

BREVE NOTA SULLE MODIFICHE NECESSARIE PER UNIFORMARE IL REGOLAMENTO SANZIONATORIO DELLA BANCA D'ITALIA E DELLA CONSOB ALLE *BEST PRACTISES* INTERNAZIONALI E PER RENDERE EFFICIENTE IL PROCESSO DI OPPOSIZIONE ALLE SANZIONI

Prof. Avv. Andrea Pisaneschi – Avv. Paolo Luccarelli

Sommario: 1. Le ragioni di una modifica. 2. Il regolamento sanzionatorio della Banca d'Italia e della Consob e le modifiche prospettate. 3. I limiti del processo di opposizione alle sanzioni. 4. Trasferire la giurisdizione al giudice amministrativo

1. Le ragioni di una modifica

Le ultime modifiche al regolamento sanzionatorio della Banca d'Italia e della Consob risalgono all'anno 2015. Si tratta di un arco di tempo sufficientemente lungo per misurare l'efficienza dei regolamenti nel tutelare sia l'efficacia dell'azione amministrativa sia la tutela dei diritti del sanzionando.

Anche il giudizio di opposizione alle sanzioni – riportato al giudice ordinario tra il 2012 e 2014 in conseguenza di due decisioni della Corte costituzionale, e poi modificato legislativamente nel 2015 - si presta ad una analisi in termini di efficienza e di tutela dei diritti.

In estrema sintesi sono emersi i seguenti problemi generali:

- a) **RISPETTO AL PROCEDIMENTO:** scarsa efficienza delle procedure amministrative per la tutela del contraddittorio in considerazione della natura sostanzialmente penale di queste sanzioni secondo i criteri Engel della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (poi Corte EDU) e della Corte di Giustizia; impossibilità di esercitare una attività istruttoria in funzione di una corretta ricostruzione di fatti complessi; scarsa indipendenza dell'organo decidente rispetto all'organo che svolge la istruttoria; contraddittorio prevalentemente documentale e privo di oralità.
- b) **RISPETTO AL PROCESSO:** tendenza del giudice all' "appiattimento" sul fatto come ricostruito dall'amministrazione; irrilevanza dei vizi tipici dell'atto amministrativo; non considerazione dei principi sovranazionali in tema di "sanzioni sostanzialmente afflittive" e quindi rilevanti divergenze giurisprudenziali tra Corte di Cassazione, Corte EDU e Corte di Giustizia; rilevanti divergenze giurisprudenziali in tema di sanzioni tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa con conseguente incertezza del diritto e diversità di trattamento del sanzionato a seconda –a parità di situazione- della giurisdizione alla quale si è sottoposti.

2. Le norme del regolamento sanzionatorio Consob e Banca d'Italia e le modifiche prospettate

Le norme del regolamento della Banca d'Italia e della Consob introdotte nel 2015 costituiscono un evidente passo in avanti rispetto ai precedenti regolamenti delle due autorità.

È stata introdotta la accessibilità alla relazione finale degli organi istruttori e la possibilità di presentare controdeduzioni finali. Vi sono tuttavia ancora alcuni punti che appaiono meritevoli di miglioramento rispetto ai problemi generali sopra evidenziati.

A) **UDIENZA PUBBLICA:** manca una udienza pubblica di discussione. Il principio della necessità della pubblica udienza in procedimenti che irrogano sanzioni sostanzialmente penali è stato affermato in moltissime decisioni della Corte EDU ed ha portato anche ad alcune radicali riforme del modello sanzionatorio (come in Francia);

B) **AUDIZIONE PERSONALE:** in sede di istruttoria l'audizione personale dovrebbe svolgersi successivamente all'invio delle controdeduzioni, onde consentire all'organo istruttorio non di ricevere "dichiarazioni spontanee" del diretto interessato, ma di "interagire" attivamente con quest'ultimo, ponendo domande e chiedendo chiarimenti (rispetto alle argomentazioni di cui alle deduzioni scritte). Tale audizione dovrebbe essere verbalizzata per esteso;

C) ISTRUZIONE PROBATORIA: manca la possibilità di effettuare una istruzione probatoria completa (attualmente solo documentale) che è tanto più essenziale per le ragioni che si diranno successivamente circa il giudizio di opposizione alla sanzione;

d) SEPARAZIONE TRA ATTIVITA' ISTRUTTORIA E DECISORIA: per garantire una completa separazione tra attività istruttoria e attività decisoria occorrerebbe un intervento legislativo. A legislazione invariata sarebbe già migliorativa – nel regolamento CONSOB - la non partecipazione del Direttore Generale (che sottoscrive la lettera di contestazione) alla fase decisoria, che è attualmente invece prevista, sia pure senza diritto di voto;

e) PUNIBILITA' PERSONA FISICA: nella normativa introdotta dal D.lgs. 2015 n. 72 la possibilità di sanzionare la persona fisica costituisce ipotesi residuale esperibile solo in presenza di fattispecie precisate dalla legge attraverso il ricorso alla categoria dei concetti giuridici generici e di non sempre facile individuazione, che lasciano forse all'Autorità margini di discrezionalità eccessivi (con il rischio di decisioni contrastanti per fattispecie non dissimili). L'interpretazione *ex post* di questi concetti da parte dell'autorità determina la punibilità o la non punibilità della persona fisica. Sarebbe pertanto opportuno precisare *ex ante*, sia pure con strumenti di *soft law* (linee guida), i fatti (anche articolati sulla base di una casistica esemplificativa e non esaustiva) che possono integrare la "condizione di punibilità" della persona fisica. Si tratta di un'importante precisazione giacché la suddetta "condizione di punibilità" deve da un lato, essere necessariamente contestata in fase procedimentale alla persona fisica e conseguentemente deve formare oggetto di contraddittorio all'interno del procedimento; dall'altro, essere oggetto di adeguata motivazione in sede di provvedimento sanzionatorio.

Si intende pertanto proporre le seguenti modifiche alle norme regolamentari:

aa) inserimento della **udienza pubblica di discussione** prima della decisione;

bb) inserimento di **audizione personale formalizzata successivamente alla presentazione delle controdeduzioni retta dal principio della "piena verbalizzazione"**;

cc) possibilità per la parte, in fase istruttoria, di **presentare istanze istruttorie** qualora si tratti di accertare fatti complessi controversi;

dd) **esclusione della partecipazione del Direttore Generale alle fasi decisorie** del processo sanzionatorio nel regolamento Consob;

ee) introduzione di **linee guida interpretative sui criteri per la determinazione delle condizioni oggettive di punibilità** della persona fisica.

3. I limiti del processo di opposizione

Le regole di cui sopra hanno lo scopo di valorizzare il procedimento amministrativo sanzionatorio nell'ottica anche di un possibile sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità del regolatore. Questo obiettivo tuttavia non è raggiungibile se non attraverso un "naturale" ritorno alla giurisdizione del giudice amministrativo, che nel nostro ordinamento è appunto il giudice della discrezionalità e dell'atto amministrativo.

Vale la pena di ricordare rapidamente gli antecedenti:

- il processo di opposizione alle sanzioni Consob e Banca d'Italia presso il giudice di appello in unico grado, con procedimento camerale, era già un "residuo bellico" quando fu trasferito all'interno del TUB nel 1994 e all'interno del TUF nel 1998;
- successivamente il D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 c.d. "Codice del processo amministrativo" che aveva attribuito tutti i provvedimenti delle autorità di regolazione alla giurisdizione esclusiva amministrativa, attribuì anche il giudizio sulle sanzioni di Banca d'Italia e della Consob al giudice amministrativo. Tale scelta era coerente sia sistematicamente per le ragioni evidenziate, sia in una logica di materia, essendo il momento sanzionatorio funzionalmente connesso all'attività di vigilanza e dunque ad una attività discrezionale, ancorché tecnica, il cui giudice naturale è il giudice amministrativo;

- la attribuzione al giudice amministrativo fu tuttavia dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 162 del 2012 (rispetto alle sanzioni Consob) e con sentenza n. 94 del 2014 (rispetto alle sanzioni della Banca d'Italia) sostanzialmente per un vizio di forma (eccesso di delega);
- per conseguenza si riespansero il precedente e ormai superato giudizio di opposizione in Corte di Appello in unico grado.

Tale giudizio, rimasto a questo punto *un unicum* solo per le sanzioni Consob e Banca d'Italia (le sanzioni IVASS ad esempio rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, così come quelle Antitrust) fu poi "aggiornato", dopo la sentenza della Corte EDU Grande Stevens c. Italia, dal D.lgs. n. 72 del 2015. La modifica, effettuata solo per adempiere alle decisioni sovranazionali e priva di una visione di sistema, ha costruito un singolare ibrido tra un giudizio sommario e un giudizio in camera di consiglio largamente criticato dalla dottrina maggioritaria.

Nel merito, inoltre, la giurisprudenza della Corte di Cassazione appare particolarmente ostile alla recezione dei principi e delle garanzie sovranazionali consolidati in tema di sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

Ciò ha provocato una rilevante compressione del diritto di difesa in relazione almeno a quattro aspetti:

- salvo i casi c.d. di *market abuse* la corte di Cassazione non considera le sanzioni amministrative emanate da Banca Italia e Consob come sostanzialmente penali, secondo i criteri enucleati da tempo dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia, e dunque non vi applica tutti gli altri corollari (contraddittorio, retroattività favorevole ecc.). Ciò tra l'altro obbliga a ricorsi successivi alla Corte EDU che, in questo campo, è ormai diventato una sorta di terzo grado di giudizio;
- eventuali violazioni del procedimento sanzionatorio non sono rilevanti nel giudizio di opposizione perché il giudice ordinario ritiene di essere giudice del rapporto e non dell'atto;
- nel giudizio di opposizione il fatto non è ricostruito *ex novo*, attraverso una compiuta attività istruttoria, che invece è sempre negata. Il giudice (nella quasi totalità dei casi) non mette in discussione il quadro fattuale risultante dagli accertamenti dell'autorità di regolazione;
- il Consiglio di Stato, rimasto competente sulle sanzioni in materia IVASS, applica invece principi opposti. Recentemente ha annullato il regolamento sanzionatorio IVASS (sostanzialmente identico ai regolamenti Consob e Banca Italia del 2013) partendo dall'assunto che le sanzioni IVASS siano sanzioni sostanzialmente afflittive secondo i criteri enucleati dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia, e che il regolamento in questione violasse i principi del contraddittorio.

4. Trasferire la giurisdizione al giudice amministrativo

In questo contesto appare razionale il ritorno alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Infatti:

- ormai tutti i provvedimenti delle autorità di regolazione sono attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (provvedimenti Antitrust, IVASS, Autorità Energia);
- l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo è naturale per provvedimenti che sono funzionalmente collegati all'attività di vigilanza (il cui giudice è appunto il giudice amministrativo);
- nell'emanazione delle sanzioni le autorità debbono far riferimento a principi valoriali (la sana e prudente gestione, l'influenza di un comportamento sulla stabilità ecc.) svolgendo valutazioni di tipo discrezionale. Il giudice della discrezionalità nel nostro ordinamento è il giudice amministrativo;
- per non svalutare il procedimento di irrogazione della sanzione è necessario poter consentire il sindacato sull'atto amministrativo prima che sul rapporto. Giudice dell'atto amministrativo nel nostro ordinamento è il giudice amministrativo.

Il legislatore aveva già effettuato – per queste stesse ragioni- la scelta di attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione sulle sanzioni della Banca d'Italia e della Consob. La riespansione del giudizio in unico grado davanti alla Corte di Appello è stato frutto di un "incidente" nel senso che la Corte costituzionale ha ritenuto che i principi e criteri direttivi della legge di delegazione non fossero sufficienti rispetto all'art. 76 della Costituzione.

Si osserva inoltre che le sentenze della Corte costituzionale n. 162 del 2012 e n. 94 del 2014 non sono affatto di ostacolo ad un nuovo trasferimento della giurisdizione al giudice amministrativo. Esse accertarono un vizio procedimentale e non di sostanza: il codice del processo amministrativo, secondo la Corte sarebbe stato definibile come innovativo e non compilativo, necessitando per questo principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato, che nel caso non sarebbero stati presenti.

La previsione con atto con forza di legge della attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, non farebbe altro che sanare quel vizio.