

LE SANZIONI PECUNIARIE VERSO IMPRESE E INTERMEDARI

Michèle Roma*

1. Le sanzioni pecuniarie

La *sanzione*, nel suo contenuto essenziale, costituisce la *misura ritorsiva* prevista dall'ordinamento in reazione alla consumazione di un illecito¹. L'elemento qualificante, rispetto alle altre misure repressive in senso lato, si coglie sotto il profilo *teleologico*: la sanzione in senso stretto è essenzialmente rivolta a punire il responsabile dell'illecito, incidendo negativamente nella sua sfera giuridica².

È ben evidente che la sanzione (*propriamente*) amministrativa è il portato di una stratificazione nozionistica che ha radici lontane nel tempo³. Sarebbe

* *Assistente e coordinatore del nucleo-segreteria amministrativa del centro del contratto europeo presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre.*

¹ Per i legami approfondimenti in materia precludi qui dal perimetro di intervento dell'opera si rinvia a V.F. CARLUCCI, *Il valore della sanzione nel diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 217; N. BATTI, *Sanzioni*, in *Novus. Dig. e.*, XVI, Torino, 1969, 330; P. CASSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Giuffrè, Milano, 1969; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione*, Jovene, Napoli, 1981; G. PALLIARI, *Profilo teorico della sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1988.

² Le misure repressive in senso lato, invece, si differenziano dalle sanzioni in quanto attribuite ad una funzione non esattamente afflittiva, ma riparatrice dell'interesse direttamente violato o riparatrice dello stato di fatto o di diritto preesistente all'illecito (reclamo in pretoria). Cfr. M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.

³ In passato si comprendevano il campo due linee di pensiero. Secondo la corrente più ampia, si definisce *sanzione amministrativa* qualsiasi forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto. In tale senso cfr. A. TESSERA, *Le sanzioni amministrative penali*, in *Tip. Treccani*, Napoli, 1975; S. ARIZONA, *Sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le*, XI, Torino, 1959, 1084 ss.; A. DE BERNARDI, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le*, Milano, 1982, 126. A tale orientamento si contrapponevano quelle teorie, che ne individuavano il carattere pregnante nella specificità della misura. Il primo caratterizzante andrebbe colto, in sostanza, nella natura di pena in senso tecnico della sanzione amministrativa, che la differenzerebbe dagli altri strumenti abrogabili dalla P.A., principalmente diretti a conservare o ripristinare gli interessi sostanziali lesi dall'infrazione. Il secondo orientamento è quello che ha ispirato la legge 24 novembre 1981, n. 689, che ha fatto di illeciti amministrativi, individuati per legge

pretenzioso e vano; quindi, il tentativo di riproporre in questa sede un quadro di riferimento completo e per di più, a soddisfare le aspettative del lettore esperto della materia. Può rivelarsi invece utile una ricognizione di sintesi degli aspetti basilari che la governano, in nome della chiara *transparenza* rispetto alle applicazioni concrete di esse novelli all'interno del Codice delle Assicurazioni Private e delle relative problematiche, questo essendo l'oggetto precipuo del presente contributo.

È così, il concetto basilare di sanzione evoca la pena in senso tecnico, ma a differenza della sanzione penale, che si caratterizza per la diretta e potenziale incidenza sulla libertà personale, comportando uno stigma etico-sociale fortemente affittivo per la personalità del colpevole, quella *amministrativa*, può consistere unicamente nella imposizione di prescrizioni personali o patrimoniali, incidenti su beni che la Costituzione non assoggetta ad una riserva di giurisdizione. Il *regime degli effetti* appare pertanto il criterio distintivo più solido tra le misure sanzionatorie amministrative e penali¹.

Le sanzioni previste dal Codice (delle Assicurazioni Private) si suddividono in tre tipologie: *penale, amministrativa (pecuniaria), disciplinare*². In tale *corpus*, le *sanzioni penali*, previste nel Capo Primo del Titolo XVIII (art. 305-308), assumono ruolo e funzione di chiusura nel sistema di controllo, presidiando alla lesione di interessi pubblici o garantendo il potere di azione dell'Organo di Vigilanza. Ad eccezione di quelle di rilievo penale, le violazioni regolamentate nel Titolo testé richiamato, si profilano prevalentemente come *illeciti amministrativi*, cui corrisponde l'irrogazione di *sanzioni pecuniarie*, in linea con il processo di depenalizzazione che ha riguardato quasi contemporaneamente il settore creditizio e quello finanziario. Si tratta di un ravvicinamento del Codice agli analoghi sistemi adottati dal d.lgs. n. 385/1993 (TUB) e dal d.lgs. n. 38/1998 (TUF) a fondamento del quale emerge una valutazione unitaria dei meccanismi sanzionatori³.

Il distinguere improntato alla categorizzazione "traslazionale" della sanzione amministrativa in tale senso, invece, v. G. ZACCARIA, *Le sanzioni amministrative*, F.J. Bocca editori, Torino, 1924; E. CAROCCOLI, *Prospetto in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive in Le sanzioni in materia tributaria*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Sanremo, 21-22 ottobre 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 125 ss.

¹ Le differenze si vedono, altresì, sotto il profilo procedurale. Le sanzioni amministrative, a differenza di quelle penali, sono applicate all'esito di un procedimento *inverso*, senza l'inecessario intervento di un giudice, con un accertamento semplificato della presenza di un presupposto di colpevolezza. La fase processuale successiva ha carattere meramente esecutivo, essendo rimessa alla facoltà dei soggetti interessati all'applicazione delle sanzioni. Cfr. M.A. SANDRELLI, *op. cit.*, 3 ss.; C.E. PALUZZO-A. DIANI, *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1968, 13 ss.; S. GARBESSE, *Sanzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 342 ss.

² V. C. MERANI, *Commentario all'art. 324, in AA.VV., Commentario al Codice delle Assicurazioni*, a cura di M. Bus. Cedam, Padova, 2006.

³ Cfr. la proposta: Cons. Stato, parere 14 febbraio 2005, n. 11603, punto 11; M. PELICANI, *Commentario all'art. 303, in AA.VV., Commentario al Codice delle Assicurazioni*, a cura di F. CARFACCIOLO, Cedam, Padova, 2007.

Compiendo il quadro del sistema, le *sanzioni disciplinari*, irrogabili nei confronti degli intermediari di assicurazione e di riassicurazione, dei periti e delle categorie equiparate, previste nel Capo Ottavo del Titolo XVIII (art. 329-331). Le sanzioni disciplinari costituiscono un modello sanzionatorio a sé stante. La c.d. atipicità delle disposizioni disciplinari verso gli intermediari si desume dalla indeterminatezza delle violazioni punite, dalla eterogeneità delle sanzioni applicate (richiamo, censura, radiazione) e dalla peculiarità del procedimento applicativo. Esse delimitano, in sostanza, analogamente a quelle contenute dal TUF dedicate ai promotori finanziari, una disciplina repressiva estranea all'area sanzionatoria o punitiva pura, per collocarsi nell'ambito di un regime di responsabilità costruito - appunto - in chiave disciplinare.

L'*architrave* del sistema punitivo in senso stretto è, dunque, usata dalle *sanzioni amministrative - pecuniarie*, previste nei Capitoli I-VI (art. 305-324) del Codice delle Assicurazioni Private⁴.

Dall'entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni Private, l'apporto innovativo extra Codice ha interessato profili importanti, quali *l'informatività precontrattuale*, *le regole di comportamento*, *il conflitto di interessi*, *la cassa e produzione dell'impresa* e *la pubblicità dei prodotti*, profili che, oltre ad aver introdotto nuove sanzioni per fattispecie di nuovo conio, tracciano una nuova cultura del procedimento amministrativo-sanzionatorio e perciò meritano di essere attentamente considerati.

La più tipica delle pene amministrative è la *sanzione pecuniaria*⁵, che ha rappresentato a lungo la sanzione amministrativa per antonomasia⁶. Nella *mens legis* essa consiste nel pagamento di una somma di denaro.

Tralasciando gli appuntamenti che concernono l'individuazione di *tipi o modelli*⁷, il *meccanismo sostanziale* delle sanzioni pecuniarie è presidiato da

⁴ Si veda il proposito: Cons. Stato, parere del 14 febbraio 2005, cit., punto 19.1; A. LONZI, *Le sanzioni disciplinari*, in questo volume, p. 299 ss.; M.A. SANDRELLI, *Commento agli art. 305-331, in AA.VV., Il nuovo Codice delle Assicurazioni*, Commento sistematico, a cura di S. AMO, 803-893-L, DEEDERER, Giuffrè, Milano, 2006.

⁵ Abbreviazione di seguito utilizzata per indicare il Codice delle Assicurazioni Private, adottato con d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

⁶ Con la legge 24 novembre 1981, n. 689, il legislatore ha manifestato l'ambizione di emanare un codice dell'illecito punibile con sanzione amministrativa. V. C.E. PALUZZO-A. DIANI, *op. cit.*, 85 ss.

⁷ Storicamente la prima pena pubblica non capitale aveva natura pecuniaria (c.d. *humana*) ed era destinata al Sovrano per ottenere il più presto a causa della inegressione ai suoi ordini. Successivamente, la sanzione pecuniaria è stata irrogata dai Comuni per punire gli illeciti di polizia municipale e rurale. In proposito cfr. C. CALISE, *Sviluppo storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in E. PESSIERA, *Enciclopedia del diritto penale*, vol. II, Milano, 1906, 350 ss.

⁸ I modelli di sanzione amministrativa sono tre: al sanzione graduata per un *inverso* e un *avverso*, che si caratterizza per la predeterminazione legislativa di una cornice di pena edule nel limiti della quale il giudice adotta il gravame della pena al caso concreto; b) sanzione *proporzionale*, che, seppure è dotata di un certo margine di elasticità, consegue ad un meccanismo pre-

Si tratta dell'uso nella ragione o denominazione sociale¹⁹ o in qualsiasi comunicazione al pubblico di parole o locuzioni idonee a trarre in inganno sulla legittimazione allo svolgimento di attività assicurativa, riassicurativa o di intermediazione o peritale da parte di soggetti diversi rispetto a quelli legittimati²⁰. Le condotte abusive sono punite con *sanzione pecuniaria* da euro due milia a euro centomila.

Il bene giuridico tutelato è costituito dal legittimo affidamento del pubblico, preservato da potenziali fenomeni di confusione in ordine alla individuazione dei soggetti legittimati allo svolgimento di attività riservate.

Tali ipotesi sono sanzionate come illecite solo se l'uso improprio delle locuzioni è dotato del requisito della idoneità a trarre in inganno sulla legittimazione allo svolgimento di attività assicurative, mentre in mancanza di tale idoneità, non si perfeziona il fatto illecito²¹.

L'illecito in esame costituisce una *intossicazione* di pericolo, in quanto per il suo perfezionamento non è necessario che si sia effettivamente creata la confusione tra il pubblico, ma è sufficiente che si sia originato il pericolo della medesima e che l'Autorità competente abbia valutato l'idoneità ingannatoria del termine.

Tra le forme determinate di *esercizio di potere*, spicca, in particolare, l'art. 309 che punisce l'esercizio di attività *oltre i limiti consentiti*, ossia oltre i limiti posti dalla relative autorizzazioni, in violazione di specifiche disposizioni del Codice.

Le sanzioni pecuniarie sono diversamente modulate a seconda che l'infrazione sia commessa da un'impresa assicuratrice (da diecimila a centomila euro), o da una mutua assicuratrice (da cinquemila a cinquantamila euro), o da intermediari, che in proprio o attraverso collaboratori, operino per conto o a beneficio delle imprese che abbiano esercitato l'attività oltre i limiti consentiti (da cinquemila a diecimila euro euro).

Il d.gs. 29 febbraio 2008, n. 36, in attuazione della direttiva 2005/68/CE in materia di riassicurazione, ha esteso il regime sanzionatorio, previsto per le imprese di assicurazione, alla violazione di ulteriori limiti di autorizzazione.

¹⁹ L'omesso riferimento alla ragione sociale nel 1° comma, a differenza che nel 2° comma, non sembra indicativo della volontà di ridurre le ipotesi abusive rilevanti, anzi si ritiene che occorrano il principio di stretta legalità, sia possibile riconoscere il concetto di ragione sociale in quello più generale di denominazione sociale, espressamente richiamato anche nel 1° comma. Cfr. M.A. SANI, *Commento agli artt. 305-317*, cit., 345 ss.

²⁰ L'elusione di parole o locuzioni viene sì ritenuta che non abbia carattere abusivo, ma meramente esemplificativo, come si deduce anche dalla formula generica di chiarezza che attiene ad altre parole o locuzioni, anche in lingua straniera. Cfr. E. Bessi, *Commento all'art. 308*, in AA.VV., *Codice delle Assicurazioni Private*, a cura di F. CARLUZZONE, Cedam, Padova, 2007, 208 ss.

²¹ Si veda a C. MARRAS, *Commento all'art. 304*, cit., 824.

²² Cfr. E. Bessi, *Commento all'art. 308*, cit., 236.

²³ Cfr. E. Bessi, *Commento all'art. 309*, in AA.VV., *Codice delle Assicurazioni Private*, cit., 210 ss.

L'innovazione è stata resa necessaria dalla introduzione, sempre attraverso la tecnica della novella al Codice, di nuovi limiti all'attività di riassicurazione, che si aggiungono ai precedenti e che attribuiscono nuovi poteri all'ISVAP²⁴.

L'art. 310 sanziona, con pena amministrativa pecuniaria, l'inosservanza delle disposizioni inerenti alle *condizioni di esercizio*, ossia delle norme del Codice dirette a garantire un corretto svolgimento dell'impresa assicurativa o riassicurativa, imponendo il rispetto da parte delle medesime di una serie di requisiti organizzativi, contabili e patrimoniali.

Si tratta di una norma in bianco, in quanto, attraverso la tecnica del rinvio, essa rimette ad altre norme contenute nel Codice o a norme di natura regolamentare, il compito, attraverso la tecnica di *elinguazione*, di completare il precetto sanzionatorio²⁵. La disposizione in oggetto, inoltre, è stata novellata, con l'introduzione della sanzionabilità di ulteriori condizioni di esercizio relative alle riserve tecniche del lavoro indiretto²⁶.

Nel roverso delle misure inerenti gli *obblighi di informazione*, vanno incluse quelle rivolte agli *asseti proprietari* ex art. 311²⁷, alla *vigilanza supplementare* ex

²⁴ V. l'art. 23, d.lgs. 29 febbraio 2008, n. 36 che ha modificato l'art. 309, 1° comma del Codice delle Assicurazioni Private, introducendo la punibilità con sanzione amministrativa da euro diecimila a centomila delle imprese che esercitano l'attività riassicurativa oltre i limiti di autorizzazione in violazione degli artt. 57, 57-bis (società veicolo), 58, 59-bis (esenzione ad altri rami), 59-ter (attività in regime di suballimento in altro Stato membro), 59-quater (attività in regime di presentazione ad assetti proprietari in altro Stato membro), 59-quinquies (attività in uno Stato terzo), 60-bis (attività in regime di suballimento delle imprese, eventi soglie legale in uno Stato terzo).

²⁵ In proposito la giurisprudenza ha ritenuto che la riserva di legge in materia di assetti amministrativi, di cui all'art. 1, legge n. 689/1993, analogo a quella contenuta in livello penale ex art. 25 Coss., non impedisce che i precetti, individuati dalla legge nei loro elementi essenziali, siano esentati da norme secondarie, quali quelle di natura regolamentare, in ragione della tecnica della materia e nel rispetto della finalità poste dalla legge. V. Cass., sez. I, 15 febbraio 1999, n. 1242 e Cass., sez. I, 7 aprile 1999, n. 1351. Cfr. C. ACCIARI, *Commento all'art. 310*, e N. GENTILE, *Commento agli artt. 323-333*, in AA.VV., *Codice delle Assicurazioni Private*, cit., 211 e 331.

²⁶ V. art. 22, d.lgs. 29 febbraio 2008, n. 36, che ha novellato l'art. 310, 1° comma, sanzionando l'inosservanza, oltre delle condizioni già richiamate nella formulazione originaria, anche di ulteriori condizioni stabilite dagli artt. 37-bis (riserve tecniche di lavoro), 42-bis (ipotesi di copertura delle riserve tecniche nel lavoro indiretto), 42-ter (attività a copertura delle riserve tecniche nel lavoro indiretto per le imprese di assicurazione in presenza di determinate condizioni), 57-bis (società veicolo), 63-bis (Registri delle attività a copertura delle riserve tecniche), 66-ter (Riassicurazione finale).

²⁷ Nell'art. 311, rubricato *asseti proprietari*, il legislatore per assicurare l'autonomia delle imprese assicurative, evitando i rischi dovuti alla concentrazione della proprietà delle partecipazioni, ha sancito le condotte di inosservanza agli obblighi informativi negli assetti proprietari e accordi di voto. Nella specie, la norma comma la *riserva pecuniaria* per le ipotesi di omissione (da decimila a centomila euro) o di incompienza o erronità (da cinquemila a cinquantamila euro) di comunicazioni relative all'aggiornamento di partecipazioni rilevanti indagate dall'ISVAP. Comma, inoltre, la sanzione da decimila a centomila euro, per le omesse comunicazioni degli accordi di voto, o relative all'esercizio di voto o altri diritti caposi di influenza sulla impresa o per l'assottigliamento alle richieste formulate dall'ISVAP.

art. 312³⁸, alla trasparenza delle condizioni di premio e di contratto ex art. 313³⁹, oltre quelle concernenti ulteriori obblighi di comunicazione ex art. 316.

Il termine *denominatore* si coglie, oltre che nella natura di tali violazioni, costituenti tutte ipotesi di illecito amministrativo, e nella tipologia di sanzione tipografica, ossia sanzione pecuniaria graduata tra un minimo e un massimo, nella previsione di analoghe modalità perfezionative dell'illecito, punite diversamente nel *quadrato* di pena.

Nelle norme richiamate, gli obblighi di informazione sono sanzionati quando la comunicazione è viziosa dalla totale omissione, o, alternativamente, dalla erroneità o dalla incompletezza. Dal dato normativo non risulta chiara la linea distintiva tra l'incompletezza e l'omissione, soprattutto nel caso in cui la prima comporti l'omissione di elementi essenziali. In ogni caso, l'omissione costituisce la modalità comportamentale più gravemente sanzionata. Nell'ambito della categoria in esame rientrano, inoltre, le norme sanzionatorie dirette a punire i comportamenti di *refranto* o *elusione dell'obbligo a contrarre* ex art. 314 e di ritardo nelle *procedure liquidative* dei danni ex art. 315.

Riguardo all'*obbligo a contrarre* gravante per la stipula di assicurazioni *R.C. Auto*, va considerato che si tratta di un dovere comportamentale non solo derivante da fonti nazionali, essendo qualificabile come servizio economico generale, ma anche da fonti comunitarie, in quanto tale servizio presenta i connotati del servizio universale, che impone agli operatori economici del settore di rendere accessibile il servizio a tutti i potenziali utenti, senza discriminazioni di sorta⁴⁰.

³⁸ L'art. 312 prevede una specifica disciplina sanzionatoria per l'inosservanza degli obblighi di informazione e di comunicazione a cui sono tenute le imprese soggette ad una vigilanza regolamentare. La vigilanza supplementare è quella esercitata dall'ISVAP nei confronti delle imprese assicurative facenti parte di un gruppo, in quanto partecipanti o controllanti il di cui impiego, che sono esposti, in ragione della loro struttura, a rischi particolari (quali il rischio di contagio derivanti dalle operazioni infragruppo). Il Codice gradua la gravità delle diverse condanne, attribuendo per l'omissione la sanzione più grave per entità (da diecimila a ventimila euro), per l'incompletezza, da ritenersi non tutto sesto il profilo quantitativo delle informazioni comunicate, ma piuttosto sotto il profilo qualitativo della loro idoneità a consentire la finalità per cui tali comunicazioni sono imposte, e per l'elusione, che abbia causato una falsa rappresentazione a causa delle informazioni trasmesse, sono previste sanzioni pecuniarie da cinquecento a quarantamila euro. Non viene poi sancito alcun aspetto alla disciplina prescrive la condotta del ritardo nella comunicazione, che, secondo alcuni, sarebbe rilevante nella fattispecie di omissione di comunicazione, come avviene nel sistema lusitano. Cfr. A. MARTINELLI, *Commento all'art. 312*, in AA.VV., *Codice delle Assicurazioni*, cit., 226 ss.

³⁹ L'art. 313 punisce una sanzione pecuniaria da zero mille a diecimila l'inosservanza degli obblighi di trasparenza delle condizioni di premio e di contratto. È una fattispecie di reato condotta, in quanto attinente alla punibilità non è necessario che si sia prodotto un evento nella sfera di giudizio del soggetto passivo, ma è sufficiente avere posto in essere una condotta idonea ad alterare la trasparenza del mercato, intesa come completezza e correttezza delle informazioni su prezzi, condizioni e che abbia prodotto una sistematica informazione a carico del consumatore. Cfr. M. PASSALUNGA, *Commento all'art. 313*, in AA.VV., *Codice delle Assicurazioni*, cit., 234 ss.

⁴⁰ F. MURRAY, *L'impiego e l'organizzazione delle responsabilità civili da circolazione nei veicoli a*

Un illecito che presenta particolarità strutturali è quello concernente le ipotesi di ritardo nelle *procedure liquidative del danno*. Particolarmente innovativa è la tecnica sanzionatoria che punisce con sanzioni gradualmente crescenti, suddivise in quattro scaglioni, in proporzione al ritardo nella presentazione della offerta o nella comunicazione del suo diniego. Altra peculiarità è costituita dalla previsione di una sorta di attenuante nel caso in cui l'impresa, seppure formulando in ritardo l'offerta di risarcimento, provveda contestualmente al pagamento⁴¹.

Il bene giuridico tutelato appare essere il *fattore temporale*, ed in particolare l'interesse, a salvaguardia dell'assicurato-consumatore, ad una tempestiva risposta. Sempre nell'ottica di tutela dell'assicurato-consumatore, seguendo la direttiva della valorizzazione di una amministrazione partecipata, il regolamento ISVAP 15 maggio 2008, n. 24, ha introdotto una apposita procedura per la presentazione dei reclami, i quali non a caso, concepiti come strumento *accessorio* all'esercizio di una delle funzioni proprie dell'Autorità di vigilanza, hanno implementato il numero di procedimenti culminanti nell'applicazione di sanzioni pecuniarie.

È interessante segnalare, peraltro, che, con finalità differenti, il profilo temporale ha ormai conquistato un suo spazio nella sfera della P.A. e secondo la recente giurisprudenza, sta acquistando il valore di interesse giuridicamente rilevante nel nostro ordinamento, anche se si discute della sua qualificazione giuridica⁴².

A completamento delle norme sull'inosservanza degli obblighi informativi e di trasparenza si pongono le disposizioni dirette a sanzionare le violazioni in tema di pubblicità dei prodotti assicurativi ex art. 318, che tutela il bene strutturale della pubblicità, il cui rispetto è preordinato alla corretta instaurazione dei rapporti assicurativi, o ancora quelle dirette a punire l'*inosservanza delle regole di correttezza nella commercializzazione dei prodotti assicurativi* ex art. 319 o l'ipotesi della *manca consegna della nota informativa* ex art. 320⁴³.

Tra le disposizioni che sanzionano l'*inosservanza dei doveri nei confronti*

motore, in G. MONTIELLO, *La cura di, l'assunzione delle responsabilità civili da circolazione tra mercato assicurativo e obbligatorio*, Giannichelli, Torino, 2005, 17. V. in merito all'obbligo di contratto e alla sua compatibilità con la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C-318/06, Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica italiana, pronunciata in data 28 aprile 2009.

⁴¹ Cfr. M.A. SORDILLI, *Commento agli art. 305-331*, cit., 351.

⁴² In diritto amministrativo, si discute se al tardito di un mezzo interesse legittimo di natura procedurale o piuttosto di un vero e proprio diritto soggettivo, con conseguenti riflessi sulla questione risarcitoria. V. in proposito Corte Stato, 7 marzo 2005, n. 875 e Ad. Plen., *Come Stato*, 15 settembre 2009, n. 7.

⁴³ Per l'approfondimento dell'analisi delle norme richiamate si rimanda a M. COSTANTINI, *Commento all'art. 318*, 294 e V. LUPATA, *Commento agli art. 319-320*, 306, in AA.VV., *Codice delle Assicurazioni*, cit. Sul confine di competenza tra autorità amministrative indipendenti in materia di pratiche commerciali sleali, v. Fattori del Cons. Stato, 3 dicembre 2008, n. 3999.

dell'Autorità di Vigilanza, rilevano gli artt. 321, rivolto agli organi di controllo, e l'art. 322, che non commina sanzioni, ma si limita a prevedere un obbligo di segnalazione dell'omissione da parte dell'ISVAP nei confronti della CONSOB, ai fini dell'adozione da parte di quest'ultima dei provvedimenti di propria competenza nell'ambito della attività di revisione.

La mancanza di sanzioni amministrative nel senso proprio del termine e alla luce del modello fornito dalla legge n. 689/1981 induce a dubitare della reale natura di illecito amministrativo dell'ipotesi considerata, che piuttosto potrà originare, in caso di positivo riscontro da parte dell'autorità competente, i provvedimenti sanzionatori previsti dall'art. 163 TUF¹⁴, che appaiono avere le caratteristiche delle sanzioni amministrative pecuniarie ed interdittive.

La disposizione concernente gli attuari, invece, oltre a prevedere sanzioni amministrative pecuniarie, prevede come misura aggiuntiva la revoca dell'incarico, che data la sua finalità afflittiva appare assoggettabile alle regole proprie delle sanzioni amministrative.

A chiusura del sistema sanzionatorio, il Codice delle Assicurazioni Private commina autonome sanzioni pecuniarie a carico degli intermediari ex art. 324, richiamando violazioni in buona parte coincidenti con quella imputabili alle imprese¹⁵.

Come notazione generale, a chiusura dell'analisi delle singole fattispecie del Codice delle Assicurazioni Private, può mettersi in luce che le sanzioni comminate rispondono al crimine di sanzione amministrativa pecuniaria, come qualificata dalla legge n. 689/1981. Il legislatore del Codice ha rispettato i limiti massimi di pena pecuniaria stabiliti dall'art. 10 della menzionata legge e, nella scelta della sanzione graduata tra un limite minimo e un limite massimo, ha inteso realizzare finalità di prevenzione generale e speciale, dotando l'autorità irrogante di uno strumento flessibile nel caso concreto.

I criteri di commisurazione per le sanzioni del Codice delle Assicurazioni Private sono quelli generali dettati dall'art. 11, legge n. 689/1981¹⁶. In base ad essi, anche in materia sanzionatoria assicurativa, sarà necessario graduare la sanzione non solo in base alla gravità oggettiva dell'illecito¹⁷, ma anche sotto

¹⁴ L'art. 163 TUF prevede che la CONSOB può applicare alla società di revisione una sanzione amministrativa pecuniaria da decimila a cinquecentomila euro o intimare alla società di revisione di non avvalersi del responsabile a cui è imputabile l'irregolarità per un periodo non superiore a cinque anni o ancora può revocare gli incarichi di revisione contabile o vietare alla società di accettare nuovi incarichi per un periodo non superiore a tre anni.

¹⁵ Sull'aspetto concernente i destinatari delle sanzioni si rimanda al par. 4.

¹⁶ Tale articolo è espressamente richiamato, insieme agli artt. 8, 8-bis, legge n. 689/1981 nel 5° comma dell'art. 326 del Codice delle Assicurazioni Private sul procedimento applicativo delle sanzioni amministrative pecuniarie.

l'aspetto della gravità soggettiva, provvedendo ad una tendenziale personalizzazione della pena¹⁸.

Un collegamento ai temi dell'obblazione, sarebbe doveroso in presenza di sanzioni amministrative pecuniarie. L'argomento è ormai privo di rilevanza concretistica se abbinato alle sanzioni previste in ambito assicurativo. La ratio dell'istituto in esame era quella di favorire una conclusione anticipata del procedimento sanzionatorio, con intenti evidentemente deflattivi.

La legge sulla tutela del risparmio n. 262/2005, art. 24, ha stabilito che "alle sanzioni amministrative irrogate da Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP, COVIP e Autorità garante della concorrenza e del mercato non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta contenute nell'art. 16 della legge n. 689/81"¹⁹.

Considerato il carattere cronologicamente successivo della legge n. 262/2005, in applicazione della regola della abrogazione tacita per incompatibilità, oggi deve ritenersi esclusa per tutti gli illeciti previsti dal Codice delle Assicurazioni Private, e non solo per quelli espressamente rettificati, la facoltà dell'estinzione della violazione tramite l'istituto dell'obblazione²⁰.

Il basso la misura della sanzione nei casi di attenuazione o eliminazione del danno. Una conferma di tale lettura si desume dall'art. 315, che all'ultimo comma, prevede espressamente una attenuazione della sanzione per il caso di pagamento contestuale alla offerta di risarcimento, formulata in ritardo dall'impresa.

Il meccanismo commisurativo dell'illecito, mentre è pienamente applicabile per le persone fisiche che si sono rese responsabili degli illeciti esaminati, presenta maggiori difficoltà di adattamento nel caso di contestazione dell'illecito, soprattutto se è di natura penale, ad una persona giuridica. Una chiave di soluzione può essere rappresentata dalla nozione di "colpa di organizzazione". Solo attraverso tale concetto di colpa si rispetta il canone costituzionale della personalità della pena ex art. 27 Cost., e si supera al contempo il vizio originario di società delinquere non potest, che nella società odierna è anacronistico alla luce della diffusione di fenomeni di criminalità societaria. V. R. GABRIELLI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 2006, 227 ss.; G. DE SIMONE, *I profili societari della responsabilità c.d. amministrativa degli enti la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi derivanti da reato*, a cura di G. GABUTI, Cedam, Padova, 2002, 61 ss.; Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615.

¹⁸ L'obblazione in senso lato, consiste nel pagamento da parte del responsabile della trasgressione di una somma di denaro in misura ridotta, rispetto alla sanzione prevista per l'illecito commesso. In materia di illeciti amministrativi, la facoltà del pagamento in misura ridotta della sanzione è stata introdotta dall'art. 16, legge n. 689/1981, con l'intento di favorire la più rapida definizione dei procedimenti amministrativi sanzionatori. La facoltà di estinguere la violazione attraverso l'istituto dell'obblazione era stata introdotta dal Codice delle Assicurazioni Private per le fattispecie di illecito tipizzate, fatta eccezione solo per le ipotesi più gravi espressamente elencate nell'art. 328. La domanda di obblazione poteva essere proposta in diverse fasi del procedimento sanzionatorio, ossia tanto nella fase di avvio, nel sessanta giorni successivi alla contestazione dell'illecito amministrativo, tanto nella fase del reclamo avanzato alla Commissione consultiva, purché l'istanza pervenisse prima della fissazione della seduta di trattazione avanti alla Commissione medesima. Cfr. A. DI CASPARI, *Commento all'art. 328*, in AA.VV., *Il Codice delle*

Selbbene la materia lambisca solamente le problematiche sanzionatorie, si profila utile un cenno ai *poteri cautelari* delle Autorità di vigilanza.

L'ISVAP, a norma dell'art. 184 del Codice delle Assicurazioni Private, è investita di limitati poteri cautelari, consistenti nella sospensione, non superiore a novanta giorni, della commercializzazione dei prodotti assicurativi, quando sussista motivato sospetto della violazione delle disposizioni dettate in materia di trasparenza delle operazioni.

La norma attribuisce del potere la finalità all'obiettivo della protezione degli assicurati, stelli poteri nell'esercizio delle funzioni dell'ISVAP.

L'attribuzione di poteri cautelari ad Autorità amministrative è stato oggetto di contestazione, in considerazione della ritenuta esistenza, nel nostro ordinamento, di una riserva in favore della autorità giudiziaria.

In particolare, la giurisprudenza si è soffermata sulla legittimità del riconoscimento di poteri cautelari all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rilevando che "non è rinvenibile una norma di legge nazionale che attribuisca in via esclusiva il potere cautelare ai giudici civili, conferendogli anche il potere di agire d'ufficio a tutela e garanzia dell'interesse pubblico della concorrenza".

Si pone in evidenza la diversità dei presupposti della tutela amministrativa e giudiziaria, che assumono carattere complementare e non sostitutivo⁶¹.

Inoltre, il potere cautelare è un istituto consolidato a livello comunitario, che nei suoi presupposti generali (*facta bene iuris* e *periculum in mori*) e nelle sue modalità attuative, peraltro, caratterizzate da stiticità, è noto anche nell'ordinamento nazionale, e, quindi, immediatamente attuabile da parte dell'Autorità di settore.

ca all'avvio o nel corso del procedimento, di un pagamento convenzionale e ridotto dalla sanzione irrogata. Si tratta di una scelta di politica legislativa collegata a fenomeni di recente crisi del sistema finanziario - bancario, che hanno turbato la realtà del mercato. Basti il richiamo ai fenomeni Citi o Parmalat. Inoltre, anche tale riforma si colloca nell'evoluzione normativa degli ultimi anni, diretta ad uniformare i sistemi sanzionatori vigenti nel settore assicurativo, finanziario e bancario.

⁶¹ Cf. T.A.R. Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713, *Morici & C. c. Autorità garante concorrenza e mercato*, in *Foto nota*, T.A.R., 2006, 4, 1318.

⁶² Il T.A.R. Lazio, cit. alla nota precedente, in merito alla competenza della Corte di Appello a norma dell'art. 33, legge n. 281/1990 nota che: "Dottrina e giurisprudenza ritengono competente, e non sostitutiva rispetto a quella dell'Autorità, la competenza attribuita alla Corte d'Appello dal citato art. 13, sia in sede cautelare sia di merito, in quanto rileva che il cd. privato enforcement del diritto antitrust, vale a dire la tutela dei diritti soggettivi dei singolarmente lesi dalla violazione degli artt. 81-89 CE, non ha natura di efficacia diretta, alla cui si distingue il c.d. pubblico enforcement (affidato all'Autorità), finalizzato alla garanzia di un corretto funzionamento del mercato, che, per costante giurisprudenza, costituisce un interesse pubblico la cui tutela ha rilevanza costituzionale".

Risulta evidente la diversità dei presupposti della tutela in esame che soddisfa un'esigenza diversa da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest'ultimo si pronuncia soltanto su ricorso al potere di genere, imprese concorrenti per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale".

Sotto tale profilo giova osservare che la possibilità di provvedere in via cautelare rientra tra gli ordinari strumenti della pubblica amministrazione, in presenza di situazioni in cui l'efficace tutela dell'interesse pubblico richiede un intervento indifferibile ed urgente. Nell'esperienza concreta, l'intervento cautelare delle Autorità si pone sempre più come una sorta di intervento correlato a quello sanzionatorio volto com'è ad evitare o contenere l'effluvio dell'aggravio delle condotte illecite.

3. La tipicità delle sanzioni verso le imprese. Le imprese come destinatarie (salvo eccezioni)

Con le disposizioni del Capo VII del Titolo XVIII, nel Codice delle Assicurazioni Private, a differenza dei modelli prevalenti ex lege n. 685/1981 e in materia finanziaria e creditizia, s'è optato per un regime di *responsabilità* (amministrativa) diretta ed esclusiva delle imprese e degli intermediari. Il criterio di imputazione soggettiva è costituito dal *rischio imprenditoriale*, da intendersi quale elemento unificante di tutti i rischi collegati all'esercizio di una determinata attività, compresi quelli derivanti dall'avulso del contributo di dipendenti e di collaboratori.

La responsabilità sussiste ogniquale la violazione è riconducibile all'impresa o all'intermediario secondo la previsione normativa, a prescindere dalla concreta individuazione della persona fisica che ha commesso il fatto. Si rileva in tal modo un obiettivo di semplificazione nell'accertamento delle violazioni da parte dell'ISVAP, che sarà esonerata dall'individuazione dell'autore della violazione, compito particolarmente complesso nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale. Il punto di interesse, teorico ed operativo al tempo stesso, è quello di chiarire su che basi operi l'*oggettivizzazione della responsabilità imprenditoriale*.

In conformità ai principi civilistici, anche per le sanzioni amministrative pecuniarie è il preponente che è esposto alle conseguenze degli illeciti commessi dai propri militari⁶³ o sottoposti⁶⁴.

⁶³ A rimanda all'art. 1228 c.c. che disciplina la responsabilità contrattuale del debitore per fatti degli ausiliari, che non sempre fondano nel titolo contrattuale, che pone in dall'originario a carico del debitore le conseguenze dell'inadempimento, anche quando il debitore abbia deciso di non eseguire personalmente la prestazione, ma di avvalersi di terzi. Si rimanda inoltre, all'art. 2059 c.c. che disciplina una forma oggettiva di responsabilità extracostituzionale. Infatti tale norma pone le conseguenze dell'illecito commesso dal preposto sempre a carico del preponente, purché sussista il solo rapporto di occasionalità necessaria, ossia che l'illecito sia stato commesso nella esecuzione dell'incarico.

⁶⁴ Un analogo modello di responsabilità oggettiva, ma di natura solidale, è stato delineato nel settore della responsabilità civile delle imprese e degli intermediari per i danni cagionati agli assicurati. Infatti, l'art. 119 del Codice delle Assicurazioni Private stabilisce la responsabilità in solido delle imprese e degli intermediari per i danni arrecati dall'operato dei produttori diretti,

L'adozione del modello delineato non è stata, inoltre, rinviata dal principio della personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost., in quanto, come ha chiarito la giurisprudenza, tale principio è sancito solo a livello penalistico e non è stato ritenuto applicabile al campo dell'illecito amministrativo, considerato che la diversità morfologica tra le due tipologie di illecito impedisce una generalizzata estensione delle norme sancite per l'illecito penale agli illeciti amministrativi.⁴⁵

Se la responsabilità diretta è la *regula iuris*, il Codice delle Assicurazioni Private prevede specifiche eccezioni al regime appena illustrato, alcune di carattere speciale, in quanto applicabili a specifiche violazioni, e altre di portata generale, con valore di prova liberatoria rispetto al regime generale.⁴⁶

Un regime di responsabilità a parte è dettato per le violazioni commesse da soggetti esterni all'impresa ed affidatari di funzioni assicurative.

L'ipotesi in oggetto si riferisce ai casi di *outsourcing*, che comprendono le tecniche di esternalizzazione di determinate funzioni del ciclo produttivo, dismesse dalla gestione interna dell'impresa.

Per le violazioni commesse nell'esercizio di tali attività, il legislatore, all'art. 325 del Codice delle Assicurazioni Private, 5° comma, ha scelto un regime di corresponsabilizzazione dei soggetti che hanno contribuito alla integrazione dell'illecito, salvo il diritto di rivalsa nei rapporti interni.

La regola della solidarietà dell'impresa per gli illeciti commessi da soggetti inseriti nel ciclo produttivo risponde al principio *culpa in omnia et in singulis*, in base al quale colui che si avvale per lo svolgimento di una propria attività dell'operato di terzi, è tenuto a sopportarne i rischi.⁴⁷

Le imprese possono essere destinatarie di sanzioni amministrative anche nel caso di commissione di illeciti penali da parte dei loro organi o sottoposti.

Il legislatore, incorrendo in una sorta di *bisogna alle ciabatte*, ha formalmente definito amministrativa una responsabilità che, nella sostanza, assume valore

agenti e mediatori (c.d. *broker*), anche quando i danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale. In materia di intermediazione finanziaria un analogo regime è stabilito dall'art. 31 TUF, che attribuisce la responsabilità solidale degli intermediari per i danni arrecati a terzi nello svolgimento delle operazioni affidate ai preposti finanziari, richiamando in tale materia anche il principio dell'apparenza di diritto. In tal senso cfr.: Cass., 7 aprile 2006, n. 8229.

⁴⁵ Cfr. per tutto, Cass., 12 gennaio 2005, n. 114; Cass., 3 aprile 2006, n. 8005; V. Lazzarini-M. Scialoja, *Commento all'art. 325*, in AA.VV., *Il Codice delle Assicurazioni*, cit., 347 ss.

⁴⁶ Per le eccezioni al principio della responsabilità diretta si invoca agli artt. 311, 321, 1° comma, che li esclude per le sanzioni previste dal Capo V del Titolo XVIII e 325, 2° comma, che li esclude per le sanzioni, all'impresa o all'intermediario, di fronte la prova che l'illecito sia stato commesso da un loro dipendente o collaboratore con altro di poteri di ufficio e per danno personale vantaggio. L'assolvimento di tale onere probatorio assume limitato valore di prova liberatoria, in quanto supporta libera l'impresa dalla responsabilità diretta ed esclusiva, fa risultare comunque un regime di responsabilità a carico della medesima, che rimane obbligata come responsabile civile al fulgore del pagamento della sanzione.

⁴⁷ Cfr. V. Lazzarini-M. Scialoja, *Commento all'art. 325*, in AA.VV., *Il Codice delle Assicurazioni*, cit., 349.

penalistico essendo, infatti, strettamente collegata alla commissione di un fatto previsto come reato e sottoposto all'accertamento del giudice penale, con il corredo delle garanzie proprie del processo penale. I destinatari di tale forma di responsabilità sono persone giuridiche, enti o associazioni prive di personalità giuridica, con esclusione dello Stato, enti pubblici non economici e di lievi costituzione.⁴⁸

Il presupposto oggettivo per la configurabilità di tale eccezione sanzionatoria è la commissione di un reato, tra quelli espressamente elencati dalla legge, posto in essere da parte di soggetti in posizione apicale, ossia che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione dell'ente o che esercitano la gestione o il controllo, di fatto, del medesimo, oppure da soggetti in posizione subordinata, ossia sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi. Il reato – presupposto deve, inoltre, essere stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.⁴⁹

Il regime dei destinatari delle sanzioni delineato dal Codice delle Assicurazioni Private si discosta dal modello di responsabilità per gli illeciti amministrativi delineato in materia finanziaria. Il TUF infatti, agli artt. 188 ss. ha scelto un modello di responsabilità diretta e personale, che pone le sanzioni direttamente a carico delle persone fisiche responsabili delle violazioni.

Tale asimmetria pone problemi di coordinamento nel caso di eventuali cumuli di sanzioni previste dal Codice delle Assicurazioni Private e dal TUF.⁵⁰ La questione è concreta e ancora perché si pone per via dell'integrazione del *pauciter sanzionatorio* a seguito dell'espresa applicazione delle tutele previste dal TUF circa i prodotti assicurativi a valenza finanziaria. Quale l'orientamento in questi casi? Si adotta la linea di irrogare sanzioni tanto alle imprese, che alle persone fisiche, cumulando i due regimi di responsabilità, oppure quella della prevalenza di un sistema sanzionatorio sull'altro?

Una chiave di soluzione potrebbe ravvisarsi nella attribuzione, al regime dei destinatari delineato dal Codice delle Assicurazioni Private, del valore di norma generale, solve le ipotesi eccezionali, nelle quali la natura del prodotto assicurativo assume valore specialistico ed impone l'applicazione di regimi differenti, quali quello della responsabilità personale e diretta delle persone fisiche previsto dal TUF.

⁴⁸ In materia si veda: cfr. G. Nicosia, *I modelli sanzionatori ex l. 231/2001 – Linee d'impostazione e possibilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2007; F. Palazzini, *Insanabili punte pene. Le responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padova, 2009; G. Giamberini, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002.

⁴⁹ L'ente non risponde se il reato è stato commesso nell'interesse esclusivo dell'autore materiale o di terzi. Cfr. N. Bussicelli, *Commento all'art. 266*, in AA.VV., *Il nuovo Codice delle Assicurazioni*, a cura di S. AMERIGHIO-L. TUSCERLLO, Giuffrè, Milano, 2006, 409; G. De Santis, *I profili costituzionali della responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. l. n. 7 giugno 2001 n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Giamberini, Cedam, Padova, 2002.

⁵⁰ Come nel caso di prodotti assicurativi di natura finanziaria.

4. Le sanzioni contenute nei provvedimenti collegati

Dall'entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni Private, si sono susseguiti molteplici interventi, di natura primaria e secondaria, che oggi minacciano l'organicità della materia sanzionatoria rispetto alla stessa codicistica. Una delle ragioni di questo fenomeno, va individuata nel processo (ri)qualificatorio di determinati prodotti assicurativi. Basti il richiamo a quelli che hanno assunto carattere finalitario¹⁹. Sul piano strettamente sanzionatorio, questa *raison d'être* ha appesantito gli oneri comportamentali nell'esercizio di tali attività, rendendole almeno qualificate ed innalzando gli standard di diligenza professionale necessari per il loro svolgimento. Sia di fatto che, a fronte dell'allargamento delle norme applicabili, corrisponde un allargamento delle sanzioni pecuniarie a presidio di esse. In molti casi, l'estensione pone anche alcuni problemi di coordinamento interpretativo tra norme del Codice delle Assicurazioni Private e norme contenute nei provvedimenti collegati.

E così, per fare alcuni esempi, l'applicazione ai prodotti assicurativi con valenza finanziaria delle disposizioni in tema di *informativa precontrattuale*, comporta la previa pubblicazione di un prospetto informativo dell'offerta degli strumenti finanziari, da sottoporre all'approvazione della CONSOB. Le misure sanzionatorie sono quelle di cui all'art. 94 TUF²⁰, cui si aggiungono le sanzioni amministrative pecuniarie, irrogate per la violazione delle norme concernenti il prospetto informativo nell'offerta al pubblico. Sempre nell'ambito degli obblighi informativi, sono comminate ulteriori sanzioni dall'art. 152-*quater* del regolamento CONSOB n. 11971, relativo alla figura degli emittenti, che fa riferimento alle sanzioni stabilite per gli illeciti previsti nel Titolo I-bis della Parte V del TUF concernenti l'abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato.

L'applicazione delle regole di comportamento, da osservare nel collocamento dei prodotti finanziari, induce l'irrogabilità di sanzioni amministrative a carico di persone fisiche, che svolgono la funzione di amministrazione, di direzione o che rivestono la qualifica di dipendenti, quando non osservino le disposizioni richiamate dall'art. 25-bis TUF²¹.

Va messo in luce che l'imputabilità degli illeciti amministrativi a carico delle persone fisiche, anziché direttamente dell'impresa, crea un elemento di disarmonia rispetto all'impianto sanzionatorio del Codice delle Assicurazioni Pri-

vate, che aveva scelto la strada della responsabilità diretta delle persone giuridiche²². Si conferma, pertanto, l'esistenza di regimi eccezionali nel sistema sanzionatorio tendenzialmente generale delineato dal Codice delle Assicurazioni Private²³, il cui effetto pratico ad oggi, è quello di un impianto non più incentrato nell'esclusiva responsabilità dell'impresa, bensì aperto all'operato del meccanismo della regola e della eccezione.

Anzora, il regolamento CONSOB 29 ottobre 2007, n. 16190, sugli intermediari, disciplina il potere sanzionatorio della CONSOB per le violazioni relative al TUF o di ogni altra norma secondaria ad esso collegata, annoverando tra le misure adottabili, accanto alla radiazione o sospensione dall'albo, anche una sanzione pecuniaria, alla quale si applicano i principi generali dettati dalla legge n. 659/1981²⁴.

La pluralità delle norme applicabili alle imprese assicurative, che collocano sul mercato prodotti di natura finanziaria, comporta non solo – come anticipato – un allargamento del novero delle sanzioni irrogabili per le violazioni agli obblighi imposti, ma anche l'intervento di diverse autorità di settore, che in nome del principio della leale collaborazione e in attuazione della allocazione di competenze legislative, dovranno provvedere alla vigilanza e repressione degli illeciti commessi dalle imprese.

Sempre a titolo esemplificativo dell'interazione prodotta per effetto di provvedimenti esterni sul Codice delle Assicurazioni Private, possono menzionarsi l'art. 101 TUF e gli artt. 17-18 e 28-*octies* del regolamento CONSOB emittenti n. 11971, che in materia di pubblicità stabiliscono oneri, in ordine alla pubblicazione di determinati contenuti, applicabili anche per la commercializzazione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazioni.

Gli annunci pubblicitari di tali prodotti, sono soggetti ad un sistema di controllo di competenza della CONSOB, che può richiederne la trasmissione ai soggetti abilitati.

Le competenze in materia pubblicitaria spettano, inoltre, anche ad altre Autorità di settore, a causa di un processo di integrazione legislativa che ha originato una distribuzione di competenze, non sempre nettamente distinguibili e con il rischio, anzi, di sovrapposizioni di poteri. In particolare, la potestà sanzionatoria è stata affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai fini della inibizione della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette.

¹⁹ In proposito per un approfondimento della tematica cfr. S. Mares, *I prodotti assicurativi*, Giappichelli, Torino, 2004.

²⁰ L'an. 94 TUF, che, stabilisce un regime di responsabilità civile, prevede nei singoli casi, l'atto emittente, offeso, garante, che rispondono dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto. Il termine di prescrizione delle azioni risarcitorie è di cinque anni dalla pubblicazione del prospetto, salvo che l'investitore provi di avere scoperto le falsità delle informazioni o le omissioni nei due anni precedenti l'esercizio dell'azione.

²¹ V. art. 190 TUF, lett. d-bis inserita dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262.

²² Cfr. M. Costantini, *Convenzioni all'art. 112*, in AA.VV., *Il Codice delle Assicurazioni*, cit., 276-ss.

²³ In proposito si rimanda al par. 4 del presente capitolo.

²⁴ Cfr. art. 110 del regolamento in oggetto che rimanda all'applicabilità delle sanzioni di cui all'art. 196, 1° comma, lett. a), b), c), e d).

²⁵ Cfr. art. 8, d.lgs. n. 145/2006 e art. 27, d.lgs. n. 146/2007, delibere Amministr. n. 17589 e 17590/2007. Da ultimo, Parece del Cons. Stato, 3 dicembre 2008, 3999, cit., che ha eluso che la competenza ad irrogare sanzioni per le pratiche commerciali scorrette riguardi all'allocazione di prodotti finanziari spetta alla CONSOB e non all'AGCM.

L'AGCM è legittimata ad adottare, oltre che provvedimenti inibitori o sospensivi, in via cautelare o definitiva, di pubblicità ingannevole o delle pratiche commerciali scorrette, anche ad irrogare sanzioni pecuniarie al duplice fine di suffragare l'intervento affittivo sui trasgressori di tali condotte, e di punire – potremmo dire in via autonoma – le inottemperanze ai provvedimenti emessi nella fase istruttoria o conclusiva del procedimento sanzionatorio¹¹.

5. Plurioffensività degli illeciti di cui agli artt. 305 ss.

Il concetto di *plurioffensività* esprime istintivamente la possibilità che una medesima condotta integri plurime fattispecie di illeciti puniti con differenti sanzioni, penali, amministrative e civili, applicate, a seconda dei casi, in via alternativa o in via cumulativa. Nell'ambito delle sanzioni punitive, un'ipotesi particolare di concorso c.d. materiale¹² di illeciti è disciplinata dal Codice delle Assicurazioni Private. L'art. 327 sottopone ad un regime sanzionatorio speciale e di favore l'ipotesi della commissione di più illeciti, realizzati attraverso plurime omissioni o omissioni, in violazione della stessa disposizione di legge (nella forma di concorso materiale omogeneo) e cagionati dalla medesima disfunzione dell'organizzazione dell'impresa o dell'intermediario.

La *disfunzione organizzativa* è definibile come una patologia dei meccanismi di funzionamento dell'impresa, che ha reso possibile la reiterazione di illeciti amministrativi, ponendoli in rapporto di diretta derivazione causale rispetto alle violazioni cagionate.

Nel caso in cui ricorrono i presupposti menzionati, l'ISVAP, nell'atto di contestazione degli illeciti in oggetto, accorda la facoltà al destinatario di adottare delle misure correttive, al fine di eliminare la disfunzione organizzativa che ha cagionato gli illeciti contestati, attribuendogli un apposito termine, non superiore a centottanta giorni. Se la parte sceglie di avvalersi di tale facoltà, deve comunicarlo all'ISVAP, specificando le modalità, le caratteristiche e gli effetti attesi dall'adozione delle misure correttive. L'effettiva adozione delle misure,

¹¹ I ricorsi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati in materia dell'AGCM sono riservati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹² La legge 24 novembre 1981, n. 689 all'art. 1 prevede un regime sanzionatorio per la figura del concorso formale di illeciti, non dissimile da quello previsto in campo penalistico e sottintende che la plurima commissione di illeciti incappia con un'unica condotta è punita con il regime più benevolo del cumulo giuridico, che comporta l'applicabilità di una sola sanzione, ossia quella prevista per la violazione più grave *massima* fino al triplo. In merito al concorso materiale di illeciti amministrativi, che si configura quando, con una pluralità di omissioni o omissioni, si violano più volte le stesse disposizioni di legge o più disposizioni di legge, si ravvisa, invece, una dissimilitudine tra il regime penalistico e il regime sanzionatorio amministrativo. Mentre, nel campo penalistico si occlude strada del cumulo materiale (per *crimen in potestate*, trattata temporaneamente da previsione di limiti massimi di pena, nel campo amministrativo è stato stabilito il regime del cumulo materiale, ma senza tempestività).

oggetto di verifica da parte dell'Autorità di Vigilanza, comporta l'applicabilità di un'unica sanzione amministrativa pecuniaria, sostitutiva di quelle derivanti dalla pluralità degli illeciti commessi.

Il regime di *favor* della norma in oggetto deriva dalla deroga alla regola del cumulo materiale, che comporterebbe, altrimenti, l'applicabilità di tante sanzioni quanti sono gli illeciti.

Il legislatore del Codice delle Assicurazioni Private ha inteso favorire, attraverso tale figura di concorso materiale di illeciti, il provvedimento operoso, diretto alla eliminazione delle patologie organizzative di una impresa, che hanno reso possibile la reiterazione dei medesimi.

Sebbene l'intervento correttivo non possa eliminare le conseguenze degli illeciti commessi, quanto meno evita la reiterazione di tali violazioni nel futuro¹³.

In materia di illeciti amministrativi, per la insoluzione di conflitti tra più norme penali e amministrative o tra più disposizioni amministrative, il legislatore ha richiamato solo il principio di specialità all'art. 9, legge n. 689/1981¹⁴.

Il mancato richiamo nella norma in oggetto agli altri principi regolatori dei conflitti tra norme non è di ostacolo alla loro utilizzabilità in via interpretativa, come principali taciti del sistema, analogamente a quanto è avvenuto nel campo penalistico¹⁵.

L'art. 326 del Codice delle Assicurazioni Private, nel disciplinare il provvedimento applicativo delle sanzioni amministrative, si limita a richiamare i soli artt. 8, in materia di concorso di reati, 8-bis, in materia di reiterazione di illeciti e 11, in ordine ai criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie, della legge n. 689/1981. Non contiene, invece, un espresso rinvio all'art. 9 della stessa, rubricato principio di specialità.

¹³ Cfr. C. De Vitis, *Consenso all'art. 327*, in AA.VV., *Il Codice delle Assicurazioni*, cit., 382.

¹⁴ L'art. 9, legge n. 689/1981, 2° comma, subisce una deroga al principio di specialità, quando la concorrenza sanzione amministrativa sia prevista da una norma regionale. In siffatto conflitto, afferma la prevalenza della norma regionale su quella statale di carattere generale che commina sanzioni penali. L'eccezione ha, di subito, suscitato perplessità in quanto attribuisce un potere di depenalizzazione alle Regioni, in contrasto con la riserva statale in materia penale (cfr. art. 23 Cost.). Al fine di mediare tale deroga con i principi costituzionali, la dottrina, prima della modifica del Titolo V della Costituzione, proponeva di emendare la potestà regionale sanzionatoria rispetto al rispetto di principi fondamentali derivati dalla legge dello Stato (quali per le pene pecuniarie quelli di cui alla legge n. 689/1981) Cfr. M.A. SABBIONI, *note* *Sanzioni amministrative*, cit., 8. Tale affermazione deve essere messa in discussione alla luce della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 1, che ha modificato il Titolo V della Parte I della Costituzione. Infatti "la competenza sanzionatoria amministrativa non è in grado di autonomizzarsi come materia in sé, ma occorre alle norme statali" (v. Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 12). Dovrebbe, pertanto, giungere all'affermazione che, nelle materie di legislazione esclusiva, spetta alle Regioni anche la disciplina procedimentale e di principio, salvo che non rivelino altri limiti, quali, ad esempio, gli aspetti processuali riservati alla competenza statale esclusiva. Cfr. S. CAVALIERE, *Sanzioni amministrative*, cit., 3428 ss.

¹⁵ In materia penalistica si veda R. GAROFALO, *op. cit.*, 731 ss.; per la giurisprudenza, Cass. pen., 2 marzo 2006, n. 7629.

L'estendibilità di tale principio, nonostante l'omesso richiamo nella materia sanzionatoria del Codice delle Assicurazioni Private, può creare problemi di coordinamento interpretativo. Una linea di risoluzione può rinvenirsi nel carattere generale dei principi dettati per gli illeciti amministrativi dalla legge n. 689/1981, come si evince dallo stesso art. 12 della legge generale, che nel perimetrare l'ambito di applicazione stabilisce che le disposizioni di questa legge si osservano, salvo che non sia diversamente previsto, per tutte le violazioni punite con sanzione amministrativa pecuniaria. Purtroppo non si rinvenivano, per ora, precedenti di riferimento.

Gli illeciti rinvenibili nel Codice delle Assicurazioni Private che possono dar luogo ad un concorso sono quelli regolati dagli artt. 305 e 306. Quest'ultimo, in particolare, non può concorrere con il reato societario di cui all'art. 2638 c.c., rubricato "ostacolo all'esercizio di funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza", configurandosi tra le due norme un conflitto apparente.

In particolare, la fattispecie incriminatrice di cui al 1° comma dell'art. 2638 c.c. si sostanzia in un reato proprio, posto in essere da soggetti attribuitari di cariche societarie⁴⁹, e consiste nell'esporre, nelle comunicazioni alle pubbliche autorità di vigilanza, fatti materiali sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dei soggetti sottoposti non rispondenti al vero o nell'occultare con altri mezzi fraudolenti fatti che avrebbero dovuto essere oggetto di comunicazione.

Lo stesso legislatore del Codice delle Assicurazioni Private, per escludere un concorso tra i reati ex art. 306 del Codice delle Assicurazioni Private e 2638 c.c., nella formula di apertura della norma assicurativa, inserisce una clausola di sussidiarietà⁵⁰ esprimendo, chiarendo che l'illecito ex art. 2638 c.c. si perfezionerebbe solo al di fuori delle ipotesi già sanzionabili ex art. 306 del Codice delle Assicurazioni Private, non avrebbe potuto concorrere con l'illecito san-

⁴⁹ Individuati dalla norma in amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori di società, enti o altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti.

⁵⁰ Il principio di sussidiarietà costituisce uno dei criteri risolutori dei conflitti apparenti di norme: interviene tra le disposizioni che prevedono stati diversi di offesa ad un medesimo bene giuridico e comporta che l'applicabilità di una norma sia subordinata alla non applicabilità dell'altra. Sussistono nell'ordinamento tanto ipotesi di sussidiarietà espresse, tanto ipotesi di sussidiarietà tacite. Cfr. G. PIANIGLIA-E. MUSCO, *Diritto privato*, Parte generale, Zanichelli, Bologna, 2003, 635.

⁵¹ Cfr. art. 306 del Codice delle Assicurazioni Private: "1. Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque ostacola le funzioni di vigilanza con il rifiuto dell'accesso ai locali e con il diniego all'ordine di esibizione della documentazione concernente l'attività assicurativa o rassicurativa o di intermediazione assicurativa o rassicurativa, che viene opposto ai funzionari dell'ISVAP incaricati di accertare i fatti che possono configurare una violazione dell'art.

zionato dal Codice Civile, in quanto, a ben vedere, la combinazione delle norme in esame integra una ipotesi di reato complesso.

Pertanto, il rifiuto di accesso o il diniego di esibizioni, in presenza degli altri elementi costitutivi del reato ex art. 2638 c.c., sarebbero stati assorbiti come elementi costitutivi del reato più grave, secondo il criterio dell'*absorbentia o contumazione*.

Si riscontrano maggiori difficoltà, invece, nel perimetrare con esattezza il confine tra la fattispecie di cui al 2° comma dell'art. 2638 c.c. e quella delineata dall'art. 306.

L'art. 2638 c.c., 2° comma, prevede una fattispecie di reato proprio consistente nell'ostacolo frapposto alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza in qualsiasi forma, anche omissiva.

Rispetto a tale ultima fattispecie, l'art. 306 del Codice delle Assicurazioni Private si profila come norma *ad hoc*, che, secondo il principio di specialità enunciato dall'art. 9 della legge n. 689/1981, dovrebbe prevalere sulla norma generale sancita dal Codice Civile⁵¹.

L'applicabilità del principio di specialità nel rapporto intercorrente tra le norme civilistiche e assicurative trova fondamento nel fatto che trattasi di una ipotesi applicativa di concorso di norme disciplinanti entrambe illeciti amministrativi.

La clausola di riserva contenuta nell'art. 306, tuttavia, è funzionale ad evitare la prevalenza della norma speciale meno grave, ed ad assicurare, in ogni caso, sempre la prevalenza di quella generale sancita dal Codice Civile, che comporta una sanzione più grave.

Il possibile conflitto tra le due norme citate è regolabile, pertanto, sulla base del criterio della sussidiarietà, che assume carattere espresso in virtù della *clausola di riserva* e assicura la prevalenza della norma che stabilisce un grado di offesa maggiore al medesimo bene giuridico, come emerge dalla maggiore

⁵² A norma dell'art. 84 c.p. si configura reato complesso, quando la legge considera come elementi costitutivi o circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che, per se stessi, costituirebbero reato. In altri termini, più fatti di reato, anziché mantenere la propria autonomia concettuale, si fondono in un solo reato, rispetto al quale si atteggiavano quali elementi costitutivi o circostanze aggravanti. Cfr. R. GAROFALO, *op. cit.*, 764.

⁵³ Il criterio dell'assorbimento, per non essendo espressamente sancito dal Codice Penale, è di elaborazione giurisprudenziale.

⁵⁴ Gli elementi specializzanti dell'art. 306 si collegano, al nel *reato giuridico astratto*, che nell'art. 2638 c.c. consiste nella tutela della correttezza dei rapporti tra ente controllante e ente controllato, al fine di coesistere l'esercizio legittimo delle funzioni di vigilanza; nell'art. 306, invece, l'interesse tutelato ha carattere più circoscritto, essendo connesso alla vigilanza dell'ISVAP sul fenomeno dell'abusivismo; b) nel *contenuto*, in quanto mentre la norma civilistica si pone come

intensità del dolo che caratterizza l'art. 2638 c.c., che ha natura diretta e cialtrata, in quanto la norma civilistica esige la produzione dell'evento, consistente nell'effettivo ostacolo all'esercizio della funzione pubblica.⁹⁸

Un'altra questione di *concorsio tra illeciti*, fonte di problemi di coordinamento, si pone in riferimento all'art. 320 del Codice delle Assicurazioni Private, che punisce con sanzione amministrativa l'omessa consegna della nota informativa prima della conclusione del contratto.

La *antiprescrizione* potrebbe concorrere con gli illeciti amministrativi di nuovo diritto, introdotti dagli art. 8, d.lgs. n. 145/2007 e art. 27, d.lgs. n. 146/2007.

In particolare, l'omessa consegna potrà concorrere con l'ipotesi sanzionatoria della pubblicità ingannevole, dando origine ad un vero e proprio concorso di ruoli e non tra norme, considerati la diversità delle fattispecie.

La nota informativa contiene, difatti, informazioni diverse da quelle pubblicitarie⁹⁹ e ben potrà, se accompagnata dagli altri elementi costitutivi della pubblicità ingannevole, integrare plurime fattispecie di illeciti, punibili secondo il regime del cumulo, ovvero dell'assortimento della condotta prevista dal Codice delle Assicurazioni Private nella fattispecie specificamente regolata dalla CONSOB. L'assenza di materiale giurisprudenziale in termini lascia aperta la questione.

Altro tema di forte impatto pratico è quello della *pluriresponsabilità* originata dalla adozione contestuale di sanzioni amministrative e sanzioni civili. È un problema che si pone, ad esempio, per le conseguenze sanzionatorie delle violazioni degli obblighi comportamentali posti a carico degli intermediari nella fase precontrattuale e nella fase esecutiva del rapporto contrattuale assicurativo.

La questione è stata oggetto di un interessante dibattito giurisprudenziale, sui doveri di comportamento precontrattuale e contrattuali degli intermediari finanziari nei rapporti con i clienti: quale il rimedio accordabile in caso di *esistenza di violazioni plurime*? Invalidità dei contratti stipulati, perché nulli, o rinvio risarcitorio, derivante dalla configurabilità di una responsabilità precontrattuale o da inadempimento?

La Corte di Cassazione ha escluso che le violazioni attinenti a regole di comportamento possano dare origine ad una ipotesi di nullità integrando, piuttosto, responsabilità precontrattuale¹⁰⁰, con conseguente obbligo di risarcimento

⁹⁸ L'art. 305 contempla un'altra ipotesi, in quanto è sufficiente un dolo generico, anche nella forma eventuale e richiede il mero periodo all'esercizio delle funzioni di vigilanza. In tal senso cfr. M. PALLARONE, *Convenzioni all'art. 176, in AA.VV., Commentari al Codice delle Assicurazioni*, a cura di F. CARBONE, cit., 170 ss.

⁹⁹ V. art. 185 del Codice delle Assicurazioni Private.

¹⁰⁰ In merito alla *responsabilità precontrattuale* si segnala il superamento della visione tradizionale che ne stabiliva la configurabilità solo nelle ipotesi di mancata conclusione di un contratto valido ed efficace (cfr. *retro* ingiustificata delle iniziative) e ammetteva come ausiliabile

dei danni, o responsabilità contrattuale per inadempimento ed eventualmente, quando sussistono gli altri elementi di cui all'art. 1455 c.c., condurre alla risoluzione del contratto.¹⁰¹

In nessun caso la violazione degli obblighi comportamentali può condurre alla nullità del contratto, salvo che ciò sia espressamente stabilito dalla legge.¹⁰² Il ragionamento sviluppato dalla giurisprudenza esaminata è estendibile alle analoghe ipotesi di violazione delle regole di comportamento dettate dal Codice delle Assicurazioni Private per le imprese assicuratrici o riassicuratrici e per gli intermediari.

Il *legittimo affidamento* difatti non ha prescinso, con la sanzione della nullità, i contratti posti in essere in violazione degli obblighi comportamentali¹⁰³, ma ha scelto la strada delle tutele risarcitorie, a titolo di responsabilità precontrattuale.

La conferma di tale regime di tutela si rinviene, peraltro, sin dalla circolare n. 531/D/05 ISVAP, contenente disposizioni in tema di trasparenza dei contratti di assicurazione sulla vita che, a fronte della ipotesi di omessa consegna, sia in fase precontrattuale, che in corso di contratto, da parte delle imprese o degli intermediari, dell'informazione prescritta dalla normativa vigente stabilisce l'applicabilità, *onere* che delle sanzioni amministrative pecuniarie, anche del regime di responsabilità ex art. 1337 c.c., che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle trattative e nella formazione del contratto. Annoverandosi tra gli obblighi di buona fede, anche quello di fornire alla controparte tutte le informazioni in merito alle obbligazioni che scaturiranno dalla stipula del contratto, la violazione del medesimo origina un danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale.

Il solo interesse negativo consistente alle spese sostenute per le uscite trattative o alla perdita di occasioni alternative. L'attuale orientamento giurisprudenziale ammette la configurabilità di responsabilità precontrattuale anche nelle ipotesi di conclusione di un contratto valido ed efficace, ma sconsigliato per la parte vittima di comportamento scorretto nella fase delle trattative. Il criterio amministrativo del danno, in queste ultime ipotesi, si basa sul nesso vantaggio o maggior agio economico determinato dal contraggo delle parti. Cfr. Cass., sez. I, 29 settembre 2003, n. 19024, in *scenari alfabeta*, 2004.

¹⁰¹ V. Cass., sez. un. civ., 19 dicembre 2007, n. 26724, *scenari alfabeta*, 2008.

¹⁰² Una ipotesi di nullità collegata alla violazione di regole comportamentali si rinviene nella disciplina dei prodotti assicurativi occlusivi. L'art. 16, d.lgs. n. 190/2005, prevede la nullità del contratto se "l'assicuratore viola gli obblighi di informazione precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche". Cfr. M. RUSCA, *Violata e distorta la verità finanziaria, negare assicurazione in Diritto consumo assicurativo*, 2006, fasc. 2, 463 ss.

¹⁰³ V. art. 183 del Codice delle Assicurazioni Private.

¹⁰⁴ Ai contratti di cui si è parlato, in altre specifiche ipotesi, quali quelle previste ex art. 167 del Codice delle Assicurazioni Private, che stabilisce la nullità del contratto di assicurazione stipulato dalla impresa non autorizzata o a cui è fatto divieto di assumere nuovi affari. Si tratta di una nullità di protezione, posta a tutela dell'assicurato, unico legittimato a farla valere, con diritto alla restituzione dei premi pagati.

Compieta il quadro della *plurioffensività impropria*. In quanto rilevante sul duplice piano delle sanzioni amministrative e civili) la tutela risarcitoria riconosce al singolo consumatore assicurato nel caso di danni riflessi sulla stipula di un contratto a valle, a causa, ad esempio, della intesa anticoncorrenziale tra imprese che operano a monte di esso.

La giurisprudenza ha, infatti, riconosciuto la dignità di diritto soggettivo alla tutela della concorrenza, chiarendo che "la legge antitrust, n. 287/90, non è la legge soltanto degli imprenditori, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale esistenza".

La conclusione è, dunque, che le sanzioni irraggiungibili alle imprese assicuratrici non si esauriscono nell'ambito del numero chiuso di quelle tipizzate dal Codice delle Assicurazioni Private e dai provvedimenti ad esso collegati intervenuti al integrato, ma si estendono a quelle risarcitorie di carattere tipico e generale, che promanano, non dalla Autorità di Vigilanza, ma dall'iniziativa dei singoli soggetti assicurati, legittimati ad agire in veste individuale o collettiva "per la lesione di prerogative contrattuali. Coesistono, in conclusione, una *plurioffensività* di tipo tecnico (che rimanda al Codice delle Assicurazioni Private e alle norme collegate), ed un'altra, di radice più lata, che implica la rilevanza di una *malesima* condotta anche sul piano civilistico, il che può dar luogo ad un *casualità di azioni*. E quanto peraltro accade sempre più spesso nella pratica.

¹⁰ Cf. Cass., sez. un. IV, 4 febbraio 2005, n. 2207, in *anno alla Corte* cit.

¹¹ È d'obbligo il riferimento alla recente novella apportata al Codice del Consumo, adottato con il d.lgs. n. 206/2005, dalla legge finanziaria per il 2008, legge n. 244/2007, che ha introdotto con l'art. 140-bis l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori. La novella prevede un nuovo strumento generale di tutela, che ha ad oggetto l'accoglimento dei diritti di risarcimento spettanti ai singoli consumatori nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ex art. 1341 c.c. o derivanti da atti illeciti extraccontrattuali, o da pratiche commerciali scorrette o da atti anticoncorrenziali quando sono lesi diritti di una pluralità di consumatori o utenti. Tuttavia, l'entrata in vigore della nuova norma ha subito uno slittamento temporale, per effetto del quale l'acquisto di efficacia si avrà decorso un anno dall'entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008. Il differimento è stato disposto dall'art. 36, d.l. n. 112/2008, con l'obiettivo, ovviamente, nella relazione di accompagnamento alla legge di conversione, di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela, anche in forma specifica, nei confronti della P.A. per rendere effettivo lo strumento dell'azione collettiva. Cfr. I. TROVATI, *Riforma nel 2009: l'efficienza delle azioni*, in *Giurisprudenza*, 19 luglio 2008, n. 29, 72.

6. La procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie sulla base del Regolamento ISVAP n. 1/2006 e della legge 28 dicembre 2005, n. 262

L'art. 9 del Codice delle Assicurazioni Private ha conferito all'ISVAP potestà regolamentare "per disciplinare il procedimento relativo all'accertamento delle violazioni ed all'irrogazione delle sanzioni previste dal Titolo XVIII del Codice. Il regolamento ISVAP n. 1 (del 15 marzo 2006) nasce abbinato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 (tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari), la quale, a sua volta, contiene innovazioni rispetto alla fase sanzionatoria. Al momento, quindi, la procedura di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie può considerarsi affidata all'art. 326 del Codice delle Assicurazioni Private, ai regolamenti attuativi ISVAP n. 1/2006 e n. 24/2008, ed, infine, agli artt. 24 e 26 della *legge sulla tutela del risparmio*. Dalla lettura ed, infine, agli artt. 24 e 26 della *legge sul modello di processo sanzionatorio* di combinata di queste fonti, emerge il nuovo modello di processo sanzionatorio di matrice paragonistica. Oltre questa fase, che si esaurisce innanzi all'ISVAP, c'è la fase giurisdizionale vera e propria, che è quella innescata dalla proposizione del ricorso al Giudice Amministrativo.

La *prima fase* è quella che segna l'avvio del procedimento, che può avere impulso d'ufficio, quando le violazioni sono rilevate dall'Autorità nella svolgimento dell'esercizio delle funzioni di vigilanza cartolare o ispettiva, ovvero di parte, quando gli accertamenti sono sollecitati da reclami presentati dagli utenti.¹²

Qualora l'ISVAP ritenga che gli elementi accertati integrino una fattispecie di *illegato*, dotato di carattere offensivo rispetto alle funzioni di vigilanza, pro-

¹² Prima dell'entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni Private, si discuteva della potestà normativa dell'ISVAP. La funzione di regolazione generale era esercitata dall'Autorità in assenza di una specifica disciplina regolativa. Posteriormente discussa era la natura giurisdizionale degli atti adottati, in quanto era dubbia la loro riconducibilità nella categoria dei provvedimenti amministrativi o nell'ambito dei regolamenti, assenti la natura di atti normativi di tipo legislativo. Con il potere 15 febbraio 2005, n. 11603, ha chiarito la natura di atti normativi di natura regolatoria dei regolamenti ISVAP. Successivamente, gli artt. 9 e 191 del Codice delle Assicurazioni Private hanno introdotto anche il funzionamento legislativo della potestà regolamentare dell'ISVAP, in ossequio al principio di legalità. Cfr. I. RIVA, *Commento agli artt. 191, 192, 193 del Codice delle Assicurazioni Private*, a cura di M. Bui, cit., 606 n. Per ulteriori approfondimenti S. FRA, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹³ Pur essendo enunciata tra i principi generali richiamati, la facoltà di denuncia di parte non era espressamente disciplinata dal regolamento n. 1/2006 (che si limitava a stabilire, con formule generiche e concettuali, che fosse sufficiente per l'avvio del procedimento la rilevazione di fatti suscettibili di sanzioni). C'era bisogno di una esplicitazione della formula più chiara? La risposta è affermativa rispetto alla soluzione di *modus operandi* che non sono esattamente assimilabili e che rispetto alle segnalazioni di parte hanno visto, in seguito, l'emissione di un regolamento ad hoc. Il regolamento ISVAP 19 maggio 2006, n. 24.

cece alla contestazione della violazione accertata, entro il termine di centoventi giorni, elevato a centoquaranta in caso di destinatari residenti all'estero⁸⁷.

La notifica dell'atto di contestazione costituisce il primo atto del procedimento amministrativo sanzionatorio ed, in quanto privo di immediatezza e concretezza lesiva, non è immediatamente impugnabile⁸⁸.

La contestazione (art. 3, regolamento n. 1) deve riportare una sintetica esposizione dei fatti, delle violazioni riscontrate, nonché deve indicare il responsabile del procedimento e il termine entro il quale il destinatario può esercitare i diritti di intervento e di partecipazione al procedimento sanzionatorio.

Nei sessanta giorni dalla notifica dell'atto di contestazione, si svolge la seconda fase del procedimento, quella istruttoria, alla quale il destinatario può partecipare attivamente, tramite la presentazione di memorie o la richiesta di audizione. Si tratta di una fase che vorrebbe essere "dialettica", essenziale ai fini della compiuta realizzazione del "contraddittorio"⁸⁹.

Conclusa l'attività istruttoria, nel corso della quale l'ISVAP è tenuta a prendere in considerazione gli elementi dedotti dall'istruttoria, ma con facoltà di svolgere d'ufficio tutti gli approfondimenti ritenuti opportuni, i Servizi dell'ISVAP devono trasmettere le risultanze dell'istruttoria⁹⁰, redatte in un apposita relazione, al Servizio Sanzioni⁹¹.

⁸⁷ Il dato normativo non specifica la natura del termine per la contestazione, ossia se esso rivesta carattere perentorio o ordinatorio. Al momento la prima via è preferibile sulla scorta dell'applicazione dei principi generali. Ciò si deduce anche dall'art. 14, legge n. 689/1981, che stabilisce l'estinzione dell'obbligazione del pagamento della somma di denaro, dovuta per la violazione, se non è rispettato il termine per la notifica. Cfr. C. MICRASI, *Commento all'art. 327 e ss.*, in AA.VV., *Commentario al Codice delle Assicurazioni*, a cura di M. Bisi, cit., 832. In merito al *decreto*, il termine decorre non già dal momento della acquisizione della notizia del fatto, ma dalla scadenza del tempo necessario per la valutazione degli elementi raccolti, considerata la complessità e l'alta ricchezza degli accertamenti. Cfr. Cass., sez. I, 19 maggio 2004, n. 9456; Cass., sez. I, 19 novembre 2003, n. 17554.

⁸⁸ Il destinatario della contestazione dovrà attendere l'esito del procedimento, ed, eventualmente, impugnare l'ordinanza di applicazione della sanzione, anche per i vizi derivati, ossia propri dell'atto di contestazione o del procedimento successivo. In tal senso v. Cass., sez. I, 15 aprile 2003, n. 7884.

⁸⁹ Il regolamento ISVAP non regola il diritto di accesso, né il diritto di intervento da parte di altri soggetti interessati, né, infatti, invece, dall'art. 9 del Codice delle Assicurazioni Private, che a tal fine stabilisce l'applicazione in via analogica degli istituti previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo, n. 241/1990. L'estensione analogica è suffragata anche dal contenuto delle specifiche disposizioni della legge sulla tutela del risparmio, che, tra i principi informativi del procedimento sanzionatorio, annovera quello della piena conoscibilità degli atti istruttori da parte dell'interessato. In merito al diritto di intervento da parte di terzi non si riscontrano particolari ostacoli ad ammettere l'esercizio anche nel procedimento in esame, a norma dell'art. 9, legge n. 241/1990.

⁹⁰ Il termine, previsto dall'art. 4, regolamento n. 1/2006 per la conclusione della fase istruttoria, è di novanta giorni dal ricevimento delle memorie difensive o dall'audizione dell'inter-

Con la trasmissione della relazione istruttoria, inizia la terza e ultima fase decisionaria, che si articola, a sua volta, in due distinti momenti, quello della *pre-disposizione degli atti conclusivi del procedimento*, che consiste nella formulazione di una proposta di sanzione, di competenza del Servizio Sanzioni e quello *irrogatorio della sanzione*, di competenza, invece, del Presidente dell'ISVAP con cui termina il procedimento.

Il provvedimento finale deve essere corredato da *adeguata* motivazione. L'obbligo di motivazione è stato espressamente introdotto dalla legge sul risparmio, n. 262/2003, ex art. 24, che impone, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, che gli atti finali delle Autorità (ISVAP, Banca d'Italia, CONSOB e COVIP) siano *adeguatamente* motivati. L'innovazione, extra Codice, è di fondamentale rilievo nel cammino che accomuna le Authority verso la ricerca delle basi del *giusto procedimento*, di cui la motivazione costituisce di certo il punto di emersione più apprezzabile. *Giusto procedimento* significa, prima di tutto, che nel provvedimento, che esaurisce la fase innanzi all'Istituto di vigilanza, vengano messi in chiaro i criteri di logicità, coerenza di diritto e congruità sanzionatoria; pena il rischio di illegittimità dell'atto.

I possibili esiti del procedimento, che deve comunque concludersi nel termine massimo di due anni dall'inizio, sono rappresentati dall'*archiviazione* o dall'*irrogazione della sanzione* prevista dal Codice per la violazione commessa.

L'archiviazione può essere disposta quando non viene provata la violazione, secondo la lettera della norma di cui all'art. 326 del Codice delle Assicurazioni Private. Come porsi rispetto ad una formula espressiva non chiarissima? Le opzioni sono tra un *approccio* formalistico del disposto, per cui la decisione di archiviazione non potrebbe essere adottata al di fuori di ipotesi diverse dalla mancata prova della consumazione dell'illecito. Ed una lettura *più flessibile*, nel senso di adottare la decisione dell'archiviazione anche quando ricorrano cause di giustificazione, quali quelle previste in materia di sanzioni amministrative ex art. 21, legge n. 689/1981, o nei casi di vizi procedurali relativi alle fasi di accertamento o di irrogazione delle sanzioni, quali, a titolo esemplificativo, la notifica della contestazione oltre il termine prescritto dall'art. 326 del Codice delle Assicurazioni Private⁹².

Sul fronte opposto (della non archiviazione), spicca, naturalmente, l'adozione di una ordinanza, che contiene l'*ingiunzione di pagamento* di una somma

Il Servizio Sanzioni, ricevuta la relazione, effettua una serie di controlli preliminari, accertandosi della completezza degli accertamenti istruttori e in caso di esito negativo, decidendo l'integrazione dell'istruttoria. Qualora, invece, tali controlli abbiano esito positivo, il Servizio Sanzioni procede alla valutazione delle risultanze istruttorie, stabilendo se siano emersi elementi sufficienti a assumere l'illecito nella fattispecie sanzionata. Terminata la valutazione necessaria, vengono predisposti gli atti conclusivi e sottoposti al Presidente dell'ISVAP, competente all'adozione della decisione finale, che deve intervenire nel termine di novanta giorni dal

di denaro, da adempiersi nel termine di trenta giorni dalla notifica al destinatario o di sessanta se residente all'estero.

L'ordinanza deve precisare i termini e le modalità per la proposizione del gravame, nonché l'autorità dinanzi alla quale deve essere proposto. L'erronea indicazione di tali elementi costituisce mera irregolarità e rimette in termini dell'interessato alla impugnazione.⁸⁶

L'inosservanza del termine, invece, per l'emissione dell'ordinanza da parte dell'ISVAP non è causa di illegittimità del provvedimento, in virtù del principio della inesauribilità del potere amministrativo, sempre esercitabile anche dopo la scadenza dei termini se ciò risponde al soddisfacimento degli interessi pubblici affidati alla cura della P.A., con l'unico limite di rispettare il termine di prescrizione per l'esercizio della pretesa sanzionatoria.⁸⁷

Completa la procedura sanzionatoria la pubblicazione del provvedimento nel Bollettino dell'ISVAP, che può essere accompagnata anche da altre forme di pubblicazione in relazione a particolari violazioni, oggi rimesse alla scelta discrezionale dell'ISVAP. È questa una fase che non ha creato problemi applicativi neppure alla luce dell'integrazione del Codice delle Assicurazioni Private a seguito dei *provvedimenti collegati*.

7. Temi e problemi della fase procedimentale

Di seguito alla fase puramente descrittiva dell'iter procedimentale, di cui al par. 6, va puntualizzato che a delimitare i confini di legittimità dei poteri di intervento repressivo contribuiscono, oltre che parametri sostanzialistici, anche parametri procedurali.⁸⁸ Con è intuibile, il rispetto delle *norme di procedura* assume valore fondamentale, in quanto la loro violazione, "in un materia caratterizzata da complessi accertamenti e valutazioni tecnico-economiche, non-

⁸⁶ Cfr. Cass., sez. III, 25 luglio 2000, n. 5725, in *Foro it.*, 2001, I, 3348; Cass., sez. I, 13 settembre 1997, n. 9080.

⁸⁷ Il termine è quello di cinque anni dalla violazione, stabilito dall'art. 28, legge n. 589/1993.

⁸⁸ Con l'entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni Private si è registrato un autentico rafforzamento del ruolo dell'ISVAP (almeno tenendo a mente la missione iniziale, di cui alla legge 12 agosto 1982, n. 576), all'interno della fase *autoprocedimentale* al cui esito si collega la sanzione pecuniaria. In base al principio della stretta correlazione tra poteri e funzioni, i poteri conferiti all'ISVAP presentano natura strumentale rispetto alla realizzazione delle finalità per cui devono essere esercitate le funzioni. Ma si perderebbe un'ottima occasione di approfondimento della materia negando la diretta interdipendenza che esiste tra l'esercizio di quelle "funzioni" e il "contesto procedimentale" che le precede. Tanto più che l'esigenza di affinare il procedimento attraverso cui la "funzione" si esplica interessa, oltre la materia assicurativa (con-

ché da rilevanti poteri sanzionatori, non può ridursi a un mero vizio formale del provvedimento finale, costituendo il corretto contraddittorio procedimentale un modo di essere intrinseco all'esercizio del potere, cioè un momento sostanziale dell'esercizio dei poteri accertativo - sanzionatori.⁸⁹

In merito alla *contestazione degli addebiti*, che apre il procedimento, occorre premettere che l'indicazione del fatto contestato, nelle sue componenti materiali e giuridiche, è necessaria al fine di porre il destinatario in grado di esercitare il diritto di difesa. Il rispetto di tale condizione assume particolare rilevanza alla luce del principio di *corrispondenza tra contestazione e condanna*, sancito a livello penalistico dall'art. 521 c.p.p., ma estendibile analogicamente all'area della sanzione amministrativa.

Dallo stretto collegamento sussistente tra la contestazione e la condanna, discende che l'oggetto del procedimento sanzionatorio è governato dal fatto addebitato e l'ordinanza conclusiva non può irrogare, a pena di nullità, una sanzione per un altro fatto, diverso da quello individuato nei suoi elementi costitutivi materiali nell'atto di contestazione, ferma restando la possibilità di una difforme valutazione giuridica del medesimo (in base al principio *non novit curia*).

Un aspetto certamente problematico va colto nel rispetto del principio della *specificità ed immodificabilità della contestazione*, che ha fatto sorgere la questione del contemperamento tra l'emersione di fatti nuovi nel corso dell'istruttoria e il rispetto del diritto di difesa dell'interessato.

Quando l'istruttoria è stata portata a termine sulla base di una determinata contestazione, non può darsi per legittima la contestazione di fatti nuovi e ulteriori all'interno del medesimo procedimento, anche nel caso di proroga del termine di conclusione dell'istruttoria.

La mera dilatazione temporale della fase istruttoria non è in grado di restituire all'interessato le sue prerogative difensive, che si svolgono per tutto l'arco del procedimento, a partire dal momento del suo avvio, fino alla conclusione di esso e sono esercitabili solo se il trasgressore è correttamente informato degli elementi essenziali delle infrazioni contestategli.⁹⁰

Il regolamento ISVAP n. 1/2006, nel delineare all'art. 3 il contenuto specifico dell'atto di *contestazione*, esplicitando la sua strumentalità rispetto ai diritti partecipativi del destinatario, conferma l'allineamento nel senso della sua inmutabilità.

⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, 2 ottobre 2007, n. 5083, riguardante il diritto "antitrosi", ma estendibile all'ISVAP nella parte relativa agli aspetti procedimentali.

⁹⁰ In tale senso cfr. Cons. Stato, 2 ottobre 2007, n. 5083, cit., che chiarisce che: "È evidente che la proroga del termine di chiusura non può surrogare a tutti questi momenti di fisiologia procedimentale aperta al contraddittorio e all'influenza che quest'ultimo può legittimamente dispiegare sul corso del procedimento, inserendosi cioè nella stessa dinamica di orientamento del-

In chiave risolutiva del problema appena menzionato, l'ordinanza provvede dove, oggi considerarsi illegittima quando è pronunciata per un fatto materiale diverso da quello contestato o quando applichi norme giuridiche diverse da quelle richiamate, se ciò comporta violazione del diritto di difesa⁸⁴.

Di eguale interesse è il tema del diritto di accesso agli atti del procedimento.

Secondo il novellato art. 22, legge n. 24/1/1990, può definirsi tale il diritto degli interessati di prendere visione o estrarre copie dei documenti amministrativi.

Si tratta di una prerogativa esercitabile da chiunque possieda un interesse qualificato per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, e può essere diretto a soddisfare finalità strumentali alla difesa in giudizio della situazione giuridica sottostante. La libertà di accesso (agli atti) è diretta ad assicurare la trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa⁸⁵.

In ambito sanzionatorio, l'interessato, con l'acquisizione di documenti ed atti alla base della contestazione, ottiene nel modo più ampio la propria difesa, al fine di evitare l'applicazione della sanzione o di mitigarne l'quantum.

Senza dubbio, il *diritto all'informazione*, (che assume ormai a principio cardine il qualunque ordinamento evolutivo, tant'è che lo si può persino immaginare come trasposizione in chiave procedimentale della lotta all'*opacità informativa* di cui alle molteplici situazioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto sostanziale) può confliggere, sia con esigenze di riservatezza dei terzi, sia con esigenze attese alla disciplina del segreto d'ufficio, ed essere escluso o limitato per la tutela di siffatti contrapposti diritti. In ogni caso, l'accesso deve essere accordato, quando la conoscenza dei documenti amministrativi sia necessaria per la cura o la difesa di interessi giuridici⁸⁶, valutandosi sempre come prevale il diritto costituzionale alla difesa.

L'art. 5 della legge istitutiva dell'ISVAP stabiliva che le notizie, le informazioni e i dati acquisiti dall'Istituto nell'esercizio delle sue attribuzioni erano coperti di segreto d'ufficio, anche nei confronti della Pubblica amministrazione.

Sul tema dell'aplicabilità del diritto di accesso agli atti delle Autorità di vigilanza è intervenuto il legislatore nel 1999, innovando l'art. 23 della legge sul procedimento amministrativo, che ha riconosciuto l'azionabilità di tale diritto anche nei confronti delle Autorità indipendenti.

Secondo la giurisprudenza, tale disposizione normativa impone di "... verificare, nell'ambito dell'ordinamento di settore interessato, quale sia il valore del-

⁸⁴ Cir. per tutte Cass., sez. III, 28 febbraio 2000, n. 1876; Cass., 11 luglio 1990, n. 2652; Cass., 9 aprile 1996, n. 1388; Cass., sez. I, 8 settembre 1999, n. 9938; Cass., 16 giugno 1997, n. 6888.

⁸⁵ Per una lettura esclusiva del diritto di accesso in questa duplice chiave si rinvia a cfr. Corte cost., 3 novembre 2000, n. 460; Corte cost., 26 gennaio 2005, n. 32; T.A.R. Lazio, sez. I, 5 giugno 2006, n. 4244, rinvio in materia di diritti di accesso agli atti della CENSISE.

⁸⁶ In tale senso v. art. 24, legge n. 24/1/1990, come modificato dalla legge n. 15/2002.

l'informazione ai fini della tutela pubblica degli interessi che tali autorità proteggono e se la divulgazione di quell'informazione possa pregiudicare quegli stessi interessi oppure se, al contrario, debba prevalere l'esigenza di informazione degli interessati⁸⁷.

L'opera di bilanciamento degli interessi confliggenti, con la scelta dell'interesse prevalente, non può intervenire *a priori* ed *ex ante* dal legislatore, ma spetta, in concreto e caso per caso, alla valutazione discrezionale della autorità amministrativa⁸⁸.

Con l'entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni Private, è stata riprodotta (art. 10) la norma sul *segreto d'ufficio* e non è stato espressamente disciplinato l'esercizio del diritto di accesso, né a livello di normativa primaria, né secondaria, considerata anche l'assenza di riferimenti che si registra nel regolamento ISVAP n. 1/2006.

Nonostante il *valore normativo*, a condizione di seguire le coordinate tracciate dal Giudice delle Leggi in merito al diritto di accesso agli atti della CONSOB relativi ad un provvedimento disciplinare⁸⁹, è possibile operare, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori avanti all'ISVAP, una interpretazione adeguatrice dell'art. 10, sia alla stregua degli artt. 3, 24, e 97 Cost., sia alla stregua del regolamento citato subordinando l'irrogazione della sanzione alla previa contestazione ed il controllo degli atti.

In tutte le ipotesi appena menzionate, non è opponibile il segreto d'ufficio all'interessato, che ha diritto ad accedere al *processo* per esercitare il suo diritto di difesa, non solo nella fase giuridica di opposizione alla sanzione irrogata, ma anche nel corso del procedimento sanzionatorio⁹⁰.

Questa lettura adeguatrice è suffragata dalla comparazione del dato normativo, in quanto l'art. 24 della legge sul risparmio e l'art. 9 del Codice delle Assicurazioni Private, sanciscono, tra i principi regolatori dei procedimenti sanzionatori, anche quello della *piena conoscenza degli atti istruttori* da parte dell'incolpato.

Si rivela problematica, passando ad altro tema, la *valenza dei termini stabiliti per l'esercizio delle facoltà difensive*, ossia sessanta giorni dalla notifica dell'atto di contestazione. In base agli orientamenti giurisprudenziali, formatisi

⁸⁷ Cir. Cass. Sura, 11 novembre 2004, n. 7106, resa nei confronti dell'ISVAP.

⁸⁸ Cir. B. Ancona, La CONSOB e il segreto d'ufficio, in *Giornale dir. amm.*, Milano, n. 4, 2005, 1041 ss.

⁸⁹ Cir. Corte cost., cit., 3 novembre 2000, n. 460, che ha stabilito che l'art. 4, 10° comma, del TUF, che sancisce il segreto d'ufficio, non comprende gli atti posti a fondamento di un provvedimento disciplinare, che nei confronti dell'interessato non sono affatto segreti e sono pienamente accessibili, non solo nel giudizio di opposizione alla sanzione disciplinare, ma anche nel procedimento irrogorio, per ottenere preventivamente la decisione amministrativa.

⁹⁰ Cir. M. SCARLE, *Commento all'art. 126*, in AA.VV., *Il nuovo Codice delle Assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 373-374.

sulla base del procedimento sanzionatorio *ex lege* n. 689/1981 ed *ex d.lgs.* n. 58/1998, può argomentarsi che l'obbligo dell'ISVAP di prendere in esame le memorie e le deduzioni difensive ovvero la richiesta di audizione, sussiste solo per le facoltà difensive esercitate entro il termine accordato all'impresa, dovendosi considerare inammissibili, in linea di principio, quelle comunicate successivamente.⁹⁸

Tra i temi procedurali degni di menzione, v'è, infine, quello del *ruolo processuale dell'ISVAP nel giudizio di impugnazione della sanzione irrogata*. Infatti, secondo l'originario disposto dell'art. 326 del Codice delle Assicurazioni Private, il ricorso avverso le sanzioni irrogate, proposto avanti al giudice amministrativo, doveva essere notificato, a pena di inammissibilità, anche all'Istituto, che veniva in tale modo ad assumere la posizione di secondo contraddittore necessario, accanto all'autorità ministeriale.

La necessaria integrazione del contraddittorio nei confronti dell'ISVAP si fondava sulla imputazione sostanziale della sanzione anche a tale autorità, che seppure era priva del potere irrogatorio della sanzione, di competenza del Ministero, contribuiva attivamente sia all'accertamento dell'illecito, posto alla base della sanzione, sia all'individuazione della sanzione irrogabile, oggetto di una proposta indirizzata all'autorità decidente.⁹⁹

La posizione processuale dell'ISVAP risulta oggi mutata a seguito della riforma della legge sul risparmio, che nel trasferire la competenza decisoria del Ministero, in ordine all'applicazione delle sanzioni, a tale Autorità, l'ha inevitabilmente trasformata nell'unico contraddittore necessario a cui notificare il ricorso nei giudizi amministrativi instaurati per la contestazione delle sanzioni irrogate.

8. La separazione delle funzioni istruttorie e decisorie: conseguenze sull'iter procedimentale

Nei procedimenti sanzionatori di competenza delle Authority, i modelli attinti di regolazione dell'iter procedurale che si contendono il campo, sono essenzialmente due. Il primo è identificabile nel modello di tipo monistico, che concentra la funzione inquirente e quella giudicante in capo allo stesso soggetto. Il secondo di tipo binario, che, invece, attua una separazione tra le funzioni inquirenti e giudicanti, rimettendole alla competenza di organi distinti.¹⁰⁰ Nel set-

tore assicurativo la legge sulla tutela del risparmio, ha modificato le scelte operate nel Codice delle Assicurazioni Private, poiché, all'art. 26, ha disposto il trasferimento delle funzioni ministeriali in materia sanzionatoria assicurativa all'ISVAP. Si sono concentrate sull'Istituto le funzioni istruttorie e decisorie, impregiudicata la diretta potestà sanzionatoria.

Il mutato assetto delle competenze pone la *questione interpretativa* della attribuzione tacita del procedimento consultivo avanti alla Commissione di nomina governativa, considerata ormai l'assenza di poteri ministeriali nella procedura sanzionatoria; questione risolta attraverso il regolamento ISVAP 13 marzo 2006, n. 1, il quale, nel disciplinare le modalità attive della procedura sanzionatoria, ha considerato venuta meno la stessa ragion d'essere della Commissione consultiva e ha previsto, in sostituzione di essa, l'intervento "arrogatorio" di organi interni all'Istituto.¹⁰¹

La legge sul risparmio, pur concentrando la potestà istruttoria e sanzionatoria in capo al medesimo soggetto, ha, tuttavia, sancito il *principio della necessaria separazione delle funzioni istruttorie e decisorie*, che devono essere affidate all'esercizio di organi diversi. La concentrazione è voluta a garanzia della speditezza del procedimento e al fine di coerenza con la stretta correlazione esistente tra la vigilanza esercitata e le sanzioni conseguenti, invece la separazione di funzioni all'interno del medesimo soggetto risponde ai principi di giustizia ed imparzialità dell'azione amministrativa.¹⁰²

Si tratta di un lettura interpretativa troppo recente perché si possa andare oltre il rilievo del cambiamento. Sta di fatto che i suoi presupposti hanno radici profonde e sperimentate.

Il principio della *separazione delle funzioni*, anche in mancanza di una esplicita norma previgente, era stato pensato nella prassi giurisprudenziale anche con riferimento all'ISVAP, in quanto si sosteneva che trovasse alimento nei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

L'imparzialità, intesa come indifferenza rispetto agli interessi in gioco, è realizzabile solo se gli organi che svolgono le funzioni di accertamento e di contestazione dell'illecito non sono preposti ad esercitare una valutazione delle risultanze istruttorie, essendo, altrimenti, portati, per la forza del naturale con-

⁹⁸ V. Relazione ISVAP al regolamento 13 marzo 2006, n. 1.

⁹⁹ In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 1994, n. 1599 che ha stabilito: "In tema di procedimenti sanzionatori, in mancanza di specifica diversa norma, risponde a principi di giustizia e di imparzialità dell'azione amministrativa la separazione fra la funzione di accertamento e di contestazione dell'infrazione e quella di decisione, con conseguente esigenza che le predette funzioni siano attribuite ad organi differenziati. In sede di vigilanza nelle imprese assicurate, l'attività istruttoria e decisa deve essere svolta da organi differenziati, al fine di garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa".

¹⁰⁰ Cfr. per tutte Cass., 20 novembre 2003, n. 17602. Cass. 4 novembre 2003, n. 16498.

dichiarazione, a confermare la loro opinione, già cristallizzatasi in fase istruttoria, in ordine all'illecito contestato.

L'organo decidente deve, invece, essere posto nella condizione di valutare, oggettivamente e senza pregiudizi, il materiale rimesso al vaglio, per applicare la sanzione solo ove ritenga che gli elementi raccolti siano sufficienti a dimostrare la trasgressione contestata. La garanzia di risultato risiede nella consapevolezza della funzione, come a dire che può darsi per realizzata la separazione pur tra Uffici della medesima Autorità a condizione che l'imparzialità venga recepita come missione effettiva e non come opzione di compromesso tra concentrazione dei poteri e rispetto (formale) della separazione dei ruoli. Ma questo è evidente.

Delimitata la separazione tra le funzioni, s'è posta la necessità di definire la *durata delle singole fasi*, contenendone l'estensione entro limiti di ragionevolezza e congruità ed evitando l'eccessiva dilatazione della fase di accertamento, nella quale non è garantita la presenza dell'interessato. Quest'ultimo, infatti, è legittimato a partecipare, esercitando il suo diritto di difesa, solo nella fase successiva alla contestazione dell'illecito.

La *preclusione* è stata oggetto di una pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione del 9 marzo 2007, n. 3395, concernente l'analoga procedura sanzionatoria di competenza della CONSOB. Il contrasto sul quale a sentenza è stata chiamata a pronunciarsi è quello della individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine per la contestazione dell'illecito.¹⁰¹

Le Sezioni unite, partendo dalla verifica dell'assenza di una predefinita azione normativa della durata della fase di accertamento ed affermando la necessità di garantire una ragionevole durata, in funzione del diritto dell'interessato al contraddittorio, che si instaura solo con la contestazione, hanno chiarito che la decorrenza del termine deve essere individuata dal giorno in cui la Commissione, dopo l'esaurimento dell'attività ispettiva e di quella istruttoria, è in grado di adottare le decisioni di sua competenza, senza che rilevino ritardi collegati a disfunzioni organizzative, né alla ripartizione interna di competenze tra diversi organi.

La conclusione della irrilevanza esterna della ripartizione tra competenze istruttorie e decisorie deve, però, essere rettificata alla luce della riforma della

¹⁰¹ Secondo un primo indirizzo, proposto al attribuire rilevanza esterna alla ripartizione delle funzioni istruttorie e decisorie, la contestazione avrebbe effettuata, entro il termine di decadenza decorrente dal momento della conclusione delle indagini ispettive, quando i fatti e accertati, non rilevando gli insignificanti ritardi per il passaggio alla fase successiva di valutazione. In tal senso cfr.: Cass., 25 maggio 2003, n. 7143; Cass., 18 giugno 2003, n. 8237; Cass., 29 giugno 2004, n. 8637. Secondo altro indirizzo, l'illecezione interna delle diverse funzioni è priva di rilevanza esterna e, pertanto, il termine per la contestazione decorrebbe dal deposito delle risultanze ispettive, in quanto solo da tale momento l'organo collegiale sarebbe in possesso delle informazioni necessarie per procedere alla sua valutazione. In tale senso cfr.: Cass., 5 novembre 2003, n. 16606; Cass., 7 maggio 2004, n. 8692.

legge sulla tutela del risparmio del 2005, che, tra i principi applicabili a tutti i procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP, ha introdotto anche quello della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione, attribuendo alle singole autorità i poteri di disciplinare le modalità organizzative per dare attuazione al principio, e riconoscendo, quindi, contrariamente a quanto ritenuto dalle Sezioni unite, rilevanza esterna alla separazione delle funzioni.

Va segnalato che al seguito al sigillo impresso dalle Sezioni unite, s'è sostenuto che, anche nel nuovo sistema procedimentale, il termine decorra dal momento in cui l'organo competente avrebbe dovuto ragionevolmente adottare la decisione, tenendo anche conto delle specificità dei casi concreti e della complessità delle valutazioni da svolgere.¹⁰²

9. Il giusto processo innanzi all'ISVAP

La centralità conferita alla disciplina procedurale davanti alle Autorità amministrative indipendenti non è aliena da quella che è stata considerata come compensazione delle carenze di legittimazione costituzionale e di responsabilità istituzionale di tali organismi. Le Authority, al contrario del Governo, non rispondono, nelle forme tradizionali, della loro attività innanzi al Parlamento, organo investito di legittimazione popolare.

In proposito, si è sostenuto che la democratizzazione del procedimento e il rispetto del principio del contraddittorio possano contribuire a garantire la legittimità delle decisioni adottate dalle Autorità.

Per attuare il *i.d. giusto procedimento*, il legislatore ha attribuito alle Autorità indipendenti il potere di disciplinare, con normativa secondaria speciale, i procedimenti di loro competenza. Il carattere speciale delle discipline procedurali ha fatto scorgere il dubbio della estendibilità alle stesse dei principi generali, dettati per tutti i procedimenti amministrativi, dalla legge n. 241/1990, specialmente nel caso in cui si tratta di procedimenti sanzionatori. In giurisprudenza il contrasto di opinioni¹⁰³ in merito è stato risolto con un intervento

¹⁰² Per un guardo d'insieme, può rimandare cfr. L. CAMILLO-M. CLARICI, *Il procedimento sanzionatorio della CONSOB sotto il riflettore della Corte di Cassazione*, in *Giur. com.*, 2007, Parte II, fasc. 6, 116.

¹⁰³ Tuttavia, occorre notare che è pur sempre il Parlamento ad istituire le Autorità per la cura di interessi pubblici, i nominare organi di vertice di tali organismi e a delegare le apposite risorse finanziarie. Cfr. M. DE BASTO, voce *Autorità indipendenti*, in *S. Cassese* (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 388 ss.

¹⁰⁴ Le Sezioni unite citate nel testo, 27 aprile 2006, n. 9591, così ricostruiscono il dibattito: «La giurisprudenza maggioritaria si è generalmente espressa nel senso dell'inapplicabilità della legge 241 del 1990 con i procedimenti relativi all'applicazione delle sanzioni amministrative, giacché la materia è specificamente disciplinata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (in questo senso, tra le pronunce più recenti, si segnalano Cass. 16 aprile 2003, n. 96380; Cass. 11 luglio

chiarificatore delle Sezioni unite, che nell'analizzare il rapporto tra la legge n. 241/1990, che codifica i principi del giusto procedimento, coerentemente con l'art. 97 Cost., idonei a applicarsi trasversalmente ad ogni ambito di attività amministrativa, e la legge n. 689/1981, che detta una disciplina speciale per l'illecito amministrativo, ispirandosi a principi di derivazione penalistica, riconosce prevalenza alla disciplina speciale della legge n. 689/1981.

Le Sezioni unite concludono affermando che "... stante l'esistenza di una disciplina normativa peculiare, è giustificata la mancata applicazione della legge 241 del 1990 pur essendo questa temporaneamente più recente della legge 689 del 1981. Le norme previste dalla legge 689 danno vita ad un sistema organico e completo che non necessita di eterointegrazioni".

Questa linea è stata, in parte, accolta dal legislatore con le riforme del 2003.

Infatti, sia l'art. 9 del Codice delle Assicurazioni Private, che l'art. 24, legge n. 262/2003, pur confermando la natura speciale delle procedure di competenza delle Autorità, hanno mutuato alcuni principi fondamentali dalla legge n. 241/1990, rinviandoli specificamente, nei limiti di compatibilità, per l'applicabilità di alcuni istituti, quali quelli sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi.

Con specifico riguardo, invece, ai procedimenti di controllo a carattere continuativo e ai procedimenti sanzionatori, le norme richiamate stabiliscono il rispetto dei principi della facoltà di denuncia di parte, della piena conoscenza degli atti strutturali, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione.

La scelta normativa evidenziata si pone l'obiettivo di attuare in tal modo il giusto procedimento nella irrogazione delle sanzioni, che seppure ha una valenza differente dai principi regolatori del procedimento giurisdizionale, stante la natura amministrativa delle procedure in esame, esige il rispetto in forma minimale delle garanzie proprie del contraddittorio.

Il contraddittorio costituisce un inderogabile strumento per l'esercizio del diritto inalienabile e costituzionalmente tutelato di difesa dell'interessato, il quale deve essere posto in condizione di acquisire tutta la documentazione relativa

2003, n. 10920, Cass. 22 novembre 2003, n. 17779, Cass. 22 dicembre 2003, n. 18617, Cass. 29 gennaio 2004, n. 874, Cass. 30 marzo 2004, n. 4337, Cass. 6 aprile 2004, n. 6762, Cass. 6 aprile 2004, n. 6769, Cass. 10 novembre 2004, n. 21406, Cass. 28 dicembre 2004, n. 24053, Cass. 26 agosto 2005, n. 17586). Altro ostacolo, invece minoritario, suggerisce una soluzione che si pone agli antipodi di quella precedentemente segnalata, affermando che l'art. 2, 3° comma, legge 7 agosto 1990, n. 241 è, senza dubbio, applicabile ai procedimenti relativi a sanzioni amministrative, giacché il carattere generale della citata disciplina legislativa, che come tale è riferibile indiscriminatamente a tutti i procedimenti amministrativi compresi quelli sanzionatori (vedi Cass. 15 giugno 1999, n. 5936, Cass. 21 marzo 2003, n. 4042, Cass. 4 settembre 2003, n. 13194, Cass. 23 luglio 2003, n. 11434, Cass. 6 marzo 2004, n. 46161).

all'accentamento dell'illecito, di esporre, in memoria, le proprie deduzioni difensive e di chiedere l'audizione davanti agli organi precedenti¹⁸¹.

I principi del giusto procedimento trovano radici, del resto, di rango sovranazionale, posto che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sancisce il diritto ad un processo equo dinanzi ad un tribunale imparziale e indipendente costituito per legge.

L'indagine svolta legittima la locuzione di *giusto processo* nella irrogazione delle sanzioni amministrative da parte della Autorità di Vigilanza, in considerazione della natura mista, al contempo amministrativa e paragiurisdizionale, assunta dai procedimenti in esame.

L'estensione del principio del contraddittorio è stata delimitata da una recente giurisprudenza di merito che, con riguardo all'analogo procedimento sanzionatorio dinanzi alla CONSOB, ha chiarito che il rispetto del suddetto principio s'impone, non solo nelle fase istruttorie, ma nell'arco dell'intero procedimento¹⁸².

Il principio di diritto, affermato nella sentenza in esame, ha trovato applicazione anche nel procedimento sanzionatorio avanti all'ISVAP, giacché il regolamento n. 1/2006 ha non solo separato le funzioni istruttorie e decisorie, affidandole a differenti organi, ma ha pienamente realizzato, negli schemi, il principio del contraddittorio, garantendo all'interessato il diritto di partecipare in tutte le fasi del procedimento.

Assai interessante, anche sul piano operativo, la *qualificazione giuridica del vizio inficiante un provvedimento sanzionatorio emesso in violazione del principio del contraddittorio*.

La mancata audizione dell'interessato, che ne abbia fatto richiesta, non comporterebbe l'inefficacia del provvedimento adottato, ma sarebbe motivo di nullità, per violazione di un obbligo procedimentale imposto dalla legge¹⁸³.

¹⁸¹ Cf. C. Mariani, *Commento agli artt. 825-838, in AA.VV., *Convenzioni al Codice delle Assicurazioni*, a cura di M. Rossi, cit., 834.*

¹⁸² Nel caso oggetto di cognizione delle sezioni, il regolamento CONSOB n. 15086/2005, disciplina il procedimento sanzionatorio, aveva affidato la fase istruttoria a due articolazioni interne, l'una, costituita dalla divisione competente per materia, con il compito di svolgere le indagini e di valutare le deduzioni difensive degli interessati, l'altra, di competenza dell'ufficio sanzioni amministrative depurati, sulla base della relazione trasmessa dal primo organo, a formulare le sue conclusioni sulla sussistenza dell'illecito e a proporre la sanzione; da applicare, di competenza della Commissione. Il limite di difesa degli interessati era garantito solo davanti al primo organo, mentre, invece, nessun contraddittorio si instaurava davanti all'Ufficio Sanzioni, che seppure si inseriva in una fase ancora istruttoria, separata dalla successiva fase decisoria, con componenti ad effettuare valutazioni sull'illecito e sulle sanzioni particolarmente incisive per la fase finale. Il giudice di merito conclude per la disapplicazione del regolamento CONSOB, in quanto contrastante con la disciplina primaria posta dall'art. 199 del TUF, che impone il rispetto del principio del contraddittorio in tutte le fasi del procedimento sanzionatorio. Cf. Corte App. Genova, sez. I *Società e Servizi Snc S.p.A. e De Luca*, 21 febbraio 2006, n. 703.

¹⁸³ Tammari di una ipotesi di nullità relativa e sanabile, ossia non rilevabile d'ufficio dal geo-

Il giudizio di nullità della sanzione, per la violazione del principio del contraddittorio, non è stato condiviso dalle Sezioni unite, nella sent. 21 luglio 2004, n. 13503, con la quale si è ritenuta più lineare "la costruzione del vizio afferente al provvedimento amministrativo nei termini dell'illegittimità, cagionata dalla violazione di regole procedurali (violazione di legge) riguardanti la sua adozione. Di conseguenza, il positivo accertamento della sussistenza di tale violazione comporta l'annullamento dell'ordinanza (e non la declaratoria della sua nullità)".¹¹⁰

Tuttavia, la violazione del principio del contraddittorio endoprocedimentale, con conseguente lesione del diritto partecipativo dell'interessato, non può declassarsi a mero vizio procedimentale non invalidante a norma dell'art. 21-ottavi, legge n. 241/1990.

Infatti, la categoria dei vizi non invalidanti del provvedimento è ristretta all'applicazione dei vizi di forma o procedurali, che non abbiano influito in maniera decisiva sulla determinazione finale del procedimento.

La non annullabilità, per i vizi in questione, si fonda sulla dimostrazione che il provvedimento adottato, anche in assenza delle violazioni consumate, non avrebbe potuto, comunque, avere un contenuto differente da quello in concreto adottato, stante la natura vincolata del provvedimento finale, che denota la mancanza di alternative giuridiche nella scelta del provvedimento adottabile.

Una recente sentenza di merito s'è pronunciata sugli effetti della mancata applicazione del principio illustrato nelle ipotesi di violazione del contraddittorio, o di altre regole procedurali afferenti il giusto procedimento, consumatesi nell'ambito di procedure sanzionatorie, nelle quali occorre attentamente valutare la natura effettivamente vincolata dei provvedimenti finali.

Infatti, le Autorità preposte all'esercizio del potere sanzionatorio, non si limitano ad una mera ricognizione della situazione di fatto accertata e alla conseguente e vincolata applicazione della sanzione prevista dalla legge per quella violazione, ma sono investite, il più delle volte, di un potere di discrezionalità, connotato da ineludibili margini di libera valutazione, in ordine sia alla configurabilità dell'illecito, sia al *quantum* della sanzione da irrogare.¹¹¹ Il carattere

disc, se non eccettuata dall'interessato, in sede di ricorso avverso il provvedimento sanzionatorio. Cfr. Cass., 26 ottobre 1998, n. 106608; Cass., 18 maggio 1995, n. 5446.

¹¹⁰ Una conferma della concreta qualificazione, come vizio di illegittimità, della patologia in oggetto si ricava dalla novella della legge n. 241/1990, che nel delimitare le zone di confine tra nullità e annullabilità, conferma la mera annullabilità dei provvedimenti affetti dal vizio di violazione di legge, relegando la nozione della nullità ai casi più gravi.

¹¹¹ V. T.A.R. Lazio, sez. I, 3 marzo 2008, n. 11761, cit.; Cons. Stato, 23 marzo 2006, n. 1397, in cui il Consiglio di Stato, richiamando la sentenza della Corte Costituzionale n. 11/2004, afferma la natura tec-

discrezionale del potere sanzionatorio denota la necessità di garantire il diritto al contraddittorio dell'interessato, al fine di attribuirgli la possibilità di influire sull'esito finale del procedimento sanzionatorio.

Pertanto, appare coerente concludere nel senso della annullabilità dei provvedimenti sanzionatori, adottati in violazione dei principi del giusto procedimento, e nel senso della ricusazione degli effetti sterilizzanti della invalidità promanati dall'art. 21-ottavi, soprattutto in considerazione del fondamento costituzionale e comunitario dei principi del giusto procedimento.

I principi del giusto procedimento coinvolgono, oggi, anche l'ISVAP, che nella sua duplice natura di organo regolatore e prerogativo del settore assicurativo, è chiamata ad operare secondo modelli procedurali diretti a conciliare gli opposti interessi, di natura privata dell'interessato, ammesso ad una partecipazione attiva nel procedimento, e di natura pubblicistica, diretti all'applicazione di una giusta sanzione, quando ciò risponda alle esigenze della stabilità e del buon funzionamento del mercato assicurativo.

Non può sfuggire che l'operato delle Autorità indipendenti si inserisce, più in generale, e quindi a prescindere dallo specifico tema, in una rete di controllo e di regolamentazione, nazionale e sovranazionale, che, nel suo complesso, attraverso strumenti più o meno penetranti della sfera giuridica degli operatori, garantisce il rispetto delle regole del gioco, favorendo lo sviluppo di una struttura concorrenziale ed aperta del mercato unico europeo. Ne costituisce conferma la recentissima esperienza che trae origine dal fallimento delle società del Gruppo Lehman Brothers (e più in generale, dalla crisi finanziaria acuitasi nel novembre 2008), forse di un coordinamento tra Istituti nazionali e sovranazionali.¹¹²

10. L'impugnativa delle sanzioni pecuniarie

La garanzia costituzionalmente inderogabile della tutela giurisdizionale, assicurata non solo avverso tutti gli atti di natura amministrativa, ma anche avverso quelli di natura legislativa¹¹³, rende *inderogabili* avanti all'Autorità giurisdizionale anche le decisioni sanzionatorie dell'ISVAP.¹¹⁴

visti dalla legge. Con riferimento alla Banca di Italia v. T.A.R. Lazio, 9 agosto 2005, n. 6157, che pur attingendo analogamente alla giurisprudenza circa la natura complessa e tecnica delle valutazioni della autorità in merito all'irrogazione delle sanzioni, è contraria ad un sindacato giurisdizionale di tipo sostitutivo, ammettendo un controllo da parte del giudice limitato a rilevare eventuali errori di fatto, svistare o illogicità manifeste del provvedimento sanzionatorio.

¹¹³ Valga a riferimento la circolare CONSOB-ISVAP 24 settembre 2008 avente ad oggetto i procedimenti finanziario-assicurativi, *index* e *anti-fraud* collegati a strumenti o a garanzie riferibili a

La questione del *disallineamento giurisdizionale* tra settore assicurativo ed altri settori, - innescata dagli espressi riferimenti contenuti nel Codice delle Assicurazioni Private, - è stata superata con la legge n. 262/2005.¹¹⁷

Con specifico riferimento alle assicurazioni Private, occorre precisare che l'art. 326 del Codice delle Assicurazioni Private, ponendosi su di una linea di continuità con la normativa previgente, anche prima delle modifiche apportate dalla legge sul risparmio, confermava la giurisdizione esclusiva del G.A. per le controversie relative alla impugnazione delle ordinanze - ingiunzione conclusiva del procedimento sanzionatorio, introducendo, inoltre, l'obbligo delle notifiche del ricorso all'ISVAP e la difesa tecnica per quest'ultima.

La riforma della legge n. 262/2005, oltre ad avere delineato, come già evidenziato, la competenza esclusiva del T.A.R. del Lazio¹¹⁸, ha stabilito la dimidiazione dei termini processuali, eccettuati quelli previsti per la proposizione del ricorso.¹¹⁹

La scelta della giurisdizione esclusiva non è stata caducata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 33, d.lgs. n. 58/1998, ad opera della sentenza delle Corti cost. 6 luglio 2004, n. 204.¹²⁰

le, siamo poste due spinose questioni: l'individuazione del giudice competente e l'ampiezza del sindacato rimesso al giudice. Relativamente alla prima, l'art. 33, d.lgs. n. 80/1998 aveva espressamente riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la sola materia della vigilanza su determinati settori, tra i quali anche quello assicurativo. La norma aveva in ordine alla competenza giurisdizionale sulle azioni amministrative applicate dalle Autorità di settore, creando un pericolo di una devoluzione a due giudici diversi delle predette materie: la vigilanza, rimessa alla cognizione del giudice amministrativo, ai sensi della normativa richiamata; le impugnative, devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, a norma degli artt. 22 e 22-bis, legge n. 689/1981. Per fornire una concentrazione di tutela dinanzi ad un unico giudice, si è fatto ricorso al criterio cronologico della prevalenza della legge posteriore, ossia del d.lgs. n. 80/1998, ritenendo le controversie in ordine alla vigilanza e alle sanzioni alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia per ragioni di economicità dei giudizi, evitando di sovrare la parte del dovere di adire due giudici diversi, sia perché la vigilanza e le sanzioni amministrative non costituiscono due materie distinte, ma due momenti diversi di un'unica "funzione". Un analogo problema di concorrenza tra competenze giurisdizionali si pone in materia di carcelle esaminali, in quanto il ruolo e la carrelle di pagamento sono impugnabili per vizi propri avanti al giudice tributario, invece, gli atti della procedura esecutiva di opposizione alle carcelle sono di competenza del giudice ordinario. Cfr. F. CARINCELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, 662-663.

¹¹⁷ Cfr. M.A. SANDRELLI, *Commento agli artt. 305-311*, in AA.VV., *Il nuovo Codice delle Assicurazioni*, a cura di S. AMBROSINO-L. DESTEFANO, cit., 366 ss.

¹¹⁸ Si tratta di un criterio di competenza per materia prevalente su quelle per territorio, non riflessibile d'ufficio, ma ad istanza di parte.

¹¹⁹ Tale ultima modifica apporta plebiscitaria, considerato che nei giudizi, messi ad oggetto i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti, già la legge di riforma al processo amministrativo, legge n. 205/2000, aveva stabilito l'applicabilità del rito speciale ed accorciato. L'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, aveva previsto che, in materia di azioni amministrative, anche nel

Pertanto, deve ritenersi non solo ancora vigente la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di sanzioni assicurative, ma anche conforme al modello costituzionale di giurisdizione esclusiva, estendibile *ex lege* solo a particolari materie connotate dalla compresenza indissolubile di situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interessi legittimi, caratteristica riscontrabile nel settore assicurativo.¹²¹

Un problema a parte è quello della portata del sindacato giurisdizionale avverso i provvedimenti sanzionatori. Si ritiene che la P.A., nell'applicare sanzioni amministrative, eserciti un potere contraddistinto da *discrezionalità tecnica*, in quanto non è chiamata ad operare alcuna ponderazione tra interessi pubblici e privati al fine di effettuare una scelta, ma è tenuta a compiere *valutazioni di fatti*, al fine di formulare un giudizio alla stregua di canoni tecnici o scientifici opinabili o indeterminati.¹²²

La natura propria della discrezionalità tecnica consentirebbe di escluderla dall'area del merito amministrativo, insindacabile dal G.A., se non sotto il profilo estrinseco delle sue legittimità e di ammetterla ad un controllo giurisdizionale intrinseco, che renderebbe conoscibili gli stessi fatti posti ad oggetto del provvedimento amministrativo.

Con una nota decisione, il Consiglio di Stato ha affermato che il sindacato sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base, non al nero controllo estrinseco e formale dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, ma può spingersi fino alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche svolte, sotto il profilo della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo.¹²³

Annesso il sindacato intrinseco, occorre stabilire l'intensità, ossia se il medesimo possa assumere carattere *forte*, legittimando il G.A. ad esercitare un potere sostitutivo della sua valutazione tecnica rispetto a quella operata dalla P.A., oppure *debole*, dovendosi il giudice limitare a controllare la ragionevolezza e la coerenza delle valutazioni tecniche, ma senza un potere sostitutivo.

La giurisprudenza in merito al sindacato giurisdizionale sui provvedimenti adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha adottato la soluzione dell'ammissibilità di un sindacato *debole* e non sostitutivo.¹²⁴

¹²¹ Cfr. M. SCALISE, *Commento agli artt. 326*, in AA.VV., *Il Codice delle Assicurazioni*, cit., 380 ss.

¹²² Quando i canoni scientifici hanno carattere certo, la valutazione della P.A. assume valore di accertamento tecnico vincolante. Cfr. F. CARINCELLA, op. cit., 915 ss.

¹²³ Cfr. Cons. Stato, 9 aprile 1999, n. 601.

¹²⁴ Nella sentenza si rileva che, "pur potendo verificare direttamente i fatti posti a fondamento dei provvedimenti ed esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo e sul raffronto con i fatti accertati, il giudice non può, tuttavia, esercitare un potere sostitutivo, che si estende fino a sovranotare la tecnica valutazione tecnica a quella dell'Autorità, la

Rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie, si dibatte, poi, se il giudice possa provvedere a modificare o a ridurre il *quantum* delle sanzioni, conformemente a quanto stabilisce l'art. 23, legge n. 689/1981.

La soluzione affermativa è stata accolta in materia di concorrenza, in quanto la legge antitrust rinvia all'applicabilità in via residuale della legge n. 689/1981 nella sua interezza, compresi le discipline del potere giudiziario di rideterminazione della pena.⁴¹

La medesima soluzione è ostacolata, tuttavia, nel *settore assicurativo*, nel quale il rinvio alla legge n. 689/1981, operato dall'art. 326 del Codice, è limitato a specifiche norme, tra le quali non è annoverata quella in oggetto.

Pertanto, si dovrebbe trarre, a rigore, la conclusione, che in mancanza di una espressa previsione legislativa, il giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva, non estesa al merito, non sia legittimato a sostituirsi alle valutazioni tecniche operate dall'ISVAP nell'adozione del provvedimento sanzionatorio, neppure al limito fine di modificare o di ridurre il *quantum* delle sanzioni irrogate.⁴²

L'approccio restrittivo sarebbe estrinsecamente penalizzante poiché, nei settori contigui, l'apertura al sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo è basata pur sempre sul rispetto della discrezionalità tecnica. La quale tuttavia lascia il passo quando volte la ricostruzione dei fatti ad opera del Giudice non faccia emergere travisamenti e vizi logici, ovvero un'erronea interpretazione delle norme applicabili. È difficile accettare che la stessa regola non possa valere rispetto alle assicurazioni sulla base di quanto sembrerebbe costituire un errore di coordinamento.

In merito, ai poteri cautelari del G.A. – che ormai sovrappongono la fase strettamente giurisdizionale, sempre più spesso impennata sull'intervento d'urgenza del Giudicante in situazioni dove non c'è tempo di attendere la sentenza – occorre notare che, in passato, nel giudizio amministrativo mancava una norma di attribuzione espressa di un potere cautelare generale ed anticipato, analogo a quella prevista ex art. 700 c.p.c. nel rito civile, risultando tipizzate le misure cautelari adottabili, con grave *maius* rispetto alle posizioni giuridiche non tutelabili attraverso le medesime.

L'emergere è stata superata con l'entrata in vigore della legge di riforma del processo amministrativo, n. 203/2000, che ha codificato il principio di anticipata dell'urgenza cautelare, innovando il disposto dell'art. 21 della legge T.A.R., che oggi attribuisce al G.A. il potere di adottare le misure ritenute più idonee ad assicurare internamente gli effetti della decisione di merito.⁴³

⁴¹ Ch. Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, e de ultimo, T.A.R. Lazio, sez. I, *Asses-Soci Et Associes c. AGCM*, 26 giugno 2008, n. 6238.

⁴² Ch. M. SCALISE, *Commento all'art. 326, in AA.VV., Il Codice delle Assicurazioni, cit.*, 381-382.

⁴³ Ch. F. CARINELLA, *op. cit.*, 1409 ss.

Il G.A., in sede di giurisdizione esclusiva in merito all'impugnativa di sanzioni pecuniarie adottate dall'ISVAP, potrà, sulla base di quanto domandato dalla parte ricorrente, adottare in via cautelare, oltre alla trasdizionale e tipizzata misura della sospensione del provvedimento impugnato, anche altre misure integrali ritenute più idonee ad anticipare gli effetti della decisione finale.