

La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni

anche in una comparazione
con i sistemi sudamericani

In memoria di Giuliano Vassalli

a cura di

Antonio Fiorella, Alfredo Gaito, Anna Salvina Valenzano



La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni

anche in una comparazione
con i sistemi sudamericani

In memoria di Giuliano Vassalli

a cura di

Antonio Fiorella, Alfredo Gaito, Anna Salvina Valenzano



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2018

Il volume è pubblicato con i fondi della Sapienza Università di Roma,
“Ricerca di Ateneo 2015”.

Copyright © 2018

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-100-9

Pubblicato a dicembre 2018



Quest'opera è distribuita
con licenza Creative Commons 3.0
diffusa in modalità *open access*.

In copertina: Rettorato, archivio Sapienza.

Indice

Presentazione del volume in memoria di Giuliano Vassalli <i>Antonio Fiorella</i>	1
Un ricordo <i>Francesco Vassalli</i>	7
PARTE I – LA RESPONSABILITÀ DELL’ENTE DA REATO NEL SISTEMA PENALE, AMMINISTRATIVO E CIVILE	9
Note introduttive <i>Paola Severino</i>	11
La responsabilità dell’ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo <i>Adelmo Manna</i>	15
La lacunosa organizzazione d’impresa quale fattore di responsabilità civile <i>Enrico del Prato</i>	35
Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei giorni nostri <i>Adolfo di Majo</i>	43
Il sistema sanzionatorio di diritto civile. Dalle pene private ai danni punitivi <i>Luca Di Donna</i>	49
PARTE II – OFFENSIVITÀ, COLPEVOLEZZA E SISTEMA SANZIONATORIO NELLA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE E NELLA STRUTTURA DELL’ILLECITO DELL’ENTE DA REATO	67

Riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato <i>Adelmo Manna</i>	69
Criteri di imputazione e struttura dell'illecito dell'ente <i>Stefano Preziosi</i>	83
La colpa per l'organizzazione come possibile modello (anche) della responsabilità individuale <i>Antonella Massaro</i>	93
Modelli di responsabilità e pene per l'ente <i>Marco Gambardella</i>	105
Recenti percorsi giurisprudenziali in tema di responsabilità dell'ente per i reati in materia di sicurezza sul lavoro <i>Roberto Borgogno</i>	125
I principi generali del sistema sanzionatorio <i>Massimiliano Masucci</i>	143
Il ruolo delle sanzioni interdittive nella disciplina della responsabilità dell'ente da reato <i>Massimiliano Masucci</i>	151
Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato <i>Andrea Sereni</i>	157
Illecito dell'ente da reato e garanzie penal-processualistiche <i>Tommaso Rafaraci</i>	167
PARTE III – APPROFONDIMENTI COMPARATIVI IN RELAZIONE AL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI DA REATO IN SUD AMERICA	175
Responsabilidad penal de las personas jurídicas: criterios generales y modelos comparados en Iberoamérica <i>Manuel Gómez Tomillo</i>	177
Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud America ed Europa <i>Vincenzo Militello</i>	197
Il ruolo dei modelli organizzativi nella nuova disciplina della responsabilità dell'ente da reato in Argentina <i>Andrea Castaldo</i>	217

Il rilievo del 'difetto di organizzazione' nella struttura dell'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, con particolare riferimento ai sistemi cileno, peruviano e argentino	225
<i>Anna Salvina Valenzano, Diva Serra Cruz</i>	
La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali	279
<i>Vincenzo Mongillo</i>	
Spunti di riflessione tratti dall'ordinamento colombiano in tema di responsabilità degli enti da reato e principio del <i>ne bis in idem</i>	317
<i>Annarita De Rubeis</i>	
Il regime cautelare a carico dell'ente nei principali sistemi sudamericani	329
<i>Elvira Nadia La Rocca, Naike Cascini</i>	
PARTE IV – LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO DEL SISTEMA SANZIONATORIO NELL'OTTICA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E DEL DIRITTO CIVILE	343
Sulla pena. Brevi riflessioni, a partire dal pensiero di Giuliano Vassalli	345
<i>Luisa Avitabile</i>	
Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo	367
<i>Marcello Clarich</i>	
Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nel diritto civile: il problema dei c.d. risarcimenti punitivi	377
<i>Claudio Scognamiglio</i>	
PARTE V – LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO DEL SISTEMA SANZIONATORIO NELL'OTTICA DEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE	389
Ineffettività e incompletezza di un sistema sanzionatorio superato	391
<i>Vincenzo Nico D'Ascola</i>	
Responsabilità da reato degli enti tra globalizzazione e ordinamento interno	397
<i>Andrea Sereni</i>	

L'idoneità dei modelli organizzativi. Prospettive <i>de iure condendo</i> <i>Andrea Castaldo</i>	413
Discrezionalità dell'azione e crisi della legalità nel processo a carico degli enti <i>Oliviero Mazza</i>	421
La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale <i>Giulio Garuti</i>	429
Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro l'ente <i>Adolfo Scalfati</i>	435
<i>Considerazioni conclusive.</i> Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza <i>Antonio Fiorella</i>	445
Elenco autori	453

Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo

Marcello Clarich

1. La premessa di qualsiasi trattazione sulle sanzioni è che l'elemento sanzionatorio è da sempre e continua a essere essenziale nei sistemi di regolazione amministrativa finalizzati alla cura degli interessi pubblici.

In particolare, le sanzioni sono uno strumento fondamentale per garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico e possono essere considerate addirittura come il criterio principale della giuridicità delle norme. La sanzione può essere definita infatti come una *"risposta alla violazione di una norma"* e come un *"espediente con cui si cerca di salvaguardare la legge dall'erosione dell'azione contraria"* (N. BOBBIO). Essa costituisce una tecnica normativa che accompagna i precetti giuridici primari (che definiscono i comportamenti da tenere) con precetti secondari. Questi ultimi mirano a promuovere l'osservanza dei primi attraverso la previsione di conseguenze negative in capo al trasgressore. Essi hanno dunque una finalità di prevenzione e di repressione dei comportamenti illeciti.

Vero è peraltro, che l'ordinamento giuridico conosce anche altri strumenti per promuovere il rispetto delle regole poste dal legislatore o da altre autorità amministrative. Si pensi, in particolare, alle varie forme di incentivi (il cosiddetto diritto premiale) e a misure persuasive (per esempio, l'informazione istituzionale e, più in generale, la *regulation by information*). Per promuovere comportamenti conformi agli obiettivi delle politiche pubbliche talora si rivelano efficaci anche strumenti di *"moral suasion"* (da sempre utilizzati, per esempio, nel settore creditizio), oppure l'integrazione delle norme propriamente giuridiche con altre forme di *"soft law"* (raccomandazioni, circolari interpretative, raccolta di prassi amministrative e di orientamenti giurisprudenziali e loro pubblicazione in bollettini o siti dei regolatori, ecc.). Di recente sono state introdotte

soprattutto nei paesi anglosassoni tecniche di “*nudge*” (ovvero, spinte gentili), che, in applicazione delle scienze comportamentali, tendono a far leva su errori cognitivi dei destinatari dei precetti orientando le loro scelte in coerenza con gli obiettivi di chi pone le prescrizioni.

Più in generale, l'effettiva osservanza delle regole è favorita dal coinvolgimento dei soggetti regolati nella stessa fase di predisposizione delle regole, specie quelle di rango sub legislativo: la partecipazione ai procedimenti di regolazione ormai affermatasi nei settori in cui operano le autorità amministrative indipendenti; la *audited self-regulation*, cioè le forme di autoregolazione affidata a organismi privati sotto il controllo di un'autorità pubblica, come quelle previste in materia finanziaria dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (art. 61 e seg.); la *regulatory negotiation*, introdotta negli Stati Uniti nel 1996, una procedura cioè nella quale l'agenzia di regolazione istituisce un comitato consultivo composto dai rappresentanti degli interessi dei soggetti regolati, coordinato da un *facilitator*, allo scopo di predisporre un testo normativo condiviso.

Resta comunque vero che un ordinamento giuridico non potrebbe sopravvivere senza un corredo adeguato di sanzioni dirette e indirette di tipo civile, penale o amministrativo. E per sanzioni vanno intese quelle previste come reazione alla violazione di norme propriamente giuridiche le quali, rispetto alle norme morali o sociali, hanno, com'è noto, un carattere esterno alla coscienza del soggetto e vengono applicate da organi investiti di una competenza formale.

In base alla teoria degli ordinamenti giuridici sezionali, che ha trovato storicamente applicazione in settori come l'ordinamento sportivo, l'ordinamento militare, ma anche nel settore creditizio in base alla legge bancaria del 1936 (M.S. GIANNINI), le sanzioni amministrative, in particolare, fungono, insieme agli strumenti di giustizia “domestica” (reclami e ricorsi amministrativi), da elemento di chiusura dell'ordinamento sezionale (costituito da un sistema di norme interne e da apparati titolari di poteri nei confronti di soggetti privati inclusi nell'ordinamento) che ne connota in un certo senso la propria autosufficienza e indipendenza dall'ordinamento generale. Talora, peraltro, là dove le sanzioni amministrative non forniscono un grado di deterrenza ritenuto sufficiente, ai comportamenti non conformi alle norme interne, poste dall'ordinamento sezionale può essere dato rilievo nell'ordinamento generale che li assoggetta in particolare a sanzioni di tipo penale.

A conferma dell'importanza di un sistema sanzionatorio come elemento per l'effettivo funzionamento di un settore dell'ordinamento si consideri, per esempio, che nel Testo Unico Bancario (TUB) e nel Testo Unico Finanziario (TUF) gli articoli dedicati alle sanzioni negli ultimi tempi si sono moltiplicati di fattispecie e tipologie: questo perché è un diritto che si è esteso e ramificato, diventando sempre più condizionante l'attività delle imprese e, per questa ragione, ha dovuto rafforzare il proprio impianto sanzionatorio.

2. Esaurite queste premesse generali, conviene passare all'esame di alcuni elementi di novità in tema di sanzioni al fine di coglierne anche le criticità e, più in generale, confrontarci con le prospettive di sviluppo.

La prima prospettiva su cui avviare, anche in chiave critica, una riflessione sulle sanzioni amministrative è la crescente importanza acquisita da un certo tipo di sanzioni, a discapito di altre.

Tra le sanzioni non pecuniarie che hanno acquisito crescente effettività possono essere richiamate, da un lato, la pubblicazione su un giornale o su un albo di un provvedimento negativo (si pensi alla pubblicazione di una sanzione disciplinare sulla rivista di informazione di un Consiglio dell'Ordine degli avvocati o, nel settore finanziario, essere esposti); dall'altro le sanzioni di *status* (cancellazione da un albo, destituzione dal servizio) o comunque interdittive e cioè in grado di incidere sull'attività posta in essere dal destinatario del provvedimento (ritiro della patente, decadenza da una concessione, divieto di contrattare con la p.a.). Il panorama sanzionatorio non si esaurisce dunque con il modello della sanzione pecuniaria, ovvero con le sanzioni che fanno sorgere l'obbligo di pagare una somma di danaro determinata entro un minimo e un massimo stabilito dalla norma. Le sanzioni pecuniarie, benché abbiano costituito da sempre la categoria più importante di sanzioni, sono oggi ritenute come meno efficaci, da un punto di vista di "funzione afflittiva" e di "valenza dissuasiva", di altre.

Un secondo elemento di novità è che oggi, per effetto dell'influenza del diritto europeo, la sanzione può colpire direttamente la persona giuridica e non soltanto, come in passato, la sola persona fisica. Si pensi in particolare a una previsione introdotta, a livello europeo, con la direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento (direttiva CRD IV) e recepita all'interno dei Testi unici bancario e finanziario. Mentre in passato il sistema sanzionatorio

previsto dal TUB e dal TUF prevedeva l'irrogazione della sanzione in capo agli esponenti aziendali, con il recepimento del pacchetto di direttive europee le sanzioni sono applicate, come regola generale, direttamente in capo agli enti e soltanto quando l'inosservanza sia conseguenza della violazione di doveri propri o dell'organo di appartenenza e ricorrano specifiche condizioni elencate agli artt. 144-ter TUB e 190-bis TUF, in capo alle persone fisiche. È una breccia che si è aperta in un settore limitato che dovrebbe far pensare se abbia o meno senso estenderla ad altri settori.

La terza prospettiva sulla quale svolgere una riflessione risiede nella perdurante difficoltà di operare una ricostruzione dogmatica unitaria del fenomeno sanzionatorio e specificamente del rapporto giuridico che si instaura tra chi irroga e chi subisce la sanzione, soprattutto nel caso della sanzione pecuniaria. Tale ambiguità teorica di come ricostruire il potere sanzionatorio nasce dall'eterogeneità della possibile fonte dell'obbligazione (pagamento di una somma di denaro) atteso che si oscilla nelle ricostruzioni dottrinali, ma anche giurisprudenziali, dall'obbligazione *ex lege*, che nasce cioè in modo automatico dal verificarsi di un fatto qualificato come illecito, all'obbligazione che nasce invece da un provvedimento avente natura costitutiva ed emanato a seguito di un accertamento che da un punto di vista tecnico-economico può risultare anche molto complesso.

Fanno parte della prima categoria le infrazioni più semplici del Codice della strada; fanno parte invece dell'altra le sanzioni disposte dalle autorità indipendenti per le violazioni della normativa di settore. È chiaro che, nell'indagare il rapporto tra potere sanzionatorio e situazione giuridica soggettiva (diritto/interesse), il rischio è applicare lo stesso modello previsto per le sanzioni dall'accertamento semplice (come quelle previste dal Codice della strada) a un illecito antitrust che richiede invece da parte dell'autorità una serie di accertamenti tecnici, spesso da compiersi mediante l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati e che lasciano uno spazio valutativo molto più ampio rispetto al mero accertamento del superamento di un limite di velocità. Il problema di un modello unitario a fronte di uno spazio valutativo assai variabile resta un tema irrisolto che richiederà ulteriori affinamenti.

Le due ricostruzioni hanno precise conseguenze in termini anche processuali, atteso che nell'ipotesi dell'obbligazione *ex lege* il giudice ordinario è del tutto libero di accertare il fatto costitutivo dell'obbligazione, senza il filtro del procedimento e del provvedimento che irroga

la sanzione: vizi formali come le carenze procedurali o della motivazione non assumono rilievo e ciò a differenza di quanto accade ove il giudice (di regola amministrativo) è chiamato a sindacare la legittimità di un provvedimento di accertamento dell'illecito e di imposizione di una sanzione pecuniaria.

Un'ulteriore questione sulla quale soffermare l'attenzione è quella che attiene al problema ancor oggi irrisolto della giurisdizione. Infatti alcuni provvedimenti sanzionatori sono impugnabili dinnanzi al giudice ordinario, altri invece rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo (per esempio, rientrano nella giurisdizione estesa al merito le sanzioni pecuniarie applicate dalle autorità amministrative indipendenti). L'irrazionalità nasce dal fatto che spesso si tratta di fattispecie simili: si pensi alla differenza di regime tra Banca d'Italia e Consob le cui sanzioni sono devolute al sindacato del giudice ordinario (Corte d'appello) e le altre autorità concettualmente simili (per esempio, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni o l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) le cui sanzioni sono devolute al sindacato del giudice amministrativo. E ciò senza che vi sia una distinzione ontologica o comunque sostanziale sul perché il legislatore opti per l'uno o per l'altro giudice.

Sotto un'ulteriore prospettiva, qualsivoglia discorso sulle sanzioni (soprattutto un discorso che abbia di mira l'esame delle prospettive di sviluppo del tema), non può prescindere dal rapporto sempre controverso tra sanzioni amministrative e penali.

Molti studiosi del diritto amministrativo e del diritto penale, da Guido Zanobini in poi, si sono interrogati sulla distinzione tra i due tipi di sanzioni e cioè se essa si regga solo su un criterio formale (qualificazione giuridica) o se poggia invero su un criterio sostanziale (caratteristiche e natura dell'illecito). La complessità del tema è acuita, dal lato formale, dalle oscillazioni continue del legislatore che alterna fasi di depenalizzazione a fasi di ripenalizzazione delle singole fattispecie e, dal lato sostanziale, dalla considerazione che spesso il grado di afflittività (e la correlata funzione di prevenzione generale) può essere sostanzialmente identico per due tipologie di sanzioni o addirittura superiore per le sanzioni amministrative.

Un criterio di distinzione potrebbe fondarsi sul fatto che le sanzioni amministrative si prestano a fungere soprattutto da elemento di chiusura del sistema regolatorio di settore a garanzia della sua effettività. Ma qui il tema è ampissimo e meriterebbe di riflettere sulla perdurante

possibilità di ricostruire le legislazioni amministrative di settore, ormai in gran parte depurate da componenti dirigitiche (si pensi per esempio all'ordinamento del credito ormai assoggettato pressoché integralmente a una disciplina di matrice europea e alle regole della concorrenza), come istitutive di un ordinamento giuridico sezionale secondo le tesi elaborate in origine dalla dottrina (M.S. GIANNINI).

In materia il concetto acquisito, anche per effetto degli interventi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, è che, a prescindere dal criterio discrezionale utilizzato per distinguere sanzione penale e sanzione amministrativa, ciò che non può essere accettato è l'individuazione per la stessa fattispecie di una doppia sanzione, amministrativa e penale: è questo il problema del *ne bis in idem* destato da sistemi che, come il nostro, sono strutturati sulla base di un doppio binario sanzionatorio.

A tal proposito, le conclusioni cui è addivenuta la giurisprudenza europea in materia di *ne bis in idem* possono così sintetizzarsi.

Da un lato la Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla sentenza *A e B contro Norvegia* (Corte EDU, Grande Camera, sentenza 15 novembre 2016, ric.n. 24130/11 e 29758/11) ha precisato che non incorre nel divieto di *bis in idem* l'ordinamento che sia in grado di unificare, in qualche stadio della procedura, i due procedimenti sanzionatori in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte dell'unica autorità e nell'ambito di un unico processo e neppure quello che, pur senza unificare i due procedimenti sanzionatori, ne consenta lo svolgimento in parallelo garantendone una "*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*". Rappresentano indici di tale "*connessione sostanziale e temporale*": i) la diversità di scopo dei procedimenti sanzionatori; ii) la prevedibilità della duplicità dei procedimenti; iii) l'assenza di duplicazioni nella raccolta e valutazione della prova, da garantirsi attraverso un'interazione tra le autorità competenti; iv) l'adeguata considerazione, nell'ambito del procedimento temporalmente successivo, della sanzione precedentemente erogata, in modo da rispettare l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena.

Dal canto suo anche la Corte di giustizia (da ultimo nelle sentenze della Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16) ha posto limitazioni all'operatività del divieto di *bis in idem* chiarendo che il doppio regime sanzionatorio è legittimo a condizione che la normativa rispetti le seguenti condizioni: i) sia finalizzata a un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un cumulo di proce-

dimenti e di sanzioni, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari; ii) preveda regole chiare e precise che consentano al soggetto accusato di prevedere quali atti e omissioni possano costituire oggetto di un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni; iii) garantisca che i procedimenti siano coordinati fra loro per limitare a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che un cumulo di procedimenti comporta per gli interessati; iv) garantisca che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto è strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito in questione.

È rimesso al giudice nazionale verificare se tali requisiti siano soddisfatti nei casi di specie, verificando altresì che gli oneri risultanti concretamente da detto cumulo a carico dell'interessato non siano eccessivi rispetto alla gravità dell'illecito commesso.

Chiarito, almeno in linea teorica, il tema del *ne bis in idem*, si può dire che i principali problemi che residuano rispetto al rapporto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative attengono alla quantificazione delle sanzioni e al contraddittorio che deve essere garantito nel procedimento.

Con riferimento alla quantificazione il problema nasce dalla mancata previsione di meccanismi correttivi volti a calmierare le sanzioni che spesso raggiungono dei tetti elevatissimi e, così facendo, un livello di afflittività pari o superiore alle sanzioni penali, considerati anche i danni reputazionali che comportano.

Con riguardo al contraddittorio, dal contenzioso in materia è emerso che nel procedimento sanzionatorio si registra una carenza o comunque insufficienza di contraddittorio.

Le garanzie del contraddittorio, sottese alla nozione ormai costituzionalizzata di giusto processo (art. 111 della Costituzione), infatti, non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all'interno del processo o, *mutatis mutandis*, all'interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, per esempio, in funzione del tipo di processo (civile, penale, ecc.); oppure a seconda che si tratti di processi di cognizione, di esecuzione o cautelari oppure a seconda che si tratti di processi a cognizione piena o a cognizione sommaria.

Ai nostri fini occorre considerare pertanto almeno un profilo del principio del contraddittorio e, cioè, la distinzione tra la dimensione per così dire orizzontale o verticale.

Usualmente, nell'applicazione del principio del contraddittorio, estesa dal processo in senso proprio al procedimento amministrativo, assume rilievo soprattutto la dimensione verticale del medesimo, poiché il potere esercitato è di regola un potere unilaterale dell'amministrazione rispetto al quale, specie nel caso di interessi legittimi oppositivi, la contrapposizione tra parte privata e amministrazione è particolarmente evidente. Ciò in quanto la potestà sanzionatoria che colpisce il singolo crea una relazione bilaterale verticale tra l'autorità che esercita il potere e irroga la sanzione e l'impresa o il singolo che diventa oggetto di una sanzione (cd. "contraddittorio verticale"). Nei procedimenti innanzi alle autorità indipendenti questa dimensione del principio del contraddittorio trova spazio in particolare, come si vedrà, nei procedimenti di tipo sanzionatorio o ordinatorio (diffide) avviati d'ufficio dalle autorità nei confronti di soggetti posti in una posizione di soggezione.

La dimensione orizzontale del principio del contraddittorio emerge invece soprattutto in relazione all'attività in forme contenziose (o paragiurisdizionali) attribuite alle autorità chiamate a dirimere, in una posizione di terzietà, i conflitti tra le imprese operanti nel settore di attività nel quale è istituita l'autorità oppure tra quest'ultime e gli utenti. Nei procedimenti in materia di pubblicità ingannevole la natura contenziosa dell'attività attribuita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è sottolineata, secondo la disciplina vigente, dal fatto che essa non può attivarsi d'ufficio, ma solo su domanda dei concorrenti, dei consumatori e di altri soggetti.

Il contraddittorio verticale è più difficile da attuare correttamente in senso garantistico per il soggetto che è passibile di sanzione. Infatti, l'autorità che agisce ed esercita il potere sanzionatorio dovrebbe essere in qualche modo "parte imparziale", dovrebbe cioè valutare con pari attenzione le ragioni della difesa della parte sottoposta al potere sanzionatorio. Tale imparzialità risulta difficile da raggiungersi in tutti i casi in cui, come nei procedimenti dinnanzi alle autorità indipendenti, la pubblica amministrazione finisce con l'essere, ad un tempo, accusatore e giudice. Per rimediare a questo problema, anche sul piano organizzativo, la legislazione di settore prima, e la giurisprudenza poi, hanno imposto una netta distinzione anche di tipo organizzativo tra funzione di chi conduce l'indagine e la funzione decisionale.

A fare maggiori passi avanti è la giurisprudenza europea che con la sentenza *Grande Stevens* (Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, ricorso 18640/2010) arriva al punto di dire che dovrebbe esserci una separazio-

ne organizzativa piena addirittura tra due soggetti atteso che l'attuale separazione formale ed organica nel procedimento sanzionatorio dinanzi alla Consob (art. 187 TUF) non garantisce la separazione effettiva tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie, per le ingerenze del Presidente nella fase istruttoria.

Dal canto suo lo stesso Consiglio di Stato, tenuto conto che una reale separazione soggettiva tra funzione istruttoria e funzione decisoria non è praticabile *de jure condito* nel nostro ordinamento richiedendo un radicale ripensamento del sistema delle Autorità indipendenti, chiarisce che il contraddittorio non è rispettato tutte le volte in cui all'interessato sia preclusa la possibilità di presentare le proprie deduzioni rispetto all'atto certamente più importante della fase istruttoria, ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione in vista della decisione finale (Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596).

Da questo punto di vista il tema del contraddittorio, anche sulla base degli spunti sovranazionali, richiederebbe un ripensamento da parte del legislatore, che vada, per esempio, nella direzione di estendere il novero dei procedimenti sanzionatori che ammettono il contraddittorio anche orale o di introdurlo anche con riguardo a talune attività preistruttorie.

Infine, una prospettiva che innesta una riflessione sul tema delle sanzioni attiene al profilo della responsabilità dei funzionari e degli amministratori pubblici davanti alla Corte dei conti (responsabilità amministrativa). In materia non è sempre chiara la linea di confine tra componente risarcitoria, finalizzata al recupero delle somme non acquisite o perdute, e componente sanzionatoria, finalizzata a punire il funzionario colpevole.

Più in generale l'istituto della responsabilità amministrativa andrebbe ripensato, in linea con quanto previsto in altri paesi, rimettendo all'amministrazione che subisce un danno da parte di un funzionario la scelta se agire o meno in giudizio, all'esito di un bilanciamento tra l'esigenza di recuperare il danno subito e l'esigenza di evitare il fenomeno della *over deterrence* atteso che la paralisi dei procedimenti e dunque l'inerzia, in talune situazioni, potrebbe creare ancora più danni di quelli cui vorrebbe porre rimedio.

A una prima stesura della relazione, a partire dal file audio, ha collaborato Veronica Varone alla quale va un ringraziamento per l'ausilio prezioso.

Bibliografia

- N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
- M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca Impresa Società, Rivista quadrimestrale*, 2014, 2 pp. 333-348.
- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 182 ss.
- M. FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 171 ss.
- F. VIGANÒ, *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016.