISVAP non pare violare la riserva di legge e, dunque, il principio di legalità. È semmai la ricostruzione del fatto tipico attraverso il cennato rinvio "a catena" a risultare così faticoso e complesso da porsi, anche riguardo l'oggetto materiale della condotta, in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il corollario che predica, nell'intero sistema punitivo, chiarezza e determinatezza delle cornici di tipicità.

L'oggetto materiale dell'illecito previsto dall'art. 41 sono le comunicazioni da inviare all'ISVAP in occasione di talune operazioni infragruppo: la norma prevede limiti edittali diversi a

¹⁷⁹ In dottrina è stato correttamente rilevato come, quando il soggetto che comunica è già sottoposto all'attività di vigilanza da parte del soggetto destinatario, l'omissione sia meno grave della falsità; diversamente, l'omissione può essere più grave della falsità allorché non vi sia alcun rapporto tra il soggetto tenuto alla comunicazione e l'autorità di vigilanza cosicché la condotta omissiva "più che ostacolare le funzioni di vigilanza, le esclude del tutto". G. LOSAPPIO, *"Pendolarismo valutativo"*, cit., 874.

¹⁸⁰ A sua volta, l'art. 9 rinvia all'articolo 8, comma 1, lettere a) e b), per individuare quali siano le operazioni che l'ISVAP può assoggettare all'obbligo di comunicazione. In attesa dell'adozione da parte dell'ISVAP dei provvedimenti di attuazione del decreto legislativo n. 239/2001 e, dunque, di integrazione del precetto, il legislatore ha introdotto una disposizione transitoria (art. 44) che rinvia, per l'individuazione degli atti economicamente rilevanti che devono essere comunicati all'ISVAP, al decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato del 29 dicembre 1993 (pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 7 dell'11 gennaio 1994).

seconda che le condotte riguardino le comunicazioni preventive (sanzionate più gravemente, art. 41, commi 1 e 2), ovvero le comunicazioni successive (sanzionate meno gravemente, art. 41, commi 3 e 4); degna di notazione è l'assimilazione, a fini sanzionatori, tra omissione e ritardo superiore ai termini fissati dalla norma (incomprendibilmente differenziati tra comunicazioni preventive, per cui il termine è di sessanta giorni, e comunicazioni successive, per cui il termine è di novanta giorni): al di là della discutibile omologazione tra infrazioni di carattere sostanziale (omissione) ed infrazioni di carattere formale (ritardo), l'assimilazione risulta del tutto ingiustificata sia in prospettiva generalpreventiva che in chiave retributiva, tanto più che, volendo interpretare l'espressione "erroneità" delle comunicazioni come comprensiva della volontaria falsificazione delle stesse, l'omissione verrebbe punita più gravemente della falsità.

La sanzione prevista per l'omissione delle comunicazioni preventive è (notevolmente) aggravata nel caso in cui, dall'operazione che avrebbe dovuto essere comunicata, sia derivato un pregiudizio agli interessi degli assicurati: a fronte di un considerevole aumento dei limiti edittali della sanzione, resta alquanto vago il concetto di "pregiudizio agli interessi degli assicurati"¹⁸¹, soprattutto in considerazione della mancanza di ogni qualificazione – e, dunque, di ogni selezione – degli interessi rilevanti.

Per quanto riguarda le fattispecie previste dell'art. 42 del decreto legislativo n. 239/2001, si rileva come l'obbligo di garantire il flusso informativo "utile" all'esercizio della vigilanza supplementare – la cui violazione costituisce illecito amministrativo – sia posto tanto a carico delle imprese cui dati e le informazioni si riferiscono (art. 6, comma 1), quanto a carico delle imprese, che abbiano rapporti di partecipazione o di controllo con le prime (art. 6, comma 2): in questo caso l'obbligo di comunicazione all'ISVAP è di tipo concorrente e suppletivo in quanto sorge solo quando i dati e le informazioni non siano stati direttamente forniti dalle imprese di assicurazione cui i dati si riferiscono.

L'art. 42, rinviando all'art. 6 *tout court*, considera illeciti sia la violazione dell'obbligo principale di comunicazione da parte dalle imprese cui i dati e le informazioni si riferiscono, sia la violazione dell'obbligo di comunicazione concorrente posto su base "consolidata". Si tratta di fattispecie autonome, in quanto diversi sono i soggetti responsabili e diversi, benché collegati, sono gli obblighi la cui inottemperanza è sanzionata: in tale prospettiva si colloca la mancata previsione di una efficacia "scriminante", rispetto alla violazione dell'obbligo principale di comunicazione, dell'eventuale successiva ottemperanza su base "consolidata".

¹⁸¹ Mette a tal proposito conto di rilevare come, nel diritto assicurativo d'impresa gli "interessi degli assicurati" sono tradizionalmente riferiti alla "sicurezza" della prestazione attesa e così si coordinano alla stabilità economico-patrimoniale dell'impresa controparte contrattuale.

Il nodo critico delle fattispecie previste dall'art. 42 è rappresentato dal concetto di "utilità rispetto all'esercizio della vigilanza supplementare" sul quale l'articolo 6 è imperniato¹⁸², concetto che non consente di poter identificare preventivamente quale sia il novero dei dati e delle informazioni rilevanti ai fini della commissione dell'illecito (oggetto materiale della condotta).

Il riferimento all'utilità – che si giustifica nel quadro della disciplina extrapunitiva dell'attività di vigilanza con la necessità di evitare una rigida predeterminazione dei dati e delle informazioni sottoposti all'obbligo di comunicazione che mal si concilia con la necessità di rendere flessibile, consistente ed efficace il flusso informativo – finisce con risultare, in ambito punitivo, del tutto inafferrabile e, dunque, incompatibile con il principio di determinatezza: non vi è alcuna indicazione circa il contenuto di tale utilità, né è chiarito se la valutazione debba essere svolta in via generale o particolare, se *ex ante* ovvero *ex post*¹⁸³. Il contrasto con il principio di legalità risulta poi aggravato dalla attribuzione del giudizio sull'utilità del dato o dell'informazione alla medesima autorità, l'ISVAP, che, a norma dell'art. 4 della legge n. 576/1982, istruisce il procedimento sanzionatorio e propone al Ministro l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 42.

Quanto ai profili sanzionatori, infine, si rileva come, anche in relazione agli illeciti di cui all'art. 42, la condotta di omissione nell'invio dei dati e delle informazioni utili sia più gravemente sanzionata rispetto alla condotta di "erroneità".

32. *Segue: l'abrogazione del reato di inottemperanza alle richieste ed alle prescrizioni dell'ISVAP (art. 5, l. 12 agosto 1982, n. 576) a seguito della riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61).*

L'art. 5 della legge n. 576/1982, da ultimo modificato dall'art. 34 del decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 49¹⁸⁴, puniva con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda da € 1.032 ad € 20.658 gli amministratori, i sindaci o revisori e i direttori generali degli enti e delle imprese sottoposte alla

¹⁸² Si riferisce alle notizie "utili" anche la direttiva 98/78/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 1998.

¹⁸³ L'incertezza potrebbe essere temperata, ma non ovviata, da un eventuale provvedimento dell'ISVAP che stabilisse quali informazioni e quali dati siano da considerare "utili".

Siffatto provvedimento troverebbe una "copertura" legislativa nell'art. 6, comma 2, che si riferisce ad "informazioni richieste" dall'Istituto: al di là della limitazione del riferimento alle sole informazioni (è, infatti utilizzato il plurale femminile) ennesimo esempio del disordine del legislatore, è evidente come la richiesta da parte dell'ISVAP ben possa essere formulata preventivamente attraverso un provvedimento di carattere generale.

Resterebbe, comunque, un provvedimento distinto da quello previsto dall'art. 6, comma 1, la cui funzione è quella di specificare le modalità tecniche ed i termini temporali dell'invio delle comunicazioni: cfr. circolare ISVAP n. 456/D del 6 novembre 2001, in *Bollettino ISVAP*, 4/2001, 17 che presuppone, senza definirli, quali siano i dati e le informazioni utili all'esercizio della vigilanza supplementare.

¹⁸⁴ R. ZANNOTTI, *ult. op. cit., passim*; L.G. BRUNO, *Banche ed assicurazioni, profili sanzionatori*, in *Cass. pen.*, 1997, 2620 ss.

vigilanza all'ISVAP che non avessero ottemperato alle richieste e non si fossero uniformati alle prescrizioni dell'Istituto.

La fattispecie deve essere inquadrata tra le norme penali di settore che tutelavano le funzioni dell'autorità di vigilanza, sanzionando la disobbedienza-inottemperanza di taluni provvedimenti dell'*authority*. Diversamente dall'art. 37 della legge n. 675/1996 – che, specificando quali fossero i provvedimenti la cui inosservanza era penalmente sanzionata, consentiva di riconoscere al reato anche una finalità di tutela (indiretta) di “beni” intermedi¹⁸⁵ – l'art. 5 non conteneva alcun riferimento allo scopo cui dovevano essere preordinate le richieste e le prescrizioni non ottemperate.

La norma era, dunque, del tutto indifferente all'interesse eventualmente perseguito dall'ISVAP con le richieste e le prescrizioni: la tutela penale di un simile interesse, piuttosto che indiretta, era del tutto accidentale: l'interesse tutelato dall'incriminazione speciale era, al pari di quello tutelato dall'art. 2638 c.c., il corretto ed efficiente esercizio delle funzioni amministrative dell'ISVAP¹⁸⁶.

Pertanto, il reato previsto dall'art. 5 della legge n. 576/1982 deve ritenersi implicitamente abrogato a seguito dell'introduzione della disposizione di carattere generale di cui al capoverso dell'art. 2638 c.c. e, più in generale, a seguito del rifacimento del sistema di tutela penale delle a.a.i. attuato con il decreto legislativo di riforma dei reati societari (d. lgs. n. 61/2002).

33. *Segue: a) profili di diritto intertemporale.*

Per quanto attiene ai rapporti tra la norma abrogata e l'art. 2638 c.c. ed alle relative questioni di diritto intertemporale, le considerazioni svolte *supra*, al paragrafo n. 16, possono essere estese, *mutatis mutandis*, anche alla abrogazione del reato in rassegna.

Il fatto tipico segna, anche in questo caso, il passaggio da un reato formale (art. 5, l. n. 576/1982) ad un reato “di risultato” (art. 2638, comma 2, c.c.): ciò nondimeno, si è già avuto modo di rilevare come – in mancanza di qualsivoglia elemento tipicizzante di segno contrario nel precetto della norma di cui al capoverso dell'art. 2638 c.c. – il carattere indefinito del concetto di “ostacolo” finisca con il ricomprendere la stessa inottemperanza ai provvedimenti delle autorità di vigilanza (e dunque anche alle richieste ed alle prescrizioni dell'ISVAP cui si riferiva l'art. 5, l. n. 576/1982), che sia disfunzionale rispetto all'esercizio delle funzioni dell'autorità medesima.

Le altre differenze tra le due norme attengono alla individuazione dei possibili soggetti attivi ed all'elemento soggettivo richiesto.

I soggetti attivi del reato di cui all'art. 5 della legge n. 576/1982 erano individuati in chi ricopriva formalmente la carica di amministratore, di sindaco, di revisore e di direttore generale degli

¹⁸⁵ V., *supra*, par. 15.

¹⁸⁶ R. ZANNOTTI, *ult. op. cit.*, 212.

enti e delle imprese sottoposte alla vigilanza dell'ISVAP; il combinato disposto dell'art. 2638 c.c. e dell'art. 2639 c.c. equipara al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla disciplina civilistica tanto chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, quanto chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Per quanto attiene all'elemento soggettivo, si è passati da un reato contravvenzionale, che sanzionava indifferentemente condotte colpose e dolose, ad una fattispecie delittuosa a dolo diretto.

Il rimarcato carattere onnicomprensivo dell'art. 2638, comma 2, c.c.¹⁸⁷ conduce a ritenere che tra l'art. 5 della legge n. 576/1982 e la nuova norma incriminatrice vi sia sufficiente omogeneità sul piano della tipicità formale astratta¹⁸⁸, posto come con l'introduzione della nuova norma vi sia stata una mera specificazione di elementi genericamente ricompresi nella fattispecie abrogata. Le due norme si pongono, pertanto, in successione: la parziale *abolitio criminis* riguarda esclusivamente quelle sottofattispecie, prima riconducibili nella sfera di punibilità della norma abrogata, che sono uscite dalla sfera del penalmente rilevante.

34. Segue: gli illeciti amministrative e le relative sanzioni contro le imprese di assicurazione operanti nel settore della "RC auto" previste dalla legge 5 marzo 2001, n. 57.

L'ultimo intervento normativo in ambito assicurativo in ordine di tempo è dato dalla già citata legge n. 57/2001, intervenuta nel settore già regolato dalla legge 24 dicembre 1969, n. 990. La legge del 2001 reca sanzioni per un'ampia gamma di comportamenti delle imprese di assicurazione esercenti il ramo dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, e disciplina in via generale l'opposizione alle sanzioni pecuniarie ovvero disciplinari previste in materia di esercizio delle assicurazioni private.

Le sanzioni previste dalla novella sono poste a tutela della trasparenza del mercato, del contraente l'assicurazione e del danneggiato e puniscono illeciti riferibili alle persone giuridiche-imprese che esercitano l'attività assicurativa nello specifico settore (artt. 2, 4 e 5): la considerevole ampiezza del mercato della r.c. auto e l'alta conflittualità esistente nel settore inducono a ritenere assai probabile una frequente applicazione di questo tipo di provvedimenti.

La legge distingue tra comportamenti contrari alle norme per la trasparenza del mercato (art. 2) – puniti con “sanzione amministrativa pecuniaria” – e comportamenti contrari agli obblighi delle imprese assicuratrici nei confronti dei contraenti l'assicurazione obbligatoria per la circolazione dei veicoli e nella gestione dei sinistri (art. 4 e 5) – puniti con “sanzione pecuniaria”. Ma la natura degli illeciti e delle relative sanzioni è la medesima. Si tratta di sanzioni punitive, e le norme della legge n.

¹⁸⁷ V. par. 1.

689/1981 ed i principi, tanto sostanziali quanto procedurali, ivi riconosciuti trovano piena applicazione, salvo quanto diversamente stabilito.

Le sanzioni previste generalmente possono apparire di importo modesto (per l'omessa risposta ad una richiesta risarcitoria si può, tuttavia, giungere all'irrogazione di una sanzione di € 123.949), soprattutto se paragonato ai fatturati delle imprese interessate al settore. Si noti, peraltro, che i comportamenti sanzionati costituiscono per talune compagnie vere e proprie prassi: sanzioni unitariamente contenute possono diventare complessivamente assai gravose, dato che gli importi riguardano il singolo illecito.

La legge prevede una ulteriore misura, pure di natura punitiva, inserita all'art. 12 *quater*, della legge n. 990/1969, a norma del quale viene "fatta salva" la facoltà di revocare l'autorizzazione all'esercizio del ramo responsabilità civile per la circolazione dei veicoli a motore in caso di reiterato e sistematico rifiuto o elusione dell'obbligo di contrarre. Dinanzi ad una sanzione di simile portata, se l'utilizzo di una espressione ellittica pare, quantomeno, poco opportuno, l'attribuzione di una totale discrezionalità in merito alla applicazione della misura rappresenta un elemento di evidente tensione rispetto al principio di legalità.

Le sanzioni previste dalla legge n. 57/2001, così come le altre sanzioni amministrative di cui si è detto nei paragrafi precedenti, sono applicate con provvedimento motivato del Ministro delle attività produttive, su proposta dell'ISVAP formulata successivamente agli adempimenti – anch'essi compiuti dall'ISVAP – di cui all'art. 18, comma 2, della legge n. 689/1981 (art. 4, l. n. 576/1982). Deve ritenersi, proprio in ragione della attribuzione all'Istituto dell'attività istruttoria e di valutazione delle difese degli interessati, che l'ISVAP sia contitolare del potere sanzionatorio di cui trattasi, e che, rispetto alla proposta al Ministro dell'industria, possano essere svolte le medesime considerazioni svolte a proposito dalle proposte formulate, nel settore creditizio e finanziario, da Banca di Italia e CONSOB.

L'art. 6 della legge n. 57/2001 (che abroga espressamente ogni diversa disposizione) stabilisce che avverso il provvedimento con il quale il Ministro delle attività produttive irroga, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 576/1982, una sanzione prevista per le irregolarità nell'attività di liquidazione dei sinistri (art. 5, l. n. 57/2001), ovvero avverso ogni altro provvedimento di irrogazione di sanzioni pecuniarie o disciplinari previste da norme che disciplinano l'esercizio delle assicurazioni private – ivi compreso quello dell'attività di agente, di mediatore di assicurazione e di riassicurazione e di perito assicurativo – è ammesso ricorso al giudice amministrativo che procede a norma degli artt. 33, comma 1, e 45, comma 18, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

¹⁸⁸ G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in *Foro it.*, 1990, 638.

35. *La Commissione di vigilanza sui fondi pensione: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione, le forme di tutela giurisdizionale.*

La Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP)¹⁸⁹ è stata istituita dall'art. 16 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, recante “Disciplina delle forme pensionistiche complementari, a norma dell'articolo 3, comma 1, lettera v), della legge 23 ottobre 1992, n. 421”, allo scopo di perseguire la corretta e trasparente amministrazione e gestione dei fondi per la funzionalità del sistema di previdenza complementare. L'originaria configurazione normativa della Commissione è stata modificata, dapprima con la legge 8 agosto 1995, n. 335 e, successivamente, con la legge 17 maggio 1999, n. 144: il processo di riforma del ruolo e delle funzioni della COVIP, nonché delle modalità di nomina dei suoi componenti, ha comportato un progressivo affrancamento della Commissione dalle ingerenze e dalla tutela del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, così da fare assumere alla Commissione medesima una fisionomia (quantomeno assimilabile a quella) di autorità indipendente.

Il compendio sanzionatorio alla attività della COVIP, contemplato dagli artt. 15 e 18 *bis* del decreto legislativo n. 124/1993 (aggiunto all'originario articolato dall'art. 16 della legge n. 335/1995), prevede tanto illeciti amministrativi quanto illeciti penali.

Sono considerati illeciti amministrativi, puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma, la mancata tempestiva ottemperanza, anche parziale, alle richieste formulate della Commissione nell'esercizio dell'attività di vigilanza (art. 18 *bis*, comma 4), nonché l'omessa comunicazione relativa alla sopravvenuta variazione della condizione di onorabilità dei componenti degli organi collegiali e dei responsabili del fondo nei quindici giorni successivi al momento in cui sono venuti a conoscenza degli eventi e delle situazioni modificative (art. 18 *bis*, comma 5).

I soggetti attivi di entrambe le fattispecie di illecito amministrativo sono individuati nei componenti degli organi di amministrazione e di controllo, nonché nei responsabili del fondo. Gli illeciti prevedono tutti sanzioni amministrative pecuniarie di natura punitiva – il cui compasso edittale varia da € 2.582 ad € 15.493 –, alla cui disciplina sostanziale sono applicabili i principi previsti dalla legge n. 689/1981¹⁹⁰. Il procedimento applicativo è, invece, regolato mediante rinvio alla “procedura di cui al titolo VIII, capo VI, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385” e, dunque, all'art. 145 t.u.l.b. che costituisce l'unica norma prevista nel capo in parola; il coordinamento con l'art. 145 t.u.l.b. è assicurato dalla espressa attribuzione delle competenze della Banca d'Italia alla Commissione di

¹⁸⁹ C. NOTARMUZI, *La Commissione di vigilanza sui fondi pensione*, Milano, 1999; M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000; F.G. CATULLO, *Gli interessi in gioco nella fattispecie di esercizio abusivo dell'attività dei fondi pensione*, in *Riv. pen.*, 2002, 103 ss.

vigilanza sui fondi pensione e delle competenze del Ministro dell'economia e delle finanze al Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Il decreto legislativo n. 124/1993 prevede, poi, che il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con decreto emesso su proposta della COVIP, disponga la sospensione ovvero, nei casi di maggiore gravità, dichiarare la decadenza dall'incarico dei componenti degli organi collegiali, dei responsabili del fondo pensione nonché dei commissari straordinari incaricati dello scioglimento o della liquidazione del fondo che non ottemperino alle richieste o non si uniformano alle prescrizioni della COVIP (art. 15, comma 3, lettera a); che forniscano alla COVIP informazioni false (art. 15, comma 3, lettera b); che violino le disposizioni – dettate dall'art. 6, commi 4 e 5 – per la scelta degli investimenti dei fondi (art. 15, comma 3, lettera c); che non effettuino le comunicazioni relative alla sopravvenuta variazione della condizione di onorabilità nel termine di quindici giorni dal momento in cui sono venuti a conoscenza degli eventi e delle situazioni relative (art. 15, comma 3, lettera d).

Si tratta di sanzioni amministrative di tipo interdittivo con una spiccata finalità cautelare, la cui natura punitiva predica l'applicazione dei principi sostanziali della legge n. 689/1981. Per questo tipo di misure, non essendo previsto il rinvio all'art. 145 t.u.l.b., la procedura applicativa e i rimedi giurisdizionali devono essere ricavati dalla disciplina generale del 1981, in quanto compatibile.

36. *I reati previsti dall'art. 18 bis, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124. Profili di rapporti tra i reati di false comunicazioni alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione (art. 18 bis, comma 2, d. lgs. n. 124/1993) e la riforma dei reati societari (d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61).*

Le fattispecie di reato previste dall'art. 18 *bis* sono l'esercizio abusivo dell'attività dei fondi pensione e le false comunicazioni alla COVIP¹⁹¹. L'art. 18 *bis*, primo comma, punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da € 5.164 ad € 25.822, l'esercizio dell'attività dei fondi pensione senza l'autorizzazione della Commissione imposta dall'art. 4 del decreto legislativo n. 124/1993¹⁹². La fattispecie di false comunicazioni alla autorità di vigilanza è prevista dall'art. 18 *bis*, comma 2, a norma del quale sono puniti, con l'arresto da sei mesi a tre anni, i componenti degli organi di amministrazione e di controllo del fondo pensione e i responsabili del fondo che forniscono alla COVIP segnalazioni, dati o documenti falsi.

¹⁹⁰ L'art. 18 *bis*, comma 5 *bis* (introdotto dall'art. 58, comma 8, lett. *d*), l. n. 144/1999) tuttavia, prevede l'inapplicabilità alle sanzioni previste ai commi precedenti delle disposizioni contenute nell'art. 16 della legge n. 689/1981 e, dunque, l'inammissibilità del pagamento delle sanzioni medesime in misura ridotta.

¹⁹¹ Si segnala come, a norma dell'art. 18 *bis*, comma 3, il rendiconto e il prospetto della composizione e del valore del patrimonio del fondo pensione, siano considerati quali *comunicazioni sociali* “agli effetti di cui all'articolo 2621 del codice civile”.

¹⁹² V., *amplius*, F. G. CATULLO, *op. cit.*, 103 ss.

La riforma dei reati societari non ha interessato la fattispecie in parola: il reato di cui all'art. 18 *bis*, comma 2, decreto legislativo n. 124/1993 non è stato espressamente abrogato ad opera del decreto legislativo n. 61/2002, né può ritenersi che vi sia stata abrogazione implicita per nuova regolamentazione della materia a seguito della introduzione dei reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.).

Deve preliminarmente rilevarsi come le incertezze tuttora esistenti in merito alla collocazione della COVIP tra le autorità amministrative indipendenti, non escludano che la Commissione possa essere considerata una "autorità pubblica di vigilanza" ai fini dell'applicazione dell'art. 2638 c.c.: nonostante la genericità della formula adottata dal decreto legislativo n. 61/2002, deve ritenersi che, nel novero dei soggetti passivi del reato di cui all'art. 2638 c.c., vadano inseriti tutti gli enti dotati di personalità giuridica di diritto pubblico – espressamente riconosciuta alla COVIP dall'art. 16, comma 2, del decreto legislativo n. 124/1993 –, cui siano attribuiti compiti di vigilanza di settore, restando del tutto irrilevante quale grado di indipendenza sia riconosciuto all'ente.

L'esclusione del reato di false comunicazioni alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione dalla abrogazione implicita nella riforma del 2002, discende, piuttosto, dalla diversa forma (diretta ovvero mediata) di tutela delle funzioni della autorità di vigilanza apprestata dall'art. 18 *bis*, comma 2, e dall'art. 2638 c.c. Quest'ultimo sanziona direttamente la condotta ostativa all'attività amministrativa dell'autorità, tutelando in forma meramente mediata l'interesse alla correttezza delle informazioni contenute nelle comunicazioni¹⁹³. Nella norma incriminatrice prevista dall'art. 18 *bis*, comma 2, del decreto legislativo n. 124/1993, non vi è, invece, alcun elemento da cui desumere che l'interesse immediatamente tutelato dal reato sia il corretto ed efficace svolgimento delle funzioni di vigilanza della COVIP. Non essendovi identità tra gli interessi direttamente tutelati dalle fattispecie incriminatrici, non è possibile affermare – per le ragioni già esposte in relazione ai reati di false comunicazioni alla Banca d'Italia ed alla CONSOB¹⁹⁴ – che il reato di cui all'art. 18 *bis*, comma 2, del decreto legislativo n. 124/1993, disciplini la medesima materia sottoposta a complessiva riforma dal decreto legislativo n. 61/2002.

L'eventuale concorso tra la norma generale e la norma che punisce le false comunicazioni alla COVIP, è disciplinato dalla clausola di riserva "*salvo che il fatto costituisca più grave reato*", prevista dall'art. 18 *bis*, comma 2, per cui trova applicazione la sola norma di cui all'art. 2638 c.c., che commina pene più gravi, tanto nel minimo quanto nel massimo edittale.

¹⁹³ Si è già avuto modo di rilevare come tale conclusione si ricavi dal fatto che l'esposizione di false comunicazioni assume rilevanza ai sensi dell'art. 2638 c.c. solo quando sia sorretta dal dolo specifico di ostacolare l'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

¹⁹⁴ V., *amplius supra*, par. 26.

37. *La Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali: gli illeciti amministrativi, le relative sanzioni, il procedimento di applicazione e le forme di tutela giurisdizionale.*

Alla Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sull'esercizio di sciopero nei servizi essenziali¹⁹⁵, sin dalla legge 12 giugno 1990, n. 146, è stato attribuito un ruolo significativo nel sistema sanzionatorio delle condotte contrarie alle regole, legali e negoziali, di esercizio dello sciopero nei servizi essenziali.

Il sistema sanzionatorio previsto dal legislatore del 1990, tuttavia, era immediatamente apparso inadeguato rispetto al disegno complessivo della legge e, nella sua applicazione pratica, aveva risentito negativamente di una prassi sostanzialmente elusiva del dovere di applicazione delle sanzioni individuali da parte dei datori di lavoro. Inoltre, l'esito del referendum del 1995, con cui erano stati abrogati gli artt. 23 e 26 dello Statuto dei lavoratori, aveva travolto di fatto anche la sanzione che colpiva le organizzazioni sindacali proprio attraverso il sistema di corresponsione delle quote associative¹⁹⁶. Non solo. L'intero assetto delle sanzioni c.d. collettive, pensato per le organizzazioni sindacali maggiormente strutturate, si era rivelato sostanzialmente privo di efficacia verso quelle entità sindacali che già erano escluse dalle trattative o che non percepivano contributi, e che, tuttavia, erano sovente alla testa degli scioperi più radicali e selvaggi.

Gli insoddisfacenti risultati ottenuti hanno indotto il legislatore a razionalizzare, in occasione della legge 11 aprile 2001, n. 83, la disciplina del diritto di sciopero anche sul versante punitivo: la legge ha radicalmente riorganizzato l'intero sistema, estendendo – tra l'altro – le sanzioni a tutti gli attori dello scontro: i singoli lavoratori subordinati ed autonomi, i professionisti, le organizzazioni

¹⁹⁵ R. ROMEI, in *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, a cura di M. RUSCIANO e G. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1991, sub art. 4, 48 ss.; P. PASCUCCI, *L'apparato sanzionatorio (art. 4, 5, 9 e 11)*, in *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario sistematico alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, a cura di T. TREU, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991, 57 ss.; ID., *La riforma della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 745 ss.; M. PIVETTI, *Note sul sistema sanzionatorio previsto dalla legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *Dir. lav.*, 1992, 252 ss.; U. ROMAGNOLI, *Dall'etica al diritto (a proposito dei nuovi illeciti in materia di sciopero)*, in *Lav. e dir.*, 1993, 47 ss.; E. GRAGNOLI, *Sciopero sanzioni collettive e responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 157 ss.; M. D'APONTE, *Sul ruolo della Commissione di garanzia nell'apparato sanzionatorio della L.146/90*, in *Dir. lav.*, 1996, 198 ss.; M. P. MONACO, *L'apparato sanzionatorio della legge sullo sciopero dei servizi pubblici essenziali e il potere della Commissione di garanzia di valutazione del comportamento degli scioperanti*, in *Studium Juris*, 1996, 788 ss.; G. FONTANA, *Modifiche ed integrazioni alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, 960 ss.; G. PERA, *Le nuove regole sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *Corr. giur.*, 2000, 705 ss.; F. BASENGHI, *Le sanzioni nella nuova disciplina*, in *Il sole 24 ore - Guida al lavoro*, n. 16, 21 ss.; E. M. TERENCEZIO, *Le sanzioni collettive e il relativo diritto-potere del datore di lavoro di irrogarle nella legge 12 giugno 1990, n. 146, così come modificata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 535 ss.; A. PILATI e A. RAFFI, in *Commentario Breve alle leggi sul lavoro*, a cura di M. GRANDI e G. PERA, 2^a ed., Padova, 2001, sub art. 4, l. 12 giugno 1990, n. 146, 994 ss.;

¹⁹⁶ Anche la Corte costituzionale era intervenuta a correggere l'impianto sanzionatorio, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, della legge n. 146/90 nella parte in cui non subordinava l'irrogazione datoriale della sanzione collettiva alla previa valutazione negativa della Commissione di garanzia: Corte cost. 24 febbraio 1995, n. 57, in *Giur. cost.*, 1995, 481 ed in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, 738 con nota di C. CORSINOVI, *La razionalizzazione dell'assetto sanzionatorio configurato dalla L. n. 146 del 1990 a carico del sindacato.*

sindacali e quelle rappresentative dei lavoratori autonomi, i piccoli imprenditori, ed i dirigenti e legali rappresentanti delle aziende erogatrici dei servizi.

L'apparato sanzionatorio della legge n. 146/1990, si compendia negli artt. 4, 9 – che contengono la previsione degli illeciti e delle relative sanzioni – e 20 *bis* – che individua il rimedio giurisdizionale esperibile avverso le decisioni della Commissione in tema di sanzioni ed il giudice competente alla decisione.

Norma centrale resta l'art. 4 che reca sanzione per un ampio, e tendenzialmente completo, spettro di comportamenti contrari alla regolamentazione, tanto procedurale, quanto sostanziale, dello sciopero nei servizi essenziali, prevista dagli art. 2 e 2 *bis* della medesima legge n. 146/1990.

Per quanto attiene alle misure previste nei confronti dei lavoratori che si astengono dal lavoro in occasione di uno sciopero indetto in violazione degli obblighi previsti dalla legge o dalle sue fonti attuative, o che, richiesti di assicurare le prestazioni indispensabili, non prestano la propria consueta attività, sono previste sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione, con la sola eccezione delle misure che comportano l'estinzione o mutamenti definitivi del rapporto. In tali casi, la Commissione, ove rilevi un comportamento individuale illecito, prescrive al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari¹⁹⁷: l'applicazione delle sanzioni in parola è, dunque, delegata ai datori di lavoro che, nel caso di sanzioni disciplinari di carattere pecuniario, sono tenuti a versare le trattenute all'Istituto nazionale della previdenza sociale, gestione dell'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria (art. 4, comma 1).

Le sanzioni nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori responsabili della proclamazione o della adesione ad uno sciopero in violazione all'art. 2 della legge, sono la sospensione dei permessi sindacali retribuiti ovvero dei contributi sindacali comunque trattenuti dalla retribuzione, ovvero entrambi, per la durata dell'astensione e comunque per un ammontare complessivo non inferiore ad € 2.582 e non superiore ad € 25.822, tenuto conto della consistenza associativa, della gravità della violazione, dell'eventuale recidiva, e della gravità degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico (art. 4, comma 2)¹⁹⁸. È altresì previsto che le organizzazioni medesime nonché tutti “i soggetti” che proclamano lo sciopero, o vi aderiscono, possano essere esclusi dalle trattative alle quali partecipino per un periodo di due mesi dalla cessazione del comportamento (art. 4, comma 3).

L'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 2, comma 2, ed alle sue norme di attuazione, ovvero il mancato corretto adempimento agli obblighi, anche preventivi, di informazione all'utenza in merito ai tempi ed ai modi di erogazione dei servizi essenziali durante lo sciopero ed in merito alle

¹⁹⁷ Quanto al procedimento di applicazione delle sanzioni disciplinari prescritte dalla Commissione, si ritiene che, nonostante alcune opinioni contrarie apparse anche in giurisprudenza, siano in ogni caso applicabili le norme generali, legali e contrattuali, che regolano – anche sotto l'aspetto procedurale – l'applicazione delle sanzioni disciplinari, quali quelle previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori.

¹⁹⁸ Anche in questo caso, i contributi sindacali trattenuti dal datore di lavoro sulla retribuzione sono devoluti all'Istituto nazionale della previdenza sociale, gestione dell'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria.

misure per la successiva riattivazione del servizio regolare da parte delle imprese e degli enti tenuti ad erogare i servizi, sono invece sottoposti a sanzione amministrativa pecuniaria da € 2.582 ad € 25.822, tenuto conto della gravità della violazione, dell'eventuale recidiva, dell'incidenza di essa sull'insorgenza o sull'aggravamento di conflitti e del pregiudizio eventualmente arrecato agli utenti (art. 4, comma 4). Alla medesima sanzione sono, poi, sottoposti le associazioni e gli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, dei professionisti o dei piccoli imprenditori, in solido con i medesimi singoli lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, che abbiano aderito alla protesta e si siano astenuti dalle prestazioni, in violazione dei codici di autoregolamentazione, della regolazione provvisoria della Commissione di garanzia e in ogni altro caso di violazione dell'obbligo di garantire l'effettuazione delle prestazioni indispensabili.

Le organizzazioni sindacali responsabili degli illeciti, alle quali non possano essere applicate le sanzioni c.d. collettive (in quanto non godono di permessi sindacali retribuiti e di contributi sindacali o in quanto non partecipano a trattative), sono punite con una sanzione amministrativa pecuniaria sostitutiva da € 2.582 ad € 25.822, tenuto conto della consistenza associativa, della gravità della violazione e dell'eventuale recidiva, nonché della gravità degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico (art. 4, comma 4 *sexies*).

In merito alle sanzioni, individuali e c.d. collettive, che debbono essere applicate dalla parte datoriale, si prevede che i dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche ed i legali rappresentanti degli enti e delle imprese erogatrici dei servizi che, nel termine indicato per l'esecuzione della delibera della Commissione di garanzia, non applicano le sanzioni, siano soggetti ad una sanzione amministrativa pecuniaria da € 206 ad € 516 per ogni giorno di ritardo ingiustificato, tenuto conto della gravità della violazione e della eventuale recidiva. La medesima sanzione amministrativa pecuniaria si applica ai dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche ed ai legali rappresentanti degli enti e delle imprese erogatrici dei servizi che non forniscano, nei successivi trenta giorni, le informazioni riguardanti gli scioperi proclamati ed effettuati, le revoche, le sospensioni ed i rinvii degli scioperi proclamati, le relative motivazioni e le cause di insorgenza dei conflitti (art. 4, comma 4 *sexies*).

L'art. 4, comma 4 *ter*, prevede che le sanzioni, tanto quelle individuali, quanto quelle c.d. collettive, siano raddoppiate nel massimo se l'astensione collettiva viene effettuata nonostante la delibera di invito della Commissione di garanzia a differire lo sciopero, a riformulare la proclamazione in conformità alla legge, agli accordi o ai codici di autoregolamentazione, ovvero a desistere da comportamenti ad essi contrari.

La procedura applicativa delle sanzioni previste dall'art. 4 si apre su segnalazione delle parti interessate, delle associazioni degli utenti, delle autorità nazionali o locali che vi abbiano interesse o di iniziativa della medesima Commissione. L'apertura del procedimento viene notificata alle parti, che hanno termine di trenta giorni per presentare osservazioni e chiedere di essere sentite, decorso il quale –

e, comunque, non oltre sessanta giorni dall'apertura del procedimento – la Commissione formula la propria valutazione dei soggetti interessati dallo sciopero.

Ove la Commissione valuti negativamente il comportamento dei soggetti attivi-responsabili degli illeciti, e dunque delle organizzazioni sindacali, delle associazioni o organismi di rappresentanza di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, delle amministrazioni e delle imprese, nonché degli aderenti allo sciopero, delibera le sanzioni, ne cura la notifica alle parti interessate ed indica il termine entro il quale la delibera deve essere eseguita, con avvertenza che dell'avvenuta esecuzione deve essere data comunicazione alla Commissione di garanzia nei trenta giorni successivi.

Le sanzioni amministrative pecuniarie, deliberate dalla Commissione, vengono applicate con ordinanza-ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro – Sezione Ispettorato del lavoro, secondo un criterio soggettivo-formale, ai dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche e i legali rappresentanti delle imprese e degli enti tenuti ad erogare i servizi essenziali ovvero al legale rappresentante responsabile dell'organizzazione sindacale. Avverso le deliberazioni della Commissione di garanzia in materia di sanzioni, è ammesso, a norma dell'art. 20 *bis*, ricorso dinanzi al Giudice del Lavoro.

Con l'art. 9 viene sanzionata l'inosservanza dell'ordinanza di precettazione emessa dal Presidente del Consiglio dei Ministri o di un Ministro da questi delegato, ovvero dal Prefetto, allorquando vi sia fondato pericolo che un grave ed imminente pregiudizio ai diritti della persona costituzionalmente garantiti possa derivare dall'esercizio del diritto di sciopero (art. 8). I singoli prestatori di lavoro, i professionisti ed i piccoli imprenditori che non osservino le disposizioni contenute nella ordinanza sono assoggettati – tenuto conto della gravità dell'infrazione e delle condizioni economiche del responsabile – ad una sanzione amministrativa pecuniaria da € 258 ad € 2.582 per ogni giorno di mancata ottemperanza. Le organizzazioni dei lavoratori, le associazioni e gli organismi di rappresentanza dei lavoratori autonomi, dei professionisti e dei piccoli imprenditori, che non ottemperano all'ordinanza di precettazione sono puniti – tenuto conto della consistenza economica dell'organizzazione, associazione o organismo rappresentativo e della gravità delle conseguenze dell'infrazione – con la sanzione amministrativa pecuniaria da € 2.582 ad € 25.822 per ogni giorno di mancata ottemperanza.

Si prevede altresì che, caso di inosservanza delle disposizioni contenute nell'ordinanza di precettazione, i preposti al settore nell'ambito delle amministrazioni, degli enti o delle imprese erogatrici di servizi, siano soggetti alla sanzione amministrativa della sospensione dall'incarico, ai sensi dell'art. 20, comma 1, della legge n. 689/1981, per un periodo non inferiore a trenta giorni e non superiore ad un anno.

Le sanzioni previste dall'art. 9 sono irrogate con decreto della stessa autorità che ha emanato l'ordinanza e sono applicate con ordinanza-ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro –

Sezione Ispettorato del lavoro¹⁹⁹; le somme percepite sono devolute all'Istituto nazionale della previdenza sociale, gestione dell'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria. La norma, infine, espressamente prevede che, avverso il decreto di irrogazione della sanzione, sia proponibile impugnazione ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 689/1981²⁰⁰. Il ruolo della Commissione, in tale ambito, appare del tutto marginale, essendole riconosciuto il solo potere – né obbligatorio né, tanto meno, vincolante – di segnalare situazioni di pericolo tali da giustificare il ricorso alla procedura di cui all'art. 8. Oltretutto la legge prevede che, delle osservazioni della Commissione in merito al contenuto dell'ordinanza di precettazione, l'autorità debba solo “tenere conto”.

La Commissione, dunque, esercita direttamente i poteri sanzionatori previsti dalla legge, esclusivamente nell'ambito delle violazioni della regolamentazione, tanto procedurale, quanto sostanziale, dello sciopero nei servizi essenziali (art. 4), rispetto al quale l'intervento della Direzione provinciale del lavoro – Sezione Ispettorato del lavoro risponde ad esigenze di carattere organizzativo legate all'esecuzione del provvedimento sanzionatorio. Allo stesso modo, il discusso ricorso alla parte datoriale – e, dunque, ad una delle parti che generalmente alimentano il conflitto in cui s'inserisce lo sciopero – per l'esecuzione di talune sanzioni individuali e collettive, costituisce il precipitato necessario del tipo di sanzioni adottate²⁰¹.

Per quanto attiene alla natura delle sanzioni previste dall'art. 4, si rileva come anche le misure che assumono una veste formale di carattere disciplinare e civile, vadano inquadrate, al pari delle sanzioni amministrative pecuniarie, nel novero delle misure punitive appartenenti al sistema del diritto penale-amministrativo²⁰², con applicazione dei principi di carattere sostanziale di cui alla legge n. 689/1981. Oltre alla finalità punitiva-retributiva delle sanzioni che si ricava dalla commisurazione delle stesse alla gravità dell'infrazione ovvero all'eventuale recidiva, sono due gli ordini di considerazioni che conducono ad una simile conclusione: l'attinenza e l'incidenza delle misure di cui trattasi su diritti costituzionalmente rilevanti, e la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie per la mancata applicazione, da parte del datore di lavoro, della misura deliberata e prescritta dalla Commissione.

¹⁹⁹ Cfr., Cass. sez. un., 30 marzo 2000, n. 63/SU, in *Foro it.*, 2000, I, 1792, secondo cui il procedimento applicativo delle sanzioni di cui all'art. 9, non richiederebbe la previa contestazione dell'addebito prevista dall'art. 14 della legge n. 689/1981: secondo le sezioni unite, infatti, l'*elevato tasso di specialità* dell'originario articolato della legge n. 142/1990, sottrarrebbe il procedimento applicativo delle sanzioni di cui trattasi alla *vis* espansiva della disciplina generale prevista dalla legge dell'81, la cui applicazione - quantomeno nell'obbligo di previa contestazione dell'addebito - si risolverebbe, piuttosto, “in una remora alla tempestività dell'intervento sanzionatorio, cui è, per larga parte, affidata la tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti che la legge stessa intende sottrarre al *vulnus* causalmente ricollegabile a scioperi indiscriminati”.

²⁰⁰ Cfr. Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 1998, n. 2185 e Cass. civ., sez. I., 4 maggio 1998, n. 4420 entrambe in *Giust. civ.*, 1999, 1155, con nota di RITA LOMBARDI, *Il decreto di irrogazione di sanzione amministrativa previsto dall'art. 9 della legge 146 del 1990: alcune puntualizzazioni in ordine al procedimento di emanazione e alla tutela giudiziaria*.

²⁰¹ Cfr. Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 57, cit. secondo la quale non vi è dubbio che “sussista un'esigenza di funzionalità applicativa di tali misure per investire del relativo potere il datore di lavoro”.

²⁰² *Contra* Cass. civ., sez. I., 4 maggio 1998, n. 4420, cit., che ha classificato come “tipicamente civili” le sanzioni di cui al testo originario dell'art. 4 della legge n. 146/1990.

I beni giuridici alla cui tutela l'art. 4 è preordinato – individuati al primo comma dell'art. 1 nei diritti alla vita, alla salute, alla libertà, alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione – costituiscono, al di là dell'esplicito riconoscimento della legge n. 146/1990, il catalogo fondamentale dei diritti dell'individuo costituzionalmente rilevanti. Le violazioni delle disposizioni intese a contemperarne il godimento con il diritto – parimenti consacrato a livello costituzionale – di sciopero, costituiscono condotte illecite che, attingendo una sfera di interessi di così estesa rilevanza, non possono essere ridotte alla mera dialettica sindacale. Allo stesso modo, si deve ritenere che le sanzioni che puniscono tali violazioni esulino dalla mera logica disciplinare o patrimoniale, ma svolgano quel preciso intento pubblicistico che costituisce la giustificazione ed il limite stesso della compressione dei diritti – anch'essi costituzionalmente tutelati – del lavoratore e dei sindacati in cui si sostanziano le sanzioni medesime. E', infatti, chiaro come la norma di chiusura che prevede una sanzione amministrativa a carico del datore di lavoro che non abbia applicato la misura deliberata e prescritta dalla Commissione in tanto trovi giustificazione in quanto presupponga l'esistenza di un interesse pubblico alla repressione delle condotte illecite di cui trattasi, interesse tradizionalmente estraneo ad illeciti di natura esclusivamente civile o giuslavoristico-disciplinare.