



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio,
Sezione Seconda Quater, sentenza 20 maggio 2024, n. 10106
Pres. A. Mangia – Est. V. Giorgini

In tema di cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari, la sopravvenienza della situazione impeditiva prevista dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.m. 11 novembre 1998, n. 472, relativa allo svolgimento di funzioni di amministrazione in imprese successivamente fallite, non determina automaticamente l'esclusione dall'Albo, qualora l'interessato dimostri la propria estraneità ai fatti che hanno determinato la crisi dell'impresa. In tale valutazione, l'Organismo di vigilanza è tenuto a considerare anche l'assenza di provvedimenti sanzionatori, di condanne risarcitorie o di altri atti da cui possa desumersi la responsabilità soggettiva dell'amministratore. L'estraneità, pertanto, deve essere intesa in senso soggettivo, quale assenza di profili di responsabilità, tenuto conto dell'incidenza del provvedimento di cancellazione sulla capacità lavorativa dell'interessato e sulla tutela di diritti costituzionalmente rilevanti (1).

La cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari: potere dell'Organismo di vigilanza e tutela dell'iscritto

di Immacolata Aletto*

16 settembre 2025

Sommario: 1. La ricostruzione della vicenda fattuale. - 2. Inquadramento normativo: i requisiti di iscrizione all'Albo unico dei consulenti finanziari. - 3. La valutazione di estraneità del consulente finanziario. - 3.1. La tutela del consulente finanziario nel procedimento di cancellazione. - 4. La controversa natura dell'attività di cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari - 5. La posizione giuridica del consulente finanziario. - 5.1. Il riparto di giurisdizione. - 6. Conclusioni.

1. La ricostruzione della vicenda fattuale

Il ricorrente ha adito il TAR per ottenere l'annullamento di una delibera di cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari¹, emanata nei suoi confronti dall'Organismo di

* Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II; Master di II livello in Governance e Management nella Pubblica Amministrazione presso l'Università Telematica Niccolò Cusano; attualmente Funzionario amministrativo presso l'INPS.

¹L'Albo unico dei consulenti finanziari (precedentemente denominato "albo unico dei promotori finanziari") risulta articolato in tre sezioni, nelle quali possono iscriversi rispettivamente: i consulenti



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

vigilanza².

Quest'ultimo, infatti, ha ritenuto sussistente la situazione impeditiva prevista dall'art. 2, comma 1, lett. a) del d.m. 11 novembre 1998, n. 472³, secondo cui non possono essere iscritti all'Albo unico dei consulenti finanziari coloro che *“per almeno i due esercizi precedenti l'adozione dei relativi provvedimenti, abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo [...] in imprese sottoposte a fallimento”*.

Il consulente finanziario ha impugnato tale delibera di cancellazione, considerandola illegittima per violazione di legge nonché per eccesso di potere. In particolare, la difesa del ricorrente ha rilevato che l'impedimento contestato non possa operare nel caso di specie, in quanto l'interessato ha dimostrato, ai sensi dell'art. 2, comma 4, del d. m. citato⁴, la propria estraneità ai fatti che hanno determinato la crisi dell'impresa.

Il TAR Lazio ha ritenuto fondato il motivo di doglianza: infatti, l'art. 2, nella sua attuale formulazione⁵, riconosce all'interessato la possibilità di dimostrare la propria estraneità ai fatti che hanno determinato il fallimento dell'impresa. A tal fine, l'Organismo di vigilanza è tenuto a considerare anche l'assenza di provvedimenti sanzionatori, condanne al risarcimento dei danni e provvedimenti di sostituzione dell'organo gestorio adottati nei

finanziari abilitati all'offerta fuori sede, i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria, in www.consob.it. Nel caso di specie, il ricorrente è stato cancellato dall'Albo unico dei consulenti finanziari, sezione dei consulenti abilitati all'offerta fuori sede.

² L'Organismo di vigilanza è costituito dalle associazioni professionali rappresentative dei consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede, dei consulenti finanziari autonomi, delle società di consulenza finanziaria e dei soggetti abilitati. Tale organismo si occupa della tenuta dell'Albo unico dei consulenti finanziari, nonché dell'esercizio delle funzioni di vigilanza, cautelare e sanzionatoria nei riguardi di tutte e tre le categorie di consulenti finanziari soggetti all'iscrizione all'Albo (art. 31, co. 4, del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*).

³ L'art. 148, comma 1, del Regolamento Consob, adottato con delibera 15 febbraio 2018 n. 20307 (cd. *Regolamento intermediari*), stabilisce che per l'iscrizione nella sezione dei consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede sia necessario non soltanto essere in possesso dei requisiti di onorabilità prescritti dal regolamento ministeriale di cui all'art. 31 del del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, ma anche *“di non trovarsi in una delle situazioni impeditive di cui al regolamento medesimo”*. Ai sensi dell'art. 152, comma 1, lett. d) del medesimo Regolamento Consob, l'Organismo procede alla cancellazione dall'Albo, qualora sopraggiunga la perdita di uno dei requisiti per l'iscrizione all'albo richiamati dall'articolo 148, (ad eccezione del requisito di indipendenza). Nel caso di specie, l'Organismo di vigilanza ha disposto la cancellazione dall'Albo alla luce della sussistenza della situazione impeditiva dell'aver svolto *“funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento”* (art. 2, comma 1, lett. a) del d.m. 11 novembre 1998, n. 472).

⁴ d.m. 11 novembre 1998, n. 472.

⁵ Tale disposizione è stata interamente riformulata ad opera della lett. f) dell'art. 1, comma 1, del d.m. 8 luglio 2010, n. 140, riconoscendo all'interessato la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa. La precedente versione della norma disponeva la cancellazione dall'Albo alla luce della sussistenza della sola circostanza oggettiva dell'aver svolto *“funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento, a liquidazione coatta amministrativa o a procedure equiparate”*. La giurisprudenza sottolinea l'importanza di un accertamento effettivo delle responsabilità individuali, evitando automatismi che potrebbero ledere i diritti dei soggetti coinvolti. In tal senso, TAR Lazio, Sez. I, 22 febbraio 2005, n. 1437; TAR Lazio, Sez. III, 28 febbraio 2006, n. 1475; Cassazione Civile, Sez. I, 2 ottobre 2020, n. 21131.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

confronti dell'interessato, nonché le risultanze degli organi della procedura fallimentare in ordine alla sua condotta⁶. Nel caso in esame, la valutazione di tali elementi avrebbe consentito all'Organismo di vigilanza di escludere l'operatività della situazione impeditiva contestata⁷.

2. Inquadramento normativo: i requisiti di iscrizione all'Albo unico dei consulenti finanziari

Prima di esaminare le questioni giuridiche che emergono dalla sentenza del TAR Lazio, appare opportuno comprendere, in sintesi, il quadro normativo di riferimento.

L'iscrizione all'Albo unico dei consulenti finanziari⁸ è subordinata, in linea generale, al possesso di specifici requisiti di onorabilità⁹ e di professionalità, stabiliti con

⁶ Gli elementi probatori comunicati dall'interessato sono sottoposti alla valutazione dell'Organismo di vigilanza, il quale, a tal fine, deve tener conto *"fra gli altri elementi, del fatto che, in relazione alla crisi dell'impresa [...] non siano stati adottati nei confronti dell'interessato provvedimenti sanzionatori ai sensi della normativa del settore bancario, mobiliare o assicurativo, condanne con sentenza anche provvisoriamente esecutiva al risarcimento dei danni in esito all'esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi del codice civile, provvedimenti ai sensi del quarto comma dell'articolo 2409 del codice civile, ovvero deliberare di sostituzione da parte dell'organo competente"* (art. 2, comma 6, del d. m. 11 novembre 1998, n. 472).

⁷ Il TAR Lazio ritiene che dall'esame del compendio probatorio, acquisito nell'ambito del procedimento di cancellazione, emerga che nei confronti del ricorrente non sia stato emesso alcun provvedimento sanzionatorio, ai sensi della normativa del settore bancario, mobiliare o assicurativo, né condanne al risarcimento dei danni conseguenti ad azioni di responsabilità o provvedimenti adottati ai sensi del quarto comma dell'articolo 2409 del codice civile.

⁸ L'attuale denominazione *«albo unico dei consulenti finanziari»* ha sostituito la precedente denominazione *«albo unico dei promotori finanziari»* attraverso l'art. 1, comma 37 della L. 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità 2016), si veda www.consob.it.

⁹ I requisiti di onorabilità sono individuati dall'art. 1 del d.m. 11 novembre 1998, n. 472: tale norma esclude la possibilità di procedere all'iscrizione all'Albo dei consulenti finanziari in determinate situazioni. In particolare, si tratta delle ipotesi in cui l'interessato si trovi in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'articolo 2382 c.c., sia stato sottoposto a misure di prevenzione o condannato, con sentenza passata in giudicato. Più precisamente, analizzando il testo della norma, è possibile rilevare che essa collega gli effetti preclusivi soltanto alle sentenze, di condanna o di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., emesse in relazione a specifiche fattispecie di reati. Il Legislatore, infatti, ha selezionato le ipotesi criminose ritenute contrarie alla tutela del risparmio. Si veda, P. Longhini, *«Le Sim e i promotori finanziari nella giurisprudenza»*, Giuffrè, Milano, 2001, 58.

Il consulente finanziario è tenuto ad osservare una condotta personale e professionale irreprensibile. La dottrina prevalente ritiene che tale affidabilità morale del consulente debba essere intesa nel senso di mancato coinvolgimento nell'ambito di fenomeni criminali. In tal senso, si veda A.A.V.V., *«Amministrazione e controllo nel modello tradizionale della società per azioni: il commento dell'Assonime»*, in Riv. soc., 2005, 891.

Le ipotesi preclusive previste dall'art. 1 del d.m. 11 novembre 1998, n. 472 sono state individuate tenendo in considerazione sia l'interesse generale alla tutela del risparmio sia l'interesse particolare del consulente. Si veda, P. Longhini *«Le Sim e i promotori finanziari nella giurisprudenza»*, cit., 58. L'autore evidenzia come la scelta di ciascuna fattispecie preclusiva costituisca il frutto di un'opera di bilanciamento degli interessi coinvolti, pubblico e privato, finalizzato ad evitare automatismi illegittimi, per violazione dell'art. 166 c.p..



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Regolamento del Ministero dell'Economia e delle finanze, sentita la Consob.¹⁰ Il Legislatore ritiene necessario, infatti, che il consulente sia dotato di requisiti di affidabilità morale, oltre che di competenze dal punto di vista tecnico per l'espletamento dei compiti di promozione e collocamento di prodotti finanziari. Ciò al fine di assicurare la tutela della trasparenza e della correttezza del mercato finanziario.

In particolare, in relazione all'iscrizione alla sezione dell'Albo dedicata ai consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede, in aggiunta al possesso dei requisiti di onorabilità, è richiesto, ex art. 148 del Regolamento Consob n. 20307/2018, che il soggetto interessato non debba trovarsi in determinate situazioni impeditive. Queste ultime sono elencate, in via tassativa, dall'art. 2 del Regolamento del Ministero dell'Economia e delle finanze n. 472/1998.¹¹ Nell'ambito di tali situazioni rientra l'impedimento, contestato al ricorrente, di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento.

Qualora venga meno uno dei requisiti di iscrizione all'Albo, l'Organismo di vigilanza, al quale è attribuita la tenuta dell'Albo stesso, può procedere alla cancellazione del consulente, ai sensi dell'art. 152 del Regolamento Consob.

3. La valutazione di estraneità del consulente finanziario

Nella pronuncia esaminata, il giudice amministrativo ha ritenuto illegittimo il provvedimento di cancellazione adottato dall'Organismo di vigilanza.

Infatti, nell'ipotesi specifica in cui venga contestata all'interessato l'esistenza della situazione impeditiva dell'aver svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento, alla luce della disciplina contenuta nell'art. 2, comma 4, del d. m. n. 472/1998, il consulente ha la possibilità di dimostrare la propria estraneità ai fatti che hanno determinato la crisi dell'impresa, conservando in tal modo il requisito di iscrizione all'Albo. A tal fine, egli è tenuto a trasmettere all'Organismo di vigilanza gli elementi che ritenga utili per dimostrare la propria estraneità ai fatti.¹²

¹⁰ d.m. 11 novembre 1998, n. 472.

¹¹ La giurisprudenza amministrativa più risalente ha osservato che la *ratio* sottesa a tale disposizione regolamentare sia costituita da una presunzione di inaffidabilità professionale e morale degli esponenti aziendali, ai quali viene, pertanto, preclusa la possibilità di iscriversi all'Albo dei consulenti finanziari, sulla base della sola circostanza per cui l'impresa sia stata sottoposta a fallimento, amministrazione coatta amministrativa o a procedure equiparate. Così, TAR Lazio, Sez. I, 7 aprile 2000, n. 2907, in Foro it., Rep. 2000, voce Valori mobiliari, n. 95, e Dir. banc., 2000, 491 ss.; M. De Mari e L. Spada, "Orientamenti in tema di intermediari e promotori finanziari", in Foro it., 2001, IV, 1254.

¹² Come già evidenziato, tale disposizione è stata interamente riformulata ad opera della lett. f) dell'art. 1, comma 1, del d.m. 8 luglio 2010, n. 140, riconoscendo all'interessato la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa. La precedente versione della norma disponeva la cancellazione dall'Albo alla luce della sussistenza della sola circostanza oggettiva dell'aver svolto "funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento, a liquidazione coatta amministrativa o a procedure equiparate".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Appare opportuno evidenziare che tale possibilità in passato era preclusa, con la conseguenza che il provvedimento di cancellazione dall'Albo scaturiva automaticamente dall'accertamento della situazione impeditiva da parte dell'Organismo di vigilanza.

Dunque, l'intervento normativo che ha modificato il citato art. 2¹³ ha consentito di porre fine ad un meccanismo preclusivo dell'esercizio del diritto di difesa del consulente, nell'ambito dei procedimenti di iscrizione o cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari.¹⁴

Nel caso di specie, il TAR Lazio ha evidenziato che l'Organismo di vigilanza abbia effettuato una valutazione erronea degli elementi probatori trasmessi dall'interessato al fine di dimostrare la propria estraneità: il giudice amministrativo ha chiarito, infatti, che la valutazione dell'estraneità del consulente debba essere effettuata tenendo in considerazione determinate circostanze. In particolare, si tratta di verificare, ex art. art. 2, comma 6, del d.m. 472/1998, che non siano stati adottati nei confronti dell'interessato provvedimenti sanzionatori ai sensi della normativa del settore bancario, mobiliare o assicurativo, condanne con sentenza anche provvisoriamente esecutiva al risarcimento dei danni in esito all'esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi del codice civile, nonché provvedimenti ai sensi del quarto comma dell'articolo 2409 del c.c., ovvero

¹³ La riforma è avvenuta ad opera del d.m. 140/2010.

¹⁴ Tale meccanismo preclusivo, in passato, è stato dichiarato, in diverse occasioni, illegittimo dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha sancito il diritto alla difesa dell'interessato nei procedimenti di iscrizione o cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari. Si veda in tal senso, Tar Lazio, Sez. I, 22 febbraio 2005, n. 1437; Tar Lazio, Sez. III, 28 febbraio 2006, n. 1475; Cons. Stato, Sez. VI, del 13 gennaio 2006, n. 486. Queste pronunce si inseriscono in un contesto giurisprudenziale che critica l'applicazione di presunzioni assolute di responsabilità, rivendicando, invece, l'importanza di procedere a valutazioni concrete di responsabilità. Dunque, le disposizioni normative in materia devono perseguire l'obiettivo di tutela dell'integrità del mercato finanziario, ma senza comportare una compressione irragionevole dei diritti fondamentali coinvolti. Si veda, inoltre, C. Giust. UE, Sez. II, 8 maggio 2019, 53/18. Quest'ultima pronuncia evidenzia l'importanza per gli Stati membri di adottare misure adeguate per controllare l'operato degli agenti collegati e garantire che essi rispettino gli standard di onorabilità e competenza professionale. Contestualmente, si afferma che tali misure debbano essere proporzionate, introducendo misure ragionevoli per raggiungere gli obiettivi di tutela del mercato e degli investitori.

La riforma dell'art. 2 del d.m. 472/1998 si pone, pertanto, sulla scia di tale orientamento giurisprudenziale, consentendo di pervenire ad un ragionevole bilanciamento dei beni giuridici coinvolti. Appare opportuno osservare che nel caso di procedimenti disciplinari o amministrativi riguardanti i consulenti finanziari, si contrappongono due interessi: da un lato, l'interesse pubblico alla tutela del mercato finanziario e, dall'altro, l'interesse privato del consulente finanziario alla tutela di diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto di difesa, il diritto al lavoro e il diritto alla presunzione di innocenza e a non subire provvedimenti automatici privi di istruttoria. Il bilanciamento tra interessi si concretizza nell'obbligo delle autorità di adottare misure proporzionate, evitando automatismi e consentendo all'interessato di difendersi adeguatamente. In tema di bilanciamento degli interessi, si veda R. Bin "Diritti e argomenti". *Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, Coll. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata: l'autore analizza le tecniche di bilanciamento utilizzate dalla Corte Costituzionale italiana per risolvere conflitti tra diritti individuali ed interessi pubblici. Bin evidenzia come la Corte, attraverso un'analisi casistica, cerchi di armonizzare le diverse esigenze in gioco, evitando automatismi che potrebbero ledere i diritti individuali.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

delibere di sostituzione da parte dell'organo competente.

Infine, il giudice adito precisa che l'estraneità del consulente deve essere interpretata in senso soggettivo, come assenza di profili di responsabilità, discostandosi, in tal modo, dall'orientamento che sostiene la necessità di dimostrare l'estraneità oggettiva delle condotte del consulente ai fatti che hanno determinato la crisi dell'impresa. Tale interpretazione risulterebbe, infatti, maggiormente coerente con le esigenze di tutela di valori costituzionalmente garantiti, quali il diritto di difesa e la capacità lavorativa dell'interessato.

Ciò premesso, occorre soffermarsi, qui di seguito, sulle garanzie difensive che rendono concreta la possibilità per l'iscritto di far valere la propria estraneità ai fatti contestati.

3.1. La tutela del consulente finanziario nel procedimento di cancellazione

La cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari rappresenta un provvedimento dall'elevata capacità incisiva, idoneo a compromettere in modo definitivo la possibilità per l'interessato di continuare a svolgere la propria attività professionale, con effetti economici e reputazionali spesso irreversibili¹⁵.

Per tale ragione, il procedimento amministrativo che conduce all'adozione del provvedimento di cancellazione non può essere ridotto ad una mera attività di accertamento formale della sussistenza di una causa ostativa, ma deve garantire l'effettivo esercizio del diritto di difesa del consulente finanziario. L'obiettivo perseguito dal Legislatore di salvaguardare l'interesse pubblico all'affidabilità e alla correttezza del mercato finanziario deve essere temperato con la tutela della posizione giuridica soggettiva del consulente.

Ed invero, la presunzione relativa¹⁶ di inidoneità allo svolgimento della professione, prevista dall'art. 2 del d.m. n. 472/1998, in assenza di un'adeguata valorizzazione delle

¹⁵ Il T.A.R. Lazio, nella sentenza oggetto di disamina, ha sottolineato la necessità che l'amministrazione proceda ad una valutazione ponderata della posizione e delle eventuali responsabilità del consulente finanziario, in considerazione della natura particolarmente afflittiva del provvedimento di cancellazione. Il rischio, infatti, è quello di ledere valori costituzionalmente garantiti, come la capacità di produrre reddito o di reperire risorse per il sostentamento personale e della propria famiglia.

¹⁶ La più recente giurisprudenza amministrativa ha ribadito che l'art. 2 del D.M. n. 472 del 1998 pone una presunzione relativa di inidoneità all'esercizio dell'attività professionale di consulente finanziario, consentendo all'interessato di fornire la prova contraria della propria estraneità ai fatti che hanno determinato il fallimento dell'impresa. In tal senso, T.A.R. Lazio, sez. stralcio, 11 marzo 2025 n. 5123; T.A.R. Lazio, sez. II quater, 23 maggio 2025 n. 9919.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

difese, rischierebbe di trasformarsi in una presunzione assoluta, con una conseguente lesione dei principi di ragionevolezza¹⁷ e proporzionalità¹⁸ dell'azione amministrativa. La disciplina generale sul procedimento amministrativo, dettata dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, impone all'amministrazione procedente l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, consentendo all'iscritto di parteciparvi attivamente mediante la produzione di memorie e documenti¹⁹. Come evidenziato da autorevole dottrina, la partecipazione del privato al procedimento amministrativo non svolge soltanto una funzione collaborativa del cittadino nei confronti dell'amministrazione stessa, ma si pone

¹⁷ Nel diritto amministrativo italiano, il principio di ragionevolezza si presenta quale corollario di tre principi costituzionali fondamentali: il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., il principio di imparzialità e il principio di buona amministrazione, di cui all'art. 97 Cost.. Come osserva P.M. Vipiana (*Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993, 135 e 152), il fondamento del principio di ragionevolezza degli atti amministrativi va rintracciato nei valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento ex art. 97 Cost. In particolare, l'imparzialità si declina, da un lato, come divieto di determinare disparità di trattamento ingiustificate e, dall'altro, come obbligo di considerare e ponderare tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto. Il buon andamento, invece, rileva nella componente della ragionevolezza intesa quale idoneità, imponendo all'amministrazione di adottare i mezzi più adeguati ed efficaci al perseguimento del fine pubblico. Inoltre, la dottrina ha evidenziato che, in forza del principio di ragionevolezza, l'azione amministrativa deve uniformarsi ad un "canone di razionalità operativa", al fine di evitare decisioni arbitrarie e irrazionali. In tal senso, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 2020, 899 e ss.; F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, in M. Renna, F. Saitta (Eds.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 388; G. Morbidelli, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998, 97-99.

¹⁸ Il principio di proporzionalità, di matrice comunitaria, è stato progressivamente accolto nel nostro ordinamento anche grazie alla L. 241/1990, divenendo uno dei criteri fondamentali cui deve ispirarsi l'azione amministrativa. Esso impone che i mezzi prescelti dalla Pubblica Amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico siano idonei, adeguati e necessari rispetto allo scopo da realizzare. La dottrina qualifica tale principio come "misura" del potere amministrativo, poiché richiede una valutazione attenta e bilanciata degli interessi in gioco, al fine di individuare la soluzione che comporti il sacrificio minore per il privato.

Già G. Romagnosi, nei *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (Prato, 1835), sottolinea come "la seconda regola pratica direttrice dell'amministrazione pubblica è far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della proprietà privata e libertà", evidenziando che la prevalenza dell'interesse pubblico riguarda il mezzo e non necessariamente il fine. In tempi più recenti, Sandulli ha approfondito il tema nella monografia *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998, p. 107 ss., ponendo in rilievo il ruolo centrale del principio quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa. Per maggiore approfondimento, si veda anche D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389 ss.; A. Sandulli, *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. V, Milano, 2006, 4643 ss.; P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993, 69 ss.; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, 164.

Nell'ambito della giurisprudenza, si veda T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 6 maggio 2019, n. 1053; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2019, n. 1705; Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3382; Sez. V, 20 febbraio 2017, n. 746; Sez. IV, sentenza 22 maggio 2013 n.964.

¹⁹ Si vedano artt. 9 e ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

come un'autentica garanzia difensiva²⁰: essa consente al soggetto inciso dal potere amministrativo di rappresentare già in sede procedimentale gli stessi interessi che potrebbero essere fatti valere in un eventuale giudizio, anticipando, in tal modo, il contraddittorio con l'amministrazione e rafforzando la tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive²¹.

La disciplina specifica contenuta nell'art. 2, comma 5, del d.m. n. 472/1998 riconosce espressamente al consulente finanziario il diritto di fornire all'Organismo di vigilanza elementi idonei a dimostrare la propria estraneità rispetto ai fatti ostativi contestati. Dunque, tale disposizione consente all'interessato di poter instaurare un contraddittorio effettivo con l'amministrazione²², assicurando, in tal modo, che il procedimento di cancellazione si sviluppi nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e buona amministrazione²³.

Nel caso di specie, il professionista aveva rappresentato all'amministrazione circostanze idonee a provare la propria estraneità rispetto agli eventi societari sfociati nel fallimento.

²⁰ Si veda, G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 26, il quale specifica che "nei procedimenti ove l'interveniente procede come parte, il contraddittorio amministrativo si presenta precipuamente come strumento di garanzia sostanziale; al contrario, ove vi sono partecipanti al procedimento, il contraddittorio ha soprattutto la funzione di collaborazione con l'amministrazione, per l'introduzione e la valutazione, attraverso l'acquisizione degli elementi di fatto e di diritto, di tutti gli interessi che nella loro visione di insieme vengono a costituire l'interesse pubblico concreto cui si deve provvedere".

²¹ Appare opportuno evidenziare come il diritto degli interessati a partecipare al procedimento amministrativo sia stato formalmente riconosciuto soltanto con l'entrata in vigore della L. 7 agosto 1990, n. 241. In precedenza, il procedimento amministrativo si caratterizzava per un'impostazione di tipo autoritativo, nella quale il privato era relegato a una posizione di mera soggezione rispetto all'Amministrazione, in evidente contrasto rispetto ai principi di democraticità, buon andamento e imparzialità sanciti dalla Carta costituzionale.

²² Una parte autorevole della dottrina ha sottolineato che il contraddittorio non costituisce un istituto limitato alla sola funzione giurisdizionale, ma si configura come un principio giuridico generale, di rango costituzionale, che trova applicazione ogni qualvolta l'attività esercitata sia vincolata al canone dell'imparzialità. In questa prospettiva, il contraddittorio esplica i propri effetti anche nel procedimento amministrativo, imponendo all'Amministrazione l'obbligo di ascoltare l'interessato e di garantirgli la possibilità di rappresentare le proprie ragioni. A tal riguardo, si vedano G. Romagnosi, *Principi fondamentali del diritto amministrativo*, libro II, in Opere, VII, 2, Milano, 1846; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. trim.dir. pubbl., 1952. Inoltre, una parte della dottrina ha precisato che la semplice partecipazione del privato all'esercizio della funzione amministrativa non basta a configurare il procedimento come un vero e proprio processo: è necessario che tale partecipazione assuma una struttura dialettica, trasformandosi in un autentico contraddittorio. Per approfondire il tema del rapporto tra procedimento e processo amministrativo, cfr. E. Fazzalari, *Procedimento [teoria generale]*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986; G. Sala, *Giusto procedimento e giusto processo*, in *Amministrare*, n. 2/2018; P. Lombardi, *Giusto procedimento e giusto processo tra ordinamento europeo e nazionale: "Il punto logico di partenza"*, 2018.

²³ Per uno studio in merito al canone di buona amministrazione, si vedano Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953; Resta, *L'onore di buona amministrazione*, in *Scritti in onore di Romano*, II, Padova, 1940, 103 e ss.; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 513; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, 86.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Pertanto, come sottolineato dal T.A.R. Lazio, l'Organismo di vigilanza avrebbe dovuto esaminare puntualmente le difese articolate dal consulente finanziario, unitamente ad una verifica concreta in ordine alla ricorrenza delle circostanze previste dall'art. 2, comma 6, del d.m. n. 472/1998²⁴.

Ed invero, l'attività amministrativa deve essere strutturata in modo da garantire che l'imposizione di limitazioni nei confronti dei cittadini avvenga soltanto all'esito di un percorso istruttorio completo, caratterizzato dall'acquisizione degli elementi necessari mediante gli organi pubblici competenti e, soprattutto, dalla possibilità per gli interessati di far valere le proprie ragioni.

Il procedimento amministrativo non costituisce una mera sequenza formale di atti, ma si presenta come una misura della dialettica tra autorità e libertà, assumendo una riconosciuta valenza costituzionale in quanto strumento di bilanciamento tra l'esercizio del potere pubblico e la tutela delle posizioni soggettive degli amministrati²⁵.

Il principio del contraddittorio si innesta proprio in questa dialettica tra presunzione legale e diritto di difesa. Invero, appare ragionevole ritenere che in mancanza di un

²⁴ La questione assume particolare rilevanza anche sul piano costituzionale e sovranazionale: l'art. 24 Cost. tutela il diritto di difesa in ogni sede; l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce il diritto a una buona amministrazione, che include appunto l'ascolto delle persone interessate prima dell'adozione di un provvedimento che le riguardi; l'art. 6 CEDU prescrive il principio del giusto processo, la cui operabilità è stata progressivamente estesa anche ai procedimenti amministrativi che incidono su diritti civili e professionali. In relazione al fondamento costituzionale del procedimento amministrativo, si veda L. Buffoni, *Il fondamento costituzionale del giusto procedimento amministrativo. Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in «Diritto Amministrativo», 2007, n. 1, 1 ss.. Secondo l'autore, il procedimento amministrativo non costituisce una mera sequenza formale di atti, ma rappresenta una misura della dialettica tra autorità e libertà, assumendo una valenza costituzionale in quanto strumento di bilanciamento tra l'esercizio del potere pubblico e la tutela delle posizioni soggettive degli amministrati. Si veda, inoltre, in relazione al binomio autorità/libertà intesa quale matrice del procedimento amministrativo, M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1960, 75.

In relazione al principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, si veda A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in DPCE online 2019/3, 4; nonché, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, 101 ss. .

Appare doveroso evidenziare che, già a partire dall'inizio degli anni '80 del Novecento, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha esteso l'applicazione dell'art. 6 anche ai procedimenti amministrativi attinenti a "civil rights and obligations". La Corte non specifica la qualificazione che l'ordinamento statale attribuisce all'organo chiamato a decidere, all'illecito o alla situazione giuridica in questione (se diritto soggettivo o interesse legittimo), ma qualora si tratti di un atto che preveda una sanzione sufficientemente grave o che "determini" un diritto o un obbligo di natura civile, questo deve essere adottato in esito ad una procedura che rispetti le garanzie previste dall'art. 6 CEDU. Si veda, per approfondimento, M. Allena, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in Giustamm.it, 10 novembre 2012; nonché *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in Journals UniUrb.it, 2018, 2, 25-45.

²⁵ Cfr. G. Mancazzo, *Il principio di partecipazione: dalla concezione Weberiana-unilaterale ad un nuovo modo di intendere il rapporto autorità/libertà*, in Riv. giur. Il diritto amministrativo, 09/2025.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

contraddittorio effettivo, la presunzione di inidoneità all'esercizio della professione di consulente finanziario rischierebbe di tradursi in una regola automatica di esclusione, in contrasto con i principi di proporzionalità, ragionevolezza e imparzialità dell'azione amministrativa.

Tuttavia, se da un lato il Legislatore ha riconosciuto espressamente all'interessato il diritto di partecipare al procedimento amministrativo di cancellazione, dall'altro, l'effettività delle garanzie difensive sembra dipendere in concreto dalla capacità dell'Organismo di vigilanza di assicurare una valutazione ponderata e ragionevole delle deduzioni presentate dal consulente. A tal fine, il provvedimento conclusivo deve essere sorretto da una motivazione idonea a rendere intellegibili le ragioni per le quali le argomentazioni dell'iscritto siano state eventualmente disattese.

4. La controversa natura dell'attività di cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari.

Le determinazioni alle quali è pervenuto il TAR Lazio nel caso esaminato pongono in rilievo anche le seguenti questioni giuridiche: la qualificazione del potere attribuito all'Organismo di vigilanza, in relazione alla tenuta dell'Albo unico dei consulenti finanziari, con particolare riferimento alla cancellazione del consulente dall'Albo nell'ipotesi di sussistenza della situazione impeditiva dell'aver svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento, l'individuazione della posizione giuridica soggettiva del consulente finanziario destinatario di un provvedimento di cancellazione dall'Albo, nonché il tema del conseguente riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

Alla luce della normativa che regola la tenuta dell'Albo unico dei consulenti finanziari, l'Organismo di vigilanza è tenuto ad effettuare molteplici attività, quali la verifica dei requisiti di iscrizione e di permanenza all'Albo, l'avvio dei procedimenti di cancellazione dall'Albo, nonché l'avvio dei procedimenti cautelari e sanzionatori nei confronti dei consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede. Il potere attribuito all'Organismo di vigilanza sembra assumere una consistenza differente, a seconda del tipo di attività svolta. La prima questione da esaminare riguarda, dunque, la natura del potere amministrativo riconosciuto a tale Organismo²⁶ per procedere all'iscrizione e alla cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari.

Come già evidenziato, il d.m. 472/1998 stabilisce in maniera puntuale e tassativa i

²⁶ L'Organismo di vigilanza è un ente con personalità giuridica e si configura come associazione, dotata di autonomia organizzativa e statutaria. A partire dal 2018, esso ha assunto progressivamente la titolarità dei poteri deliberativi concernenti la tenuta e la gestione dell'Albo unico dei consulenti finanziari, nonché le funzioni di vigilanza, cautelare e sanzionatoria in relazione a tutte le categorie di consulenti finanziari (abilitati all'offerta fuori sede, autonomi e società di consulenza finanziaria), in www.Consob.it.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

requisiti che il soggetto interessato debba possedere ai fini dell'iscrizione all'Albo. L'Organismo di vigilanza può emettere una delibera di iscrizione, soltanto dopo aver verificato, *ex art. 152 del Regolamento Consob*, la sussistenza di tutti i presupposti prescritti dal decreto ministeriale. Alla stregua di tale normativa, l'Ente vigilante sembra non godere di alcun potere discrezionale in merito all'adozione del provvedimento di iscrizione: infatti, appare evidente che quest'ultimo scaturisca da un mero riscontro in concreto di tutti gli elementi richiesti dal Legislatore. In altri termini, potremmo affermare che il Legislatore abbia stabilito *ex ante* tutti gli elementi da acquisire e da valutare nell'adozione della decisione amministrativa, riconoscendo all'autorità soltanto il potere di verificare i presupposti di esercizio dell'attività amministrativa.

Tale conclusione appare coerente con l'orientamento della giurisprudenza dominante²⁷, secondo la quale, in relazione alle ipotesi di iscrizione ad un Albo professionale, il potere attribuito all'Amministrazione si configura come vincolato: in tal caso, l'Ente ha esclusivamente l'onere di verificare che il soggetto interessato sia in possesso dei requisiti tassativamente prescritti dalla legge, non residuando alcuna discrezionalità dell'organo amministrativo in merito al provvedimento da adottare.

La dottrina²⁸ ha evidenziato che l'attività amministrativa vincolata si distingue da quella discrezionale pura proprio per l'assenza di una valutazione di opportunità della decisione amministrativa. Nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata, il giudizio di

²⁷ Si veda in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299; Cass., 14 ottobre 198, n. 5998; Cass., Sez. un., 2 maggio 1994, n. 4182, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 234; 23 dicembre 1991, n. 13866, in *Foro It.*, 1992, I, 691; 20 marzo 1991, n. 2994, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 827; *contra* anche Trib. Roma, 11 luglio 1994, in *Foro It.*, 1995, I, 660; Trib. Firenze, 21 gennaio 1994, *ivi*, 1994, I, 1584. In termini generali, si veda anche Cass., Sez. lav., 13 luglio 1995, n. 7683, in *Informazione prev.*, 1995, 1203; Tar Puglia, Sez. I, Bari, 24 ottobre 1995, n. 1052, in *Trib. Amm. Reg.*, 1995, I, 4973; Tar Piemonte, Sez. II, 12 marzo 1992, n. 60, *ivi*, 1992, I, 1891; Tar Piemonte, Sez. II, 25 gennaio 1991, n. 20, *ivi*, 1991, I, 931. Più recentemente, Corte di Appello di Milano, Sez. I civ., 25 novembre 2021, n. 28; Cass. civ., Sez. Un., 14 Marzo 2022, n. 8188 (ord); Cass. civ., Sez. Un., 4 Gennaio 2023, n. 146; Cass., Sez. un., 5 novembre 2024, n. 28474 (ord.).

²⁸ Appare opportuno evidenziare che la facoltà di scelta di cui gode l'amministrazione non è piena, ma vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico e dall'osservanza dei principi di logica e di imparzialità che guidano l'azione amministrativa. Ciò ha indotto una parte della dottrina a sostenere che sia "inesatto parlare di provvedimenti discrezionali e non discrezionali, giacché il provvedimento per sua stessa definizione di atto emanato nell'esercizio di una potestà, ha natura discrezionale". In tal senso, P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, IV Ed., 1972, 19. Inoltre, il vincolo dell'interesse pubblico non esclude che, attraverso l'emanazione del provvedimento amministrativo, possa essere soddisfatto anche un interesse privato, considerato dalla norma stessa compatibile con l'interesse pubblico. Così, Verbari, *Procedimenti amministrativi in tema di invenzioni, modelli e marchi*, Milano, 1969, 9. Per uno studio più approfondito in materia di discrezionalità amministrativa, si vedano M.S. Giannini, "Il potere discrezionale della pubblica amministrazione", Milano, 1939; V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Terza ed., 2021; A. Sandulli, in "Manuale di diritto amministrativo", Quinta ed., Napoli, 1959; Mortati, *Potere discrezionale*, in Nss. Dig. it., X, 76; *Discrezionalità*, in Nss. Dig. it., V, 1098; Tesauero, *La discrezionalità degli atti amministrativi: natura e limiti*, in Rass. dir. pubbl. 1946, II, 49; Virga, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa*, in Studi in on. di Scaduto, V, 163.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

bilanciamento degli interessi coinvolti risulta già effettuato a monte da parte della norma attributiva del potere amministrativo. Dunque, nel caso specifico della richiesta di iscrizione ad un Albo professionale, la determinazione dell'amministrazione rappresenterebbe soltanto la formalizzazione di una valutazione già sostanzialmente intervenuta.

Al contrario, la discrezionalità amministrativa è stata tradizionalmente definita come *"facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato"*²⁹. A differenza dell'attività amministrativa vincolata, nel caso di attività sorretta da discrezionalità amministrativa, la legge riconosce all'autorità taluni margini di apprezzamento in relazione ad alcuni aspetti della decisione da adottare³⁰. Oltretutto, Giannini ha specificato che l'Amministrazione, nell'esercizio del potere discrezionale, è tenuta a considerare, non soltanto l'interesse pubblico primario individuato dalla legge, ma anche gli interessi secondari. Pertanto, l'attività discrezionale, secondo l'autore, si configurerebbe come *"ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari"*³¹. La sede privilegiata in cui tale attività di bilanciamento si esplica è rappresentata dal procedimento amministrativo, disciplinato dalla L. 241/1990. Non è possibile, in questa sede, ripercorrere l'intero ed articolato dibattito sulla discrezionalità amministrativa: le coordinate ricostruttive sinteticamente richiamate sono finalizzate esclusivamente ad un inquadramento più chiaro del caso concreto.

Alla luce di quanto evidenziato, dunque, il potere dell'Organismo di vigilanza potrebbe considerarsi vincolato in tutti i casi in cui la normativa prevede i requisiti tassativi per l'iscrizione e la permanenza nell'Albo. In tali casi, infatti, l'Organismo dovrà, appunto, limitarsi alla verifica della sussistenza o meno dei requisiti previsti, senza alcun margine di apprezzamento soggettivo.

Una valutazione differente deve essere effettuata, invece, nell'ipotesi in cui l'Organismo di vigilanza debba procedere alla cancellazione del consulente finanziario dall'Albo. In

²⁹ Si veda, Caringella, Delpino, Del Giudice, *"Diritto amministrativo"*, Napoli, 2002, 537.

³⁰ La facoltà di scelta attribuita all'Amministrazione può riguardare diversi aspetti del suo operare: l'*an*, il *quando* ed il *quomodo*. Tuttavia, il limite invalicabile da rispettare è costituito dal soddisfacimento dell'interesse pubblico stabilito da parte del Legislatore. Infatti, come evidenziato, l'attività discrezionale della P.A. non è mai completamente libera, ma risulta pur sempre vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico ritenuto meritevole di tutela. Proprio per questo motivo, il margine di valutazione riconosciuto all'amministrazione è circoscritto nell'ambito dei comportamenti giuridicamente leciti, individuati dal Legislatore. Si veda, F. Caringella, *"Manuale di diritto amministrativo"*, Roma, 2020, 977. Taluni autori negano, tuttavia, che la scelta relativa all'*an* rientri nell'ambito della discrezionalità: Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 96; Galeotti, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, 50.

³¹ *"Gli interessi pubblici secondari sono gli altri interessi che concorrono nella regolazione di una determinata fattispecie"*, si veda M.S. Giannini, *"Il potere discrezionale della pubblica amministrazione"*, Milano, 1939, 72 e ss.; nonché V. Lopilato, *"Manuale di diritto amministrativo"*, cit. .



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

questo caso specifico, appare opportuno distinguere le ipotesi in cui la cancellazione sia obbligatoria per effetto di situazioni previste tassativamente dalla legge da quelle in cui sia richiesta, invece, una valutazione discrezionale dell'Ente vigilante.

Nel primo caso, l'Organismo di vigilanza non esercita alcun potere discrezionale, dovendo limitarsi ad accertare la presenza di una delle condizioni ostative stabilite dalla normativa. Dunque, la cancellazione si configura come un atto dovuto, conseguente alla verifica oggettiva della mancanza di un requisito essenziale per l'iscrizione. Ciò si verifica, ad esempio, nelle ipotesi in cui venga meno uno dei requisiti di onorabilità prescritti dall'art. 1 del d. m. 472/1998.

Diversamente, nei casi in cui l'Organismo di vigilanza debba valutare profili di inidoneità o condotte rilevanti ai fini della permanenza nell'Albo, ma non rigidamente predeterminate dalla legge, il potere amministrativo attribuito all'Ente non appare meramente vincolato. Ed invero, in tal caso, l'attività amministrativa implicherebbe una valutazione discrezionale. Questo avviene, ad esempio, allorquando l'ente deve decidere in merito alla cancellazione per gravi violazioni deontologiche o comportamenti contrari alla disciplina di settore, che potrebbero compromettere l'affidabilità del consulente finanziario³². In questi casi, l'Organismo di vigilanza non si limita a verificare il ricorrere di condizioni oggettivamente definite dalla normativa, ma opera una valutazione più complessa, che coinvolge criteri di opportunità e un giudizio di merito sull'idoneità del soggetto a continuare ad esercitare l'attività.

Appare opportuno domandarsi, a questo punto, se il provvedimento di cancellazione del consulente dall'Albo, nell'ipotesi in cui sussista la situazione impeditiva contestata nel caso di specie, sia espressione di un potere vincolato oppure discrezionale. Tale questione risulta, a tutt'oggi, oggetto di dibattito.

Ed invero, nella pronuncia esaminata, il TAR Lazio configura il potere di cancellazione esercitato dall'Organismo di vigilanza nel caso di specie come un'attività di natura discrezionale.

Il giudice amministrativo pone in evidenza che, ai sensi dell'art. 2 del d.m. 472/1998, l'Organismo di vigilanza, per decidere sull'eventuale cancellazione del consulente dall'albo, sia tenuto ad operare una valutazione in relazione alla estraneità dello stesso ai fatti che hanno determinato il fallimento dell'impresa. A tal fine, l'Ente vigilante deve considerare gli elementi trasmessi dal soggetto interessato, nonché le circostanze indicate dallo stesso art. 2, comma 6, del d.m. 472/1998. Dunque, all'Organismo di vigilanza è richiesto di compiere un'attività di tipo valutativo, fondata sull'analisi dei fatti acquisiti nel corso dell'istruttoria procedimentale e degli elementi normativi predeterminati dalla norma.

³² Trib. Milano, II Sez. pen., 8 novembre 2019, n. 13490; 7 aprile 2021, n. 10748.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tuttavia, il TAR Lazio evidenzia che tale valutazione non può essere effettuata dall'Organismo di vigilanza in maniera del tutto arbitraria: infatti, la discrezionalità dell'ente deve essere orientata nel suo esercizio dal contenuto precettivo dell'art. 2, comma 6, del d.m. 472/1998. Come già precisato, il giudizio di estraneità deve essere condotto alla luce degli elementi probatori trasmessi dal consulente finanziario, nonché alla stregua delle circostanze per cui non siano stati adottati nei confronti dell'interessato provvedimenti sanzionatori ai sensi della normativa del settore bancario, mobiliare o assicurativo, condanne con sentenza anche provvisoriamente esecutiva al risarcimento dei danni in esito all'esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi del codice civile e provvedimenti ai sensi del quarto comma dell'articolo 2409 del c.c., ovvero delibere di sostituzione da parte dell'organo competente.

L'Organismo di vigilanza, in altri termini, non opera una scelta discrezionale in senso stretto, ma è tenuto ad esprimere un giudizio tecnico fondato su parametri normativi e su elementi di fatto, quali la presenza di condanne o provvedimenti sanzionatori. Tale giudizio implica l'analisi di documenti, atti giudiziari e informazioni economico-finanziarie, al fine di accertare se il consulente abbia ricoperto un ruolo causale nella crisi dell'impresa. Dunque, nel caso in esame, la valutazione dell'estraneità del consulente finanziario ai fatti che hanno determinato il fallimento dell'impresa sembrerebbe riconducibile nell'ambito della discrezionalità tecnica.

Quest'ultima si colloca su un piano diverso rispetto alla discrezionalità amministrativa³³. L'espressione "discrezionalità tecnica", infatti, è utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti per indicare quell'attività amministrativa consistente nell'applicazione di regole tecniche o scientifiche per l'accertamento dei presupposti di fatto necessari per l'adozione di un provvedimento amministrativo³⁴.

³³ Il concetto di discrezionalità amministrativa presuppone la sussistenza di uno spazio valutativo, finalizzato all'individuazione del modo migliore per soddisfare l'interesse pubblico. In particolare, a partire da Giannini, si è ritenuto che la discrezionalità amministrativa sia costituita da due elementi: il primo è rappresentato dal giudizio, che corrisponde al momento in cui l'Amministrazione individua gli interessi in gioco attraverso un'istruttoria condotta secondo i principi sanciti dalla L. 241/1990. Il secondo elemento coincide con la scelta, attraverso la quale, alla stregua delle risultanze dell'attività istruttoria esperita, l'amministrazione esprime la propria volontà all'esterno. Tale decisione deve rappresentare quella più opportuna per il perseguimento dell'interesse pubblico. Si vedano in tal senso, M.S. Giannini, *"Il potere discrezionale della pubblica amministrazione"*, cit., 72 e ss.; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 54 e 56.; C. Mortati, *"Norme giuridiche e merito amministrativo"*, in Stato e diritto, 1941, 136.

³⁴ Occorre affermare che le ricostruzioni moderne del concetto di discrezionalità nella sua accezione generale muovono in sostanza dal pensiero di Giannini, il quale è stato il primo giurista a proporre una distinzione concettuale tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. Prima di quel momento, infatti, la discrezionalità tecnica era assimilata al concetto di discrezionalità amministrativa. L'autore ritenne, invece, che, mentre nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, l'amministrazione è chiamata a compiere un vero e proprio bilanciamento degli interessi in gioco, diversamente, nell'esercizio della discrezionalità tecnica, la Pubblica Amministrazione si limita all'applicazione di regole di tipo



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In altri termini, mentre la discrezionalità amministrativa si fonda su un bilanciamento di interessi pubblici e privati, la discrezionalità tecnica attiene all'esercizio di un'attività valutativa di tipo specialistico, che richiede l'impiego di conoscenze scientifiche o tecniche proprie di discipline non giuridiche³⁵.

Tale discrezionalità è caratterizzata, in particolare, da un primo momento valutativo, fondato su regole scientifiche, a cui fa seguito il momento della scelta. Quest'ultima, di regola, non si presenta libera, ma predeterminata dalla legge in conseguenza delle risultanze della valutazione iniziale. Più precisamente, dopo avere proceduto alle valutazioni tecniche, la legge prevede che l'amministrazione assuma un determinato provvedimento amministrativo³⁶. In tal senso, l'Amministrazione non effettua una

tecnico-professionale. In particolare, Giannini ha affermato che *"si potrebbe osservare che tale discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale, e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l'errore potrebbe anche essere corretto. Gli è però che l'allocuzione è ormai entrata nell'uso comune, e anzi chi la impiega, di solito, sa bene che essa è totalmente diversa dalla discrezionalità pura o amministrativa"*. In realtà, ancora prima di Giannini, la distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica era stata introdotta da Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in Giur. it., 1910, 16, il quale ha inteso la discrezionalità tecnica come un giudizio opinabile avente ad oggetto la misura e l'intensità con cui un determinato attributo si presenta in un fatto. Si veda, a tal riguardo, Giannini, *"Diritto amministrativo"*, cit., 486; si veda, per maggiore approfondimento del tema, P. Del Prete, *La discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari, 1941; E. Guicciardi, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in Giur. it., 1959; M. D'Alberty, *"Prefazione"*, in A. Moliterni (a cura di), *"Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice"*, Napoli, 2021; F. Liguori, *"La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»"*, in Nomos, 1-2022; L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, 75; A. Sandulli, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in Rass. dir. pubbl., 1958, I, 12, secondo cui nei casi in cui l'azione amministrativa sia strettamente vincolata all'accertamento tecnico, viene meno ogni spazio per un giudizio discrezionale. Orsi Battaglini, in merito alla discrezionalità tecnica, evidenzia in particolare che *"il vero nucleo discriminante all'interno delle fattispecie abitualmente ricondotte a tale nozione stia nella sussistenza o meno di una riserva di valutazione tecnica a favore della pubblica amministrazione: in caso negativo si avrebbe una sostanziale equiparazione all'attività vincolata, in caso positivo si avrebbe quanto meno un notevole avvicinamento all'attività discrezionale pura"*. Così in A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in Dig. disc. pubbl., II, Torino, 1987, 72 e ss. . In tal senso, si veda anche C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

³⁵ La nozione di discrezionalità tecnica deve essere distinta dal cd. accertamento tecnico: quest'ultimo si verifica, infatti, allorché la valutazione di fatto che l'amministrazione è chiamata a svolgere si fonda non già su criteri mutuati da scienze inesatte, bensì secondo le regole delle scienze esatte. In tal caso, mancherebbe qualsiasi profilo di opinabilità della valutazione posta in essere dall'Amministrazione.

³⁶ Si vedano, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 agosto 2010, 2234 e Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2025, n. 1988. Per maggiore completezza, appare opportuno specificare che, in taluni casi, la discrezionalità tecnica si presenta in una forma "mista", ossia combinando le caratteristiche della discrezionalità tecnica a quelle della discrezionalità amministrativa. In particolare, ciò si verifica nel caso in cui vi sia una norma che attribuisce alla Pubblica amministrazione di adottare il provvedimento che ritenga più opportuno alla luce delle valutazioni tecnico-scientifiche effettuate. In altre parole, questo tipo di discrezionalità è composta da due momenti ontologicamente diversi e cronologicamente distinti: un momento valutativo, quindi di discrezionalità tecnica, ed uno decisorio, quindi di discrezionalità amministrativa. Si veda, inoltre, il contributo di R. Villata, *"L'atto amministrativo"*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, 1401.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

valutazione di opportunità della decisione, in quanto il giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco già è stato effettuato a monte da parte del Legislatore.

Nel caso di specie, l'art. 2 del d.m. 472/1998 non sembra riconoscere all'Organismo di vigilanza un margine di scelta sul provvedimento da adottare, una volta acquisiti gli esiti dell'attività tecnico-discrezionale. Infatti, qualora l'Ente non ritenga provata l'estraneità del consulente ai fatti che hanno determinato il fallimento, ne consegue per esso l'obbligo di emettere una delibera di cancellazione dall'Albo. Non è normativamente prevista la possibilità di scegliere tra più opzioni, tutte astrattamente idonee a soddisfare l'interesse pubblico.

Infine, la dottrina ha osservato che il Legislatore, nei casi in cui abbia voluto conferire all'Amministrazione un'attività discrezionale tecnica, ciò può essere desunto altresì dall'utilizzo di una tecnica legislativa particolare, consistente nell'impiego dei cc.dd. concetti giuridici indeterminati. Attraverso tale locuzione, si vuole fare riferimento a nozioni non predeterminate a livello normativo, le quali per essere applicate necessitano di ricorrere alle scienze non esatte di cui fanno parte³⁷.

A questo punto, ci si potrebbe chiedere se il concetto di estraneità enucleato dall'art. 2 del d. m. 472/1998 possa essere inteso come un concetto giuridico indeterminato. A tal riguardo, il TAR Lazio evidenzia che i criteri in base ai quali la valutazione di estraneità deve essere effettuata non costituiscono un elenco esaustivo. Tali elementi svolgono soltanto la funzione di "orientare" la discrezionalità dell'Organismo di vigilanza nella propria attività di valutazione. Dunque, per definire il concetto di estraneità appare necessario ricorrere a valutazioni di tipo tecnico-specialistico.

Le argomentazioni del TAR Lazio non risultano condivise dalla giurisprudenza civile³⁸, la quale si pone su una linea di pensiero contrapposta rispetto a quella assunta dal Tribunale amministrativo nel caso di specie.

In particolare, la Corte di Appello di Milano, decidendo in merito ad una controversia, sovrapponibile dal punto di vista fattuale a quella analizzata, è giunta alla conclusione per cui l'attività amministrativa di verifica della sussistenza di una situazione impeditiva di cui all'art. 2 del d.m. 472/1998 non lasci margini di discrezionalità all'Organismo di vigilanza. A quest'ultimo non sarebbe riconosciuto alcun profilo di valutazione.

Più precisamente, secondo la più recente giurisprudenza civile, appare pacifico che il

³⁷A tal riguardo, si veda la ricostruzione offerta da D. De Pretis in *"Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica"*, Padova, 1995, 96 e ss. . L'autrice analizza la dottrina tedesca dei concetti giuridici indeterminati, ponendo in evidenza che il concetto giuridico indeterminato riguarda un aspetto dell'azione amministrativa non regolato compiutamente dalla legge e che comporta un apprezzamento opinabile dell'Amministrazione.

³⁸ Si veda, Cass., Sez. I, 7 agosto 2024, n. 22286; Corte di Appello di Milano, Sez. I, 25 novembre 2021, n.28; Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2001, n.14; 5 settembre 1989, n. 3844; 13 aprile 1994, n. 3466; 9 febbraio 1993, n. 1613.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

provvedimento di cancellazione dall'Albo, adottato in tali circostanze dall'Organismo di vigilanza, non costituisca espressione di discrezionalità tecnica, bensì il risultato di un'attività amministrativa vincolata. Ciò in quanto l'Organismo di vigilanza, nell'esaminare la posizione del consulente finanziario, non opera un'attività valutativa autonoma, ma si limita ad applicare criteri normativi predeterminati. Conseguentemente, alla luce di tale impostazione, la Corte di appello di Milano riconosce la propria giurisdizione in materia di cancellazione dall'Albo per l'esistenza della situazione impeditiva dell'aver svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento, trattandosi di una questione di diritti soggettivi e non di interessi legittimi. A sostegno della propria tesi, la Corte di Appello evidenzia l'orientamento consolidato del giudice di legittimità in merito alla fattispecie dell'iscrizione e della cancellazione dagli Albi professionali. Infatti, la Corte di Cassazione, in diverse occasioni, ha affermato che *“la pretesa dell'iscrizione- nella sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge - si configura come posizione di diritto soggettivo, in quanto l'iscrizione stessa non implica valutazioni discrezionali ma solo il riscontro formale di presupposti determinati dalla legge. Ne consegue che anche quando, a fronte di un provvedimento di cancellazione (espressione di un potere privo di carattere di discrezionalità) il privato assuma di non aver perduto i requisiti per l'iscrizione nel ruolo, competente a provvedere sulla domanda, rivolta a tutelare quella posizione, è il giudice ordinario”*³⁹.

La divergenza interpretativa tra le due giurisdizioni dimostra come il tema della qualificazione del potere amministrativo dell'Organismo di vigilanza, in relazione alla fattispecie esaminata, sia tuttora controverso e meritevole di ulteriore approfondimento dottrinale e giurisprudenziale.

5. La posizione giuridica del consulente finanziario

La pronuncia del TAR Lazio offre l'occasione di analizzare altresì la questione della natura della posizione giuridica del consulente finanziario, a fronte di un provvedimento di cancellazione dall'Albo emesso dall'Organismo di vigilanza.

Infatti, come già evidenziato nel precedente paragrafo, appare evidente che non sia possibile definire in maniera incontrovertibile la consistenza della posizione giuridica soggettiva del privato, destinatario del provvedimento amministrativo di cancellazione. Ciò in quanto sembra sussistere sul tema una contrapposizione di pensiero tra la giurisprudenza civile e quella amministrativa.

Ed invero, la più recente giurisprudenza civile⁴⁰ ha riconosciuto al consulente finanziario

³⁹ Cass., Sez.Un., sentenza 23 gennaio 2001, n. 14.

⁴⁰ Si veda, Corte di Appello, Milano, Sez. I civ., 25 novembre 2021, n. 28. Appare opportuno precisare, per completezza, che tale pronuncia è stata impugnata con ricorso per cassazione. Il giudice nomofilattico,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

una posizione giuridica di diritto soggettivo, desumendo tale conclusione dalla natura vincolata dell'attività espletata dall'Organismo di vigilanza in caso di cancellazione dall'Albo.

La giurisprudenza civile, storicamente, sostiene che allorquando l'Amministrazione sia titolare di un potere amministrativo vincolato, la posizione soggettiva del privato, sulla quale incide l'attività della stessa Amministrazione, assumerebbe consistenza di diritto soggettivo⁴¹. Quest'ultimo è inteso dalla dottrina più autorevole come una situazione giuridica soggettiva attiva, meritevole di tutela diretta ed immediata da parte dell'ordinamento giuridico per la realizzazione di un interesse⁴².

Al contrario, laddove l'Amministrazione disponga di un margine di discrezionalità nella

investito della questione, ha disposto un rinvio della trattazione della causa in pubblica udienza, essendo *"le questioni in contestazione meritevoli di approfondimento e di particolare rilevanza, atteso, peraltro, che non constano precedenti specifici di questa Corte in tema di cancellazione del consulente finanziario dall'Albo Unico dei consulenti finanziari disposta dall'OCF"*. Si veda, Cass. Civ., Sez. I, 7 agosto 2024, n. 22286.

⁴¹ Questa tesi è stata sostenuta, in particolare, in relazione alla verifica dei presupposti per la concessione delle sovvenzioni pubbliche. A tal riguardo, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 7 giugno 2019, n. 7446; Cass., Sez. Un., 4 Gennaio 2023, n. 146. In generale, dall'esame di tali pronunce emerge che quando alla Pubblica Amministrazione è demandato solo il compito di verificare l'effettiva esistenza dei presupposti per la concessione del finanziamento pubblico, senza alcuno spazio discrezionale, il privato risulta titolare di una posizione di diritto soggettivo, con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario.

A tal riguardo, si vedano anche le seguenti pronunce: Cass., Sez. Un., 8 Febbraio 2022, n. 3935; 29 settembre 2022, n. 28429; 4 Gennaio 2023, n. 146. In particolare, in tale ultimo caso, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno ribadito che *"appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l'adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all'esercizio di poteri di natura discrezionale"*. Il giudice nomofilattico specifica che *"la norma è attributiva del potere quando conferisce all'autorità amministrativa la potestà di scelta discrezionale in ordine alla disposizione degli interessi e alla fissazione del precetto giuridico"*. Se invece il diritto sostanziale è stato fissato dalla legge con la preventiva definizione della gerarchia degli interessi, il rapporto giuridico che viene così instaurato attiene a diritti soggettivi".

Ancora, per maggiore approfondimento, si vedano: Cass., Sez. Un., 4 Gennaio 2023, n. 146; Cass., Sez. Un., 5 novembre 2024, n. 28474. Quest'ultima pronuncia è stata emanata con riferimento all'esercizio della professione sanitaria da parte del personale che non ha adempiuto all'obbligo vaccinale, introdotto durante l'emergenza per il Covid-19. In tale occasione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che la tutela azionata ha ad oggetto un diritto soggettivo - di continuare ad esercitare la professione sanitaria, nonostante non fosse stato effettuato il vaccino anti Covid-19 - nei cui confronti la Pubblica Amministrazione non risulta titolare di alcun potere discrezionale, venendo in rilievo soltanto limiti e condizioni di previsione legislativa.

⁴² Si veda, a tal riguardo, G. Alpa, *"Manuale di diritto privato"*, Padova, 2011, 139; per approfondimento, Torrente, Schlesinger, *"Manuale di diritto privato"*, XXIV ed., 2019, il quale ha concepito il diritto soggettivo come il potere di agire per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'ordinamento giuridico. Dunque, è possibile ritenere che il diritto soggettivo sia diretto alla protezione dell'interesse individuale e, a tal fine, è finalizzato a garantire al titolare un potere esclusivo, da far valere *erga omnes*, sull'oggetto del diritto stesso.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Pace

valutazione dei presupposti per l'adozione del provvedimento, si ritiene che il privato possa vantare un interesse legittimo⁴³ ad ottenere una decisione conforme ai principi di legalità, correttezza e ragionevolezza, così da soddisfare l'interesse del privato al bene.

La giurisprudenza amministrativa si è progressivamente discostata dalla tesi appena esposta, ritenendo che “ *la distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si ricollega*”⁴⁴.

Più precisamente, l'indirizzo maggioritario ha rilevato che non possa essere accolta, senza critiche, la tesi che propone il binomio attività vincolata - diritto soggettivo ed attività discrezionale - interesse legittimo. Ciò in quanto, talvolta, anche la stessa attività amministrativa vincolata appare finalizzata dalla legge alla tutela dell'interesse pubblico. In tal caso, la posizione del privato assumerebbe, dunque, la natura di interesse legittimo, con conseguente incardinazione della giurisdizione dinanzi al giudice amministrativo⁴⁵. La distinzione tra attività vincolata ed attività discrezionale⁴⁶ si identifica con uno dei primi criteri utilizzati dalla giurisprudenza per determinare, in concreto, la natura della posizione giuridica soggettiva del privato.

Infatti, non risultando sempre agevole stabilire una linea di demarcazione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, nel corso del tempo, è sorta la necessità di elaborare criteri interpretativi sussidiari, ai quali fare ricorso per meglio orientare l'interprete nella

⁴³Più precisamente, esso viene definito dalla dottrina più autorevole come «*la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene*», M. Nigro, “Giustizia amministrativa”, 1976, 112. Per approfondimento, si veda anche M. Nigro, “*Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi e nuovi spunti di riflessione*”, in Foro it., 1987, V, 482.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 5 Luglio 1999, n. 18; cfr. L. Carbone, “*Segnalazioni - Consiglio di Stato - Interessi legittimi e professione di psicologo*”, in Il Corriere Giuridico, 1999, 1091.

⁴⁵ Tale ricostruzione, secondo la giurisprudenza, troverebbe ulteriore conferma dal punto di vista normativo nella previsione di cui all'art. 21 octies, comma 2, della L. 241/1990, la quale, nel limitare l'annullabilità del provvedimento amministrativo vincolato, riconoscerebbe in maniera implicita la giurisdizione del giudice amministrativo. Si veda, Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371.

⁴⁶ Si tratta del cosiddetto “criterio dell'attività”, in base al quale occorre verificare se l'azione amministrativa si configuri come un'attività autoritativa e discrezionale oppure se abbia natura vincolata e accertativa. Dunque, in tal caso, la natura della posizione giuridica del privato è desunta dal tipo di potere esercitato dall'Amministrazione. Più precisamente, è stato ritenuto che in presenza di atti amministrativi discrezionali, la giurisdizione appartarrebbe al giudice amministrativo, mentre nel caso di atti vincolati, che incidono direttamente su diritti soggettivi, la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario. Come abbiamo già evidenziato, questa tesi non è stata esente da critiche: si è osservato che la dicotomia attività vincolata – attività discrezionale non sarebbe decisiva ai fini del riparto di giurisdizione (ma rilevante, invece, rispetto alla questione della pregnanza del sindacato del giudice amministrativo), perché all'esercizio di attività vincolata non corrisponde, sempre e comunque, una posizione di diritto soggettivo. Si rileva, infatti, che si è dinanzi a un diritto solo se il potere vincolato è attribuito ed esercitato dalla P.A. nel perseguimento, in via prioritaria, di un interesse privato. Viceversa, laddove la P.A. miri a realizzare l'interesse pubblico, la posizione del privato non potrà che essere protetta in via mediata, assumendo dunque la consistenza di interesse legittimo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Pace

valutazione della natura della situazione giuridica soggettiva lesa dall'azione della Pubblica Amministrazione.

Oltre al criterio fondato sulla natura del potere esercitato dall'Amministrazione, giova menzionare anche il criterio della "norma violata", basato sulla distinzione tra norma di azione e norma di relazione⁴⁷, nonché il criterio degli atti⁴⁸ e quello del binomio cattivo uso - assenza di potere⁴⁹. Quest'ultimo rappresenta il criterio dominante nell'ambito del panorama giurisprudenziale e dottrinale⁵⁰.

Dunque, alla luce di questa breve disamina, appare evidente la difficoltà di individuare, in maniera univoca, la consistenza della posizione giuridica assunta dal consulente finanziario, destinatario di un provvedimento di cancellazione dall'Albo, non essendoci, sul punto, un orientamento uniforme in seno alla giurisprudenza. Conseguentemente, l'interesse leso dall'attività di cancellazione dell'Organismo di vigilanza assumerà una configurazione giuridica differente anche a seconda dell'eventuale criterio ermeneutico prescelto da parte dell'interprete.

Nella fattispecie, il TAR Lazio sembra assumere una chiave di lettura differente rispetto a quella della giurisprudenza civile: in primo luogo, come già evidenziato in precedenza, il giudice amministrativo attribuisce natura discrezionale al potere esercitato

⁴⁷ Si tratta del criterio elaborato da Guicciardi. Secondo l'autore, la cd. norma di azione disciplina il potere attribuito all'Amministrazione dalla legge; mentre, la norma di relazione è relativa al rapporto paritetico dell'Amministrazione con il privato. Pertanto, in caso di violazione di una norma di azione, la posizione soggettiva incisa si identifica con l'interesse legittimo del privato; viceversa, qualora ad essere violata sia una norma di relazione, verrebbe lesa una posizione di diritto soggettivo.

Per un maggiore approfondimento, si veda E. Guicciardi, *"Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo"*, in Giur. it., C III, III, 66-77; *"Norme di relazione e norme di azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)"*, in Dir. soc., 1974, 378; F. Patroni Griffi, *"Francesco Volpe, Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa"*, in Riv. Trim. dir. pubbl., Padova, 2006, vol. 56, 4, 1130-1134.

⁴⁸ Tale criterio distingue tra atti di imperio, ai quali si contrappone un interesse legittimo, ed atti di gestione, cui si contrappone un diritto soggettivo.

⁴⁹ La prima formulazione di tale criterio si ebbe con la sentenza Ferrari (Cass., Sez.Un., 4 luglio 1949, n. 1657). Il Giudice di legittimità affermò che *"la discriminazione fra la competenza giudiziaria ordinaria e quella del giudice amministrativo si precisa così: se il cittadino nega che potere siffatto ("potere discrezionale di disporre [...] di quel diritto") sia conferito all'autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale controversia spetta all'autorità giudiziale, perchè si tratta di accertare se il diritto subiettivo sia tale anche di fronte alla P.A. . Se invece la controversia abbia per suo oggetto l'esercizio, che si pretende scorretto, del potere conferito, sotto l'aspetto della competenza, della forma o del contenuto [...] la competenza a conoscere è del G.A."*.

Questo criterio si fonda sull'assunto della degradazione (o affievolimento) dei diritti soggettivi ad interessi legittimi in conseguenza dell'emanazione dell'atto amministrativo, sebbene illegittimo. Il provvedimento amministrativo, infatti, avrebbe il potere di degradare la posizione del privato, nonostante l'uso scorretto del potere amministrativo conferito dalla legge. Se invece è contestata la stessa esistenza del potere amministrativo, l'effetto degradatorio del diritto in interesse legittimo non si verificherebbe.

⁵⁰ Si veda al riguardo, Cons. Stato, sezione IV, 18 febbraio 2025, n. 1351; Cass. civ., Sez. Un., 9 agosto 2024 n. 22569 (ord.).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dall'Organismo di vigilanza nell'ambito del procedimento di cancellazione dall'Albo, per sussistenza della situazione impeditiva prevista dall'art. 2, comma 1, lett. a) del d.m. 11 novembre 1998, n. 472.

In secondo luogo, è posta in evidenza la necessità che la discrezionalità tecnica dell'Organismo di vigilanza sia esercitata correttamente, tenendo in considerazione le circostanze di cui all'art. 2, comma 6, del d.m. 472/1998. Ciò affinché possa essere tutelato l'interesse legittimo del privato ad ottenere una decisione conforme ai principi del procedimento amministrativo.

5.1. Il riparto di giurisdizione

Le questioni in merito alla natura del potere attribuito all'Organismo di vigilanza, nonché alla determinazione della posizione giuridica soggettiva assunta dal consulente finanziario nell'ipotesi specifica di emanazione di un provvedimento di cancellazione dall'Albo per ritenuta sussistenza della situazione impeditiva di cui all'art. 2, comma 2 del d.m. 472/1998, si ripercuotono inevitabilmente anche sul piano del riparto di giurisdizione.

Infatti, il criterio cardine per stabilire individuare il giudice competente è quello fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva del privato, alla stregua della tradizionale dicotomia tra diritto soggettivo ed interesse legittimo⁵¹.

Alla luce di tale criterio, qualora l'attività della Pubblica Amministrazione incida su una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione deve essere attribuita al giudice ordinario; mentre, nel caso in cui la lesione prodotta dall'agere amministrativo riguardi una

⁵¹ Si tratta del criterio cd. *della causa petendi* o del *petitum sostanziale*, secondo cui la giurisdizione deve essere incardinata alla stregua della natura della posizione giuridica dedotta in giudizio, diritto soggettivo o interesse legittimo. Si veda, al riguardo, Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1139, secondo cui *"la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione."* Cass. civ., Sez. Un., 5 dicembre 2019, n. 31757; 23 aprile 2020, n. 8097. Questo criterio è stato recepito dalla Costituzione all'art. 113: la norma, infatti, distingue la tutela giurisdizionale avverso gli atti della Pubblica amministrazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo a seconda che si faccia questione, rispettivamente, di diritti soggettivi ed interessi legittimi. Si veda in tema di riparto di giurisdizione, Tar per la Sicilia, Catania, sezione V, 27 febbraio 2025, n. 737, secondo cui *"se la pretesa si fonda (non sul contratto, ma) sulla legge che preveda l'obbligo di inserimento della clausola revisionale negli atti di gara, a cui non si è conformata la stazione appaltante (prima nell'elaborazione della lex specialis e, a valle, nel contratto), la posizione giuridica che assume rilievo in capo all'operatore economico è quella di interesse legittimo alla corretta applicazione della normativa pubblicistica della revisione prezzi da parte dell'amministrazione e, pertanto, la giurisdizione è quella esclusiva del giudice amministrativo"*. Per una ricostruzione teorica in merito al rapporto tra situazioni giuridiche soggettive, attività amministrativa vincolata e giurisdizione, si veda E. Capaccioli, *Considerazioni generali sulla nuova disciplina del commercio*, Atti del XVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1975, 229 e ss. .



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

posizione di interesse legittimo, la giurisdizione deve essere riconosciuta al giudice amministrativo⁵².

Come già evidenziato, le difficoltà riscontrate in concreto dagli interpreti nel delineare esattamente i confini tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo hanno condotto all'elaborazione di una serie di criteri ermeneutici⁵³, utili al fine di individuare la natura della situazione giuridica soggettiva vantata dal privato cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Nel caso specifico della cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari per la ritenuta sussistenza della situazione impeditiva prevista dall'art. 2, comma 2, del d.m. 472/1998, la giurisprudenza ha manifestato un orientamento non univoco. Le contrapposte tesi sostenute dalla giurisprudenza civile ed amministrativa, in merito alla natura della posizione soggettiva del consulente finanziario cancellato dall'Albo, non possono che condurre ad esiti differenti in tema di riparto di giurisdizione.

La giurisprudenza civile, infatti, considerando l'attività dell'Organismo di vigilanza come espressione di un potere amministrativo vincolato, riconosce al consulente finanziario cancellato dall'Albo una posizione di diritto soggettivo, con conseguente devoluzione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario, il quale garantirebbe una tutela diretta ed immediata del diritto leso.

Diversamente, la giurisprudenza amministrativa, che ravvisa nell'attività dell'Organismo di vigilanza profili di valutazione discrezionale, seppur orientata, nella fase di apprezzamento della prova contraria offerta dal consulente per dimostrare la propria estraneità ai fatti che hanno determinato la crisi dell'impresa, qualifica la posizione del consulente come interesse legittimo, tutelabile attraverso il sindacato del giudice amministrativo. La cancellazione dall'Albo non si configura come un atto meramente vincolato, bensì espressione di un potere che deve essere esercitato nel rispetto dei principi di legalità, ragionevolezza e proporzionalità. Di conseguenza, il sindacato sulla legittimità dell'operato dell'Organismo di vigilanza spetterebbe al giudice

⁵² Il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo, conosce, infatti, le controversie nelle quali vengono in rilievo diritti soggettivi soltanto nelle particolari materie devolute dalla legge stessa alla sua giurisdizione esclusiva. A tal riguardo, appare interessante riportare il pensiero del Consiglio di Stato, il quale ha chiarito che, anche nel caso in cui la controversia riguardi diritti soggettivi, è necessario che sia accertato l'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione. In caso contrario, la giurisdizione deve essere incardinata dinanzi al giudice ordinario. In altri termini, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il giudice amministrativo possa essere adito soltanto qualora la lesione del diritto soggettivo sia scaturita dall'adozione di un atto o comportamento, riconducibile all'esercizio del potere amministrativo, anche in via mediata. Si veda, in tal senso, in particolare, Cons. St., Ad.Plen., 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. St., IV Sez., 3 agosto 2023, sent. n. 7503.

⁵³ Tali regole di distinzione sono state sinteticamente analizzate nel precedente paragrafo: si tratta, infatti, di valutare la posizione giuridica del privato alla stregua di criteri quali, ad esempio, il "tipo di attività" esercitata dall'Amministrazione, il "tipo di norma" (di azione o di relazione) che viene in rilievo nel singolo caso di specie oppure in base "all'assenza o al cattivo uso" del potere amministrativo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

amministrativo.

Il contrasto giurisprudenziale così delineato non ha soltanto un rilievo teorico, ma pone una questione pratica di estrema rilevanza, in quanto incide in modo determinante sull'individuazione del giudice competente e, di conseguenza, sulla forma di tutela esperibile da parte del consulente finanziario in caso di cancellazione dall'Albo per la situazione impeditiva di cui all'art. 2, comma 2, del d.m. 472/1998.

Tale contrasto risulta esemplificativo delle criticità che ancora persistono nel delineare una teoria unitaria del riparto di giurisdizione nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, in particolar modo, nell'ambito di settori sottoposti alla vigilanza di Autorità indipendenti o di Organismi tecnici, dove il confine tra attività discrezionale e vincolata si presenta spesso incerto.

6. Conclusioni

In definitiva, in tema di cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari, il TAR Lazio statuisce che la situazione impeditiva dell'aver svolto funzioni di amministrazione in imprese sottoposte a fallimento non possa operare automaticamente come causa di cancellazione, in quanto l'interessato può dimostrare la propria estraneità ai fatti che hanno determinato la crisi dell'impresa. A tal riguardo, l'Organismo di vigilanza è tenuto a valutare l'estraneità del consulente finanziario, tenendo conto, non soltanto degli elementi trasmessi dall'interessato, ma altresì dell'assenza di provvedimenti sanzionatori, condanne al risarcimento danni o altri provvedimenti da cui desumere la responsabilità soggettiva dell'amministratore.

La sentenza pronunciata dal TAR Lazio rappresenta un'occasione preziosa per riflettere su questioni giuridiche di particolare rilievo ed attualità, quali le garanzie difensive riconosciute al professionista finanziario nell'ambito del procedimento di cancellazione; la natura del potere esercitato dall'Organismo di vigilanza nel procedimento di cancellazione dall'Albo unico dei consulenti finanziari, nonché la conseguente qualificazione giuridica soggettiva del consulente finanziario destinatario del provvedimento di cancellazione.

L'analisi condotta ha posto in evidenza l'assenza di un orientamento univoco dal punto di vista giurisprudenziale. Da un lato, si pone la giurisprudenza amministrativa, che configurando il potere dell'Organismo di vigilanza in termini di discrezionalità, seppur orientata da parametri normativi, riconosce una posizione di interesse legittimo in capo al consulente; dall'altro lato, la giurisprudenza civile che ha sottolineato la natura vincolata dell'attività amministrativa di cancellazione dall'Albo, configurando la posizione del soggetto iscritto in termini di diritto soggettivo.

Tale contrasto interpretativo incide inevitabilmente sulla questione pratica del riparto di giurisdizione, condizionando, di conseguenza, la scelta del giudice competente a



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

conoscere della controversia e, dunque, la forma di tutela esperibile dal consulente finanziario.

Alla luce di quanto evidenziato, risulta auspicabile un futuro intervento chiarificatore, a garanzia della certezza del diritto e di un'adeguata tutela delle posizioni giuridiche coinvolte.