



*Senato della Repubblica
Commissione Affari Costituzionali
Ufficio di Presidenza*

Atto del governo sottoposto a parere parlamentare
Schema di decreto legislativo recante
«Delega al Governo per il riordino del processo amministrativo»

– Audizione informale –

COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA

Avv. Salvatore PROVIDENTI
Responsabile dell'Ufficio Consulenza e Contenzioso Emittenti

Roma, 20 maggio 2010

Schema del c.d. Codice del processo amministrativo: profili di interesse per il sindacato giurisdizionale sugli atti della Consob.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Profili di criticità delle eventuali modifiche legislative dell'attuale assetto giurisdizionale del sindacato avverso le deliberazioni sanzionatorie della Consob. – 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

L'articolo 44, legge 18 giugno 2009, n. 69, ha delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi per il riassetto della disciplina del processo amministrativo. Espressa finalità della delega è quella del *“riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele”*.

In attuazione della delega legislativa, il Consiglio dei Ministri ha approvato, il 16 aprile 2010, lo schema di un decreto legislativo (c.d. Codice del processo amministrativo), ora all'esame delle competenti Commissioni parlamentari.

Lo schema di codice è stato oggetto di ampia riflessione (hanno formulato osservazioni e rilievi il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, le associazioni dei magistrati amministrativi, le associazioni professionali degli avvocati, nonché le associazioni dei professori di diritto amministrativo e degli studiosi del processo amministrativo), a dimostrazione del grande interesse per il progetto e, soprattutto, della necessità, avvertita dagli operatori del diritto, di una maggiore organicità del sistema italiano di giustizia amministrativa.

Preme, prima di tutto, manifestare l'apprezzamento per la realizzazione di un Codice che costituisce occasione per confermare l'importanza assunta oggi dal giudice amministrativo nelle materie di sua competenza, la sua piena dignità costituzionale, la dotazione di strumenti moderni ed essenziali per l'importante funzione che egli è chiamato a svolgere.

In secondo luogo, pare utile fornire un contributo al dibattito in corso, fondato sull'esperienza maturata in ordine al sindacato giurisdizionale sugli atti della Consob, indicando possibili miglioramenti del testo normativo in corso di approvazione.

Sotto questo aspetto, l'apprezzabile opera di sistematizzazione, di semplificazione e di velocizzazione del processo amministrativo che il Codice realizza in modo coerente e funzionale, non potrà che giovare anche al contenzioso avente ad oggetto gli atti amministrativi mediante i quali la Consob svolge il compito istituzionale di Autorità preposta alla vigilanza ed al controllo del mercato finanziario, devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La riforma conferma e rafforza, fra l'altro, l'impianto già oggi realizzato attraverso l'art. 23-bis della legge TAR che ha consentito in concreto, anche grazie all'impegno profuso dai magistrati del TAR del Lazio e del

Consiglio di Stato, un reale incremento dell'effettività e rapidità del controllo giurisdizionale amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti. Con particolare riferimento alla Consob, ciò ha anche significato la creazione di principi giurisprudenziali in materia, soprattutto, di modalità di esercizio della funzione di vigilanza, che hanno contribuito non poco a migliorarne l'efficacia.

Tuttavia, proprio con riferimento alle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'art. 136 dello schema di Codice¹, devolve a tale giurisdizione – ed, in particolare, a quella inderogabile del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma² – anche le controversie aventi ad oggetto le delibere sanzionatorie adottate dalla Consob, oggi, viceversa, attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario ed alla competenza funzionale della Corte d'Appello civile, individuata territorialmente.

In caso di approvazione definitiva, il decreto legislativo, avrebbe, quindi, un'incidenza notevole sui criteri attuali di riparto di giurisdizione e competenza per il sindacato degli atti sanzionatori della Consob, criteri che oggi realizzano un equilibrato coordinamento fra la giurisprudenza ordinaria e amministrativa, conforme ai parametri indicati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla giurisdizione esclusiva e, recentemente, ratificato anche dal legislatore nell'art. 24 della legge n. 262/2005.

2. Profili di criticità delle eventuali modifiche legislative dell'attuale assetto giurisdizionale del sindacato avverso le delibere sanzionatorie della Consob.

In sintesi, è possibile indicare, per punti, i principali profili di criticità dell'eventuale modifica al sistema attuale del sindacato sugli atti sanzionatori della Consob, prevista dallo schema del Codice del processo amministrativo.

2.1. Contrasto con i principi generali in materia di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo sottostanti l'attuale disciplina del sindacato sulle delibere sanzionatorie della Consob.

L'attuale assetto può essere così sinteticamente riassunto:

- l'architettura normativa del contenzioso, avente ad oggetto l'attività sanzionatoria della Consob, è costituita dalle disposizioni legislative previste dalla legge n. 689/1981, così come integrate da quelle speciali previste dal d.lgs. n. 58/1998, le quali, con riferimento al giudice cui

¹ Secondo il quale “Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: [...] j) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa [...]”. Coerentemente con tale disposizione, l'Allegato 4 “Norme di coordinamento e abrogazioni” stabilisce, all'art. 4, che “1. A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto legislativo sono o restano abrogati i seguenti atti normativi: [...] 20) decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58: articoli 187-septies, commi da 4 a 8; 195, commi da 4 a 8 [...] 36) legge 28 dicembre 2005, n. 262 : articolo 24, commi 5, 6 [...]”.

² Cfr. gli art. 14 e 138 del Codice.

chiedere tutela, devolvono il sindacato giurisdizionale al giudice ordinario, individuato presso la Corte d'Appello territorialmente competente³;

- la disciplina sul controllo giurisdizionale delle sanzioni amministrative risulta coerente con i tradizionali criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo posto che l'applicazione delle sanzioni amministrative, comprese quelle pecuniarie, a differenza dei provvedimenti di vigilanza, oggi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, deve essere effettuata sulla base di criteri che prescindono da valutazioni discrezionali⁴;
- tale sistema coordinato di impugnazioni è stato sempre riconfermato anche dal legislatore in tutti i casi in cui, successivamente alle modifiche della legge n. 205/2000, si sia trovato a disciplinare il controllo giurisdizionale sulle sanzioni amministrative applicate dalla Consob⁵;
- la correttezza della devoluzione al giudice ordinario della materia delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 58/1998, del resto, è stata riconosciuta anche da parte del giudice amministrativo⁶.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il sindacato su provvedimenti che costituiscono estrinsecazione della funzione di vigilanza esercitata dalla Consob sul mercato mobiliare (cfr. artt. 5 e 91 del d.lgs. n. 58/1998) è coerente con i principi generali in materia di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nel presupposto che tali provvedimenti incidono su posizioni di interesse legittimo⁷.

Viceversa, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche delle controversie aventi ad oggetto le sanzioni comminate dalla Consob, prevista dallo schema del Codice, in corso di approvazione, appare non coerente con i principi, sopra riassunti, che, ad avviso pacifico della dottrina e della giurisprudenza, giustificano il radicamento della giurisdizione del giudice ordinario sugli atti sanzionatori, compresi quelli della Consob; tali atti sono da considerare espressione di *“un’attività vincolata che, proprio per questo, non può essere assimilata, pur essendo*

³ Con particolare riferimento al generale rapporto di genere a specie tra la legge n. 689/1981 e il d.lgs. n. 58/1998, gli artt. 188-196, d.lgs. n. 58/1998, non lasciano alcun dubbio in proposito, essendo espressione degli stessi principi stabiliti in via generale dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, alla quale del resto tali disposizioni fanno, implicito richiamo, ad esempio dichiarando inapplicabile spesso l'art. 16 in tema di pagamento in misura ridotta: tale precisazione non avrebbe, infatti, alcuna giustificazione se l'intera legge 689/1981 dovesse essere ritenuta nella specie inapplicabile (Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383; 11 febbraio 2003, n. 1992).

⁴ Infatti, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, con particolare riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie, *“in tema di sanzioni amministrative disciplinate dalla l. 689/1981, si versa appunto in materia di diritti soggettivi, poiché l'amministrazione non esercita poteri in senso proprio”* (Cass. SS.UU., n. 926/78 e n. 3271/90. Da ultimo, in senso conforme, Cass. SS.UU., n. 20929, 20930, 20931, 20932, 20933 e 20934 del 2009).

⁵ Cfr., in particolare, l'art. 1, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sui procedimenti in materia di diritto societario, materia bancaria e creditizia e intermediazione finanziaria; l'art. 24, comma 5, legge n. 262/2005; l'art. 16, comma 6, lett. c), d.lgs. 164/2007 (a decorrere dal 1° novembre 2007); infine, gli artt. 25 e 26 del recentissimo d.lgs. n. 39/2010 *“Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati”*, entrato in vigore il 7 aprile u.s.

⁶ Cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, n. 934/2008.

⁷ Cfr., da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza n. 13744 del 29 dicembre 2009.

ad essa strettamente collegata, a quella di vigilanza, le cui modalità di esercizio non sono invece rigidamente predeterminate”⁸.

Tale ricostruzione è stata rafforzata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 la quale, con riferimento alla possibilità del legislatore di prevedere, ai sensi dell’art. 103 della Costituzione, materie devolute alla giurisdizione esclusiva – come, quindi, qualora il testo del Codice del processo amministrativo divenisse definitivo, quella prevista per il sindacato sulle sanzioni amministrative comminate dalla Consob – ha affermato che la norma costituzionale richiamata *“non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie”*. In estrema sintesi: il giudice amministrativo può decidere su situazioni giuridiche diverse dagli interessi legittimi soltanto se la controversia riguarda anche interessi legittimi.

2.2. Pregiudizio per la tempistica e l’efficacia della tutela giurisdizionale.

In secondo luogo, il modello delineato dal legislatore con la legge n. 689/1981, così come integrato dalle specifiche norme previste, per il mercato mobiliare, dal d.lgs. n. 58/1998, ha già dato prova, negli anni, di essere un sistema di tutela giurisdizionale effettivo ed efficace, proprio come prevede la legge n. 69/2009 tra i criteri di delega da rispettare. Il giudizio davanti alla Corte d’Appello competente per territorio, instaurato a seguito dell’opposizione alla delibera sanzionatoria della Consob, si svolge in tempi molto rapidi, tali da consentire, in media, la pubblicazione della decisione, da parte del giudice, tendenzialmente entro meno di un anno dalla notifica del ricorso alla Consob.

Nell’eventualità di un giudizio amministrativo, viceversa, i tempi per la decisione verrebbero allungati⁹, potendosi avere in tempi brevi (a volte anche brevissimi) unicamente una decisione incidentale di natura cautelare -rispetto al giudizio di merito; e ciò nonostante l’accelerazione dei tempi processuali realizzata grazie all’art. 23-bis della legge TAR.

Inoltre, è possibile segnalare, come ulteriore profilo critico della modifica legislativa, che un sindacato sulle sanzioni amministrative comminate dalla Consob affidato al processo amministrativo comporterebbe la riduzione della funzione nomofilattica svolta, tradizionalmente, dal giudizio di legittimità davanti alla Corte di Cassazione (che sarebbe possibile unicamente per motivi inerenti alla giurisdizione), al contrario auspicabile su questioni di diritto, afferenti materie come quelle del diritto civile, commerciale e punitivo, implicate dalle sanzioni irrogate dalla Consob. In particolare, il cambiamento di giurisdizione potrebbe comportare, come conseguenza, un’ingiustificata duplicazione, per materie del tutto omogenee, delle interpretazioni fornite, degli stessi istituti, dal giudice ordinario

⁸ Cfr. Cass., SS.UU., n. 1362 del 24.1.2005. Può anche considerarsi che vi sono casi, come quello degli abusi di mercato, in cui la competenza della Consob è quasi esclusivamente sanzionatoria.

⁹ Il giudizio amministrativo, come risulta dalla consultazione delle Relazioni annuali sullo stato della giustizia amministrativa, dura, mediamente, circa due anni.

(per le controversie tra privati) e dal giudice amministrativo (per il sindacato sulle sanzioni comminate dalla Consob)¹⁰.

2.3. Eccesso di concentrazione del contenzioso presso un'unica sede e un unico giudice.

Tale profilo di criticità può essere analizzato da un duplice punto di vista.

2.3.1. Riguardo il primo, il sistema sanzionatorio, oggi in vigore, si è dimostrato attento anche alle garanzie difensive ed alle esigenze pratiche dei soggetti sanzionati. In particolare, la competenza territoriale delle Corti d'Appello è stata prevista anche per assicurare ai soggetti sanzionati (società e persone fisiche) un giudice il più vicino possibile, compatibilmente con la particolarità del settore finanziario, al luogo di attività del soggetto sanzionato o di commissione dell'illecito amministrativo contestato¹¹. La concentrazione in un'unica sede territoriale del sindacato avverso le delibere sanzionatorie della Consob, potrebbe comportare una flessione dei livelli garantiti attualmente dall'ordinamento in termini di maggiore semplicità per la presentazione dei ricorsi in opposizione alle delibere sanzionatorie proposte dai soggetti sanzionati, con particolare riferimento a quelle proposte dalle persone fisiche¹² (valga citare, in modo esemplificativo, l'incidenza che può avere sulle posizioni giuridiche dei privati la commissione degli illeciti di abuso del mercato).

2.3.2. Da un secondo punto di vista, la previsione dell'accentramento in un'unica sede – il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – sede di Roma – di tutto il contenzioso delle Autorità amministrative indipendenti non pare produttiva di effetti positivi per la tutela dell'autonomia e dell'indipendenza delle Autorità stesse che devono essere garantite non soltanto attraverso l'esclusione di poteri direttivi da parte del Governo ma anche attraverso un'attenta disciplina della funzione giurisdizionale. In quest'ottica un sindacato giurisdizionale diffuso (come quello previsto oggi in capo alle Corti d'Appello civili, in forma, quindi, già accentrata rispetto alla competenza generale dei Tribunali ma allo stesso tempo non unica) piuttosto che uno accentrato, sembra presentare maggiori garanzie.

¹⁰ Tale ultimo aspetto assume rilievo peculiare per le sanzioni aventi ad oggetto i casi di abusi del mercato, non solamente per i confini particolarmente labili rispetto al diritto commerciale ed al diritto penale, ma anche per l'ampia gamma di misure sanzionatorie e cautelari (pecuniarie e interdittive, personali e patrimoniali, principali ed accessorie) a disposizione dell'Autorità di vigilanza.

¹¹ E' questa la finalità dell'art. 195 del d.lgs. n. 58/1998 nella parte in cui prevede che *“Avverso il provvedimento di applicazione delle sanzioni previste dal presente titolo è ammessa opposizione alla corte d'appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione ovvero, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, del luogo in cui la violazione è stata commessa”* e dell'art. 187-septies del d.lgs. n. 58/1998, nella parte in cui prevede *“Avverso il provvedimento di applicazione delle sanzioni previste dal presente capo può proporsi, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione, ricorso in opposizione alla corte d'appello nella cui circoscrizione è la sede legale o la residenza dell'opponente. Se l'opponente non ha la sede legale o la residenza nello Stato, è competente la corte d'appello del luogo in cui è stata commessa la violazione. Quando tali criteri non risultano applicabili, è competente la corte d'appello di Roma [n.d.r.: in via, quindi, solo residuale]”*.

¹² Ciò è a maggior ragione rilevante se si considera che, a seguito delle sentenze della Corte di Cassazione, sezioni unite civili, n. 20929, 20930, 20931, 20932, 20933 e 20934 del 2009, con riferimento alla legittimazione *ad opponendum*, nel giudizio di opposizione ex art. 195 del TUF, la Corte, superando l'orientamento delle sezioni semplici, l'ha riconosciuta anche in capo alla persona fisica, destinataria della sanzione, ma non ingiunta del pagamento, che può, altresì, spiegare intervento adesivo autonomo nel giudizio intrapreso dalla persona giuridica.

2.4. Lontananza del giudizio di merito sul “rapporto sanzionatorio” rispetto alla tradizione del giudizio amministrativo.

Infine, a favore del mantenimento dell'attuale assetto della giurisdizione sull'opposizione avverso le sanzioni amministrative comminate dalla Consob, milita l'attribuzione al giudice ordinario di un'ampia potestà conoscitiva e valutativa sulla sussistenza dell'illecito e sulla congruità dell'importo comminato, che può condurlo, anche a fronte degli ampi poteri d'istruzione probatoria di cui è dotato, ad assumere, oltre alla decisione di annullamento, anche decisioni di riduzione della sanzione. Anche nello schema del Codice del processo amministrativo è previsto l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo e la previsione, per il sindacato sugli atti sanzionatori, di una giurisdizione di merito. Tuttavia le eventuali modifiche normative, eventualmente approvate, richiederebbero comunque una fase di fisiologico assestamento, anche solo interpretativo, con possibile pregiudizio delle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti interessati dalle sanzioni, oltre che della certezza dell'azione amministrativa.

Più in generale, l'approvazione dello schema del Codice del processo amministrativo, richiederà, per quanto riguarda il sindacato sulle sanzioni amministrative comminate dalla Consob, che il giudice amministrativo presti un'attenzione particolare non solo alla normale verifica della legittimità dell'atto sanzionatorio ma, soprattutto, al rapporto sostanziale in esso cristallizzato il quale, nell'ambito dell'illecito sanzionatorio, rappresenta, in effetti, il vero oggetto del controllo giurisdizionale. Tale modello di controllo è oggi ampiamente sperimentato da parte del giudice ordinario mentre rappresenta un tipo di sindacato residuale rispetto al tradizionale giudizio di legittimità che svolge il giudice amministrativo.

3. Considerazioni conclusive.

L'attuale sistema giurisdizionale per il sindacato degli atti sanzionatori della Consob, raggiunto successivamente alle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 58/1998, il d.lgs. n. 33/1998 (come modificato dalla l. n. 205/2000) e la l. n. 262/2005, rappresenta un assetto stabile e coerente con i principi generali in materia di riparto di giurisdizione.

E' possibile affermare, anzi, più in generale che l'attuale disciplina sul controllo degli atti della Consob esprime già al meglio i criteri di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo indicati dalla giurisprudenza costituzionale, con riferimento sia alla giurisdizione amministrativa esclusiva per l'esercizio delle funzioni di vigilanza, sia alla giurisdizione ordinaria per il sindacato su atti vincolati privi di discrezionalità come le delibere che irrogano sanzioni amministrative.

Tale equilibrio viene rimesso in discussione dallo schema di Codice.

Nel riaffermare il proprio apprezzamento per gli altri aspetti della riforma in corso di approvazione, la Consob ritiene che, alla luce delle argomentazioni sopra riportate, il passaggio dalla giurisdizione del giudice ordinario a quella del giudice amministrativo per il sindacato delle delibere sanzionatorie, non rappresenti, rispetto al modello attuale, un miglioramento in linea con i principi ispiratori della riforma; al contrario emergono profili di problematicità tali da farne richiedere lo stralcio, con il conseguente mantenimento del sistema vigente.