

Spett. Consob  
Via G. B. Martini 3  
00198 ROMA

1° maggio 2015

Oggetto: Documento di consultazione del 22 aprile 2015 sulle modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob

Ringraziando per l'opportunità offerta, desideriamo svolgere alcune sintetiche considerazioni a titolo personale sul documento in oggetto, che meritevolmente valorizza il contraddittorio tra le parti del procedimento anche al termine della fase istruttoria.

Si tratta di un'iniziativa non scontata e, quindi, ancor più apprezzabile. Come rammentato nel documento di consultazione, la giurisprudenza nazionale non è infatti univoca nel determinare le conseguenze del principio di separazione tra funzioni istruttoria e decisoria<sup>1</sup>. Parimenti, gli orientamenti della CtEDU, per ragioni di speditezza dell'azione di vigilanza, considerano almeno in parte rimediabili in sede giurisdizionale le lacune che il procedimento sanzionatorio amministrativo può presentare dal punto di vista dell'imparzialità del procedimento e dell'organo decisorio ai sensi dell'art. 6 CEDU.

La giurisprudenza nazionale e internazionale oscilla quindi tra considerazioni che enfatizzano gli elementi del procedimento sanzionatorio più simili a quelli di un vero e proprio processo, imponendo al primo il rispetto di garanzie tradizionalmente tipiche del

---

<sup>1</sup> Per un precedente v. App. Genova, 21 febbraio 2008, n. 11239, in *Società*, 2008, p. 860 ss. – rimasto peraltro isolato prima della recenti decisioni del Consiglio di Stato – ove si ritiene che la mancata condivisione della relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative con gli interessati violi il principio del contraddittorio.

secondo, e resistenze a puri e semplici trapianti che potrebbero asseritamente pregiudicare l'efficacia dell'azione amministrativa.

In presenza di queste indicazioni oggettivamente contrastanti, il documento di consultazione compie un passo importante verso il riconoscimento di più pieni diritti di difesa dell'incolpato nell'ambito del procedimento sanzionatorio, ma sposando le tesi della giurisprudenza meno favorevole in tal senso, procede con una cautela che a noi pare eccessiva, imponendo limitazioni non pienamente giustificate neppure sul piano dell'opportunità.

Deve infatti osservarsi che il riconoscimento di maggiori spazi per il contraddittorio non vanno soltanto a giovamento delle persone coinvolte nel procedimento, sibbene anche dell'interesse della Consob a sanzionare esclusivamente effettive violazioni delle norme di legge e di regolamento: l'autorevolezza e l'efficacia dissuasiva dell'apparato sanzionatorio Consob possono risultare infatti soltanto potenziate se l'irrogazione della sanzione ha luogo ad esito di un procedimento in cui ogni atto dell'amministrazione ha passato non solo il vaglio puramente eventuale di un membro della Commissione che assuma le vesti di avvocato del diavolo, ma altresì dell'incolpato e del suo, per quanto eventuale, difensore.

In altri termini, è nell'interesse della stessa Consob assicurare che la Commissione ascolti un'altra voce, quella dell'incolpato, mettendolo in grado di contraddire su ogni singolo aspetto, prima di pervenire a una decisione finale.

L'approccio adottato nel Documento di Consultazione, viceversa, sembra conservare l'impostazione di fondo per la quale l'intervento delle parti, piuttosto che godere di un'autonoma dignità di tutela e, in ultima analisi, essere strumentale ai medesimi obiettivi dell'Amministrazione, dovrebbe recedere rispetto all'interesse di questa ad adottare il provvedimento finale in tempi rapidi e impiegando meno risorse possibile. Ma è evidente che così facendo si svilisce la missione dell'Ente e non si rende un buon servizio alla tutela degli interessi a cui esso è preposto.

L'approccio restrittivo che qui si critica sembra sotteso, ad esempio, alla necessità di un'apposita richiesta perché possa aversi accesso alla relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative e all'impossibilità di trasmettere tale documento in caso di mancata presentazione di deduzioni scritte nelle fasi iniziali dell'istruttoria.

Altrettanto criticabili appaiono le limitazioni al contenuto della relazione da mettere a disposizione delle parti, disciplinato in chiave di mero diritto di accesso e non, invece, alla luce del principio di parità di armi tra accusa e difesa, quest'ultima essendo invece coinvolta nella sola misura in cui essa possa contribuire alla determinazione degli elementi di fatto di un provvedimento i cui elementi non vincolati (quali la determinazione dell'entità della sanzione) le rimangono estranei.

L'apprezzabile iniziativa posta in consultazione non consegue, peraltro, l'obiettivo di una piena parità di armi tra "accusa" e "difesa" anche in quanto non introduce la possibilità, per i soggetti interessati, di comparire dinnanzi alla Commissione. Pertanto, l'interlocuzione dell'organo decidente avviene esclusivamente con un rappresentante dell'Ufficio Sanzioni Amministrative, il quale riporta sulla pratica prima della decisione finale. Tale prassi merita di essere mantenuta poiché consente una migliore valutazione del caso da parte della Commissione, quantomeno nei casi più significativi; tuttavia, un più pieno equilibrio tra "accusa" e "difesa" richiederebbe che l'interlocuzione con la Commissione da parte dell'Ufficio Sanzioni Amministrative avvenisse avendo assicurato ai destinatari delle contestazioni la facoltà di essere presenti e interloquire essi stessi.

Anche qualora si ritenga che una piena applicazione dei principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori o della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie possa condurre a un'eccessiva giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo, non sembra corretto rinunciare ad assicurare garanzie che pure potrebbero rendere più efficiente l'azione amministrativa. Il timore di aprire a modifiche del paradigma del procedimento in termini accusatori e, per certi versi, para-giurisdizionali, non dovrebbe quindi far premio sulla tutela dell'efficienza stessa dell'azione amministrativa.

Un approccio meno restrittivo potrebbe inoltre rendere il Regolamento sul procedimento sanzionatorio più resiliente in presenza di futuri sviluppi giurisprudenziali, evitando alla Consob la spiacevole condizione di dover agire, per così dire, di rincorsa anziché pro-attivamente. Il rischio di dover ricorrere a futuri adeguamenti è ben rappresentato, in Italia, dalla recente decisione del Consiglio di Stato che ha occasionato la modifica in consultazione. Dal punto di vista della CtEDU, invece, può osservarsi una progressiva espansione delle garanzie richieste già a livello del procedimento amministrativo, in considerazione degli effetti che una sanzione, per quanto soggetta a impugnazione, può comunque produrre vuoi a causa dell'impatto della decisione iniziale nel determinare le condizioni di partenza della successiva revisione<sup>2</sup>, vuoi perché gli effetti economici e reputazionali di una sanzione di entità non trascurabile non possono essere facilmente eliminati<sup>3</sup>.

In base a queste considerazioni, sembrano esservi margini per agevolare, oltre quanto già apprezzabilmente proposto, l'esercizio del diritto di difesa anche al termine della fase istruttoria.

***Condizioni per accedere alla relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative e per presentare controdeduzioni.*** L'estensione del contraddittorio al termine della fase istruttoria è fatta dipendere, nella proposta di regolamento, dalla duplice condizione per cui il destinatario delle contestazioni: (i) abbia presentato deduzioni scritte sulle contestazioni

---

<sup>2</sup> CtEDU, 26 ottobre 1984, n. 9186/80 (*De Cubber v. Belgium*); 25 febbraio 1997, n. 22107/93 (*Findlay v. United Kingdom*).

<sup>3</sup> CtEDU, 23 luglio 2002, n. 3461/97 (*Janosevic v. Sweden*).

stesse; (ii) abbia fatto apposita richiesta di trasmissione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative.

- i. Quanto alla necessità che siano state presentate deduzioni scritte, non sembra opportuno escludere dal beneficio del contraddittorio coloro che non si siano attivati nelle fasi preliminari del procedimento. In primo luogo, l'assenza di cautele analoghe a quelle stabilite dall'art. 487 cod. proc. pen. per l'ipotesi di contumacia rischia di penalizzare soggetti che non siano comparsi per motivi a loro non imputabili ma che desiderino difendersi nelle fasi successive. In secondo luogo, la scelta di non collaborare nelle fasi preliminari potrebbe rappresentare una legittima strategia difensiva, eventualmente dettata dalla necessità di limitare i costi di difesa. Qualunque sia la ragione di tale astensione, precludere l'intervento in mancanza dell'iniziale presentazione delle controdeduzioni potrebbe impedire alla Commissione di avere accesso a informazioni utili per l'assunzione di una decisione ponderata, penalizzando quindi non solo i soggetti interessati ma anche lo stesso buon andamento del procedimento sanzionatorio.

*Si suggerisce, pertanto, di prevedere la trasmissione della relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative e la presentazione di osservazioni anche a beneficio di soggetti che non abbiano in precedenza presentato controdeduzioni. A tal proposito, la formulazione dell'apposita istanza dovrebbe essere consentita fino allo scadere del termine per la presentazione delle controdeduzioni finali, senza che ciò comporti peraltro alcuna dilazione di tale scadenza.*

- ii. La comunicazione della relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative presuppone una apposita e separata richiesta da parte del soggetto interessato. La mancanza di una previsione che indichi i termini della sua presentazione potrebbe tuttavia creare incertezze.

*Ove non si accogliesse il suggerimento sub i., e in ogni caso a integrazione di quanto ivi prospettato, si suggerisce di precisare i termini di presentazione dell'istanza di comunicazione della relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative.*

***Ampiezza delle informazioni da rendere note tramite la relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative.*** L'omissione delle parti sottratte al diritto di accesso nella relazione finale da trasmettere ai soggetti interessati indica, nuovamente, come tale documento sia tendenzialmente considerato un elemento endoprocedimentale solo eccezionalmente condiviso con i destinatari delle contestazioni, su loro espressa richiesta. In questo senso, ci si chiede se la disciplina del diritto di accesso, solitamente non applicata ad atti di impulso del procedimento, sia adeguata a soddisfare le esigenze del contraddittorio. Similmente, dovrebbero essere comunicate le proposte dell'Ufficio Sanzioni Amministrative sulla quantificazione della sanzione. Escludere tali indicazioni dal contraddittorio, seppur in linea con la giurisprudenza ricordata nel documento di consultazione, e impedire ai destinatari delle contestazioni l'espressione del loro punto di vista sugli elementi non vincolati del

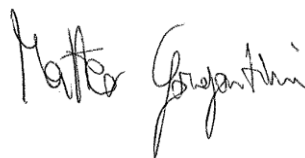
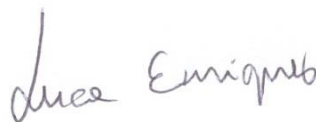
provvedimento, quali la determinazione dell'entità della sanzione, non è in linea con lo spirito di un effettivo contraddittorio e, soprattutto e nuovamente, può rivelarsi incoerente con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

*Si suggerisce di eliminare, nell'art. 8, comma 1., l'esclusione dalla relazione finale delle parti sottratte al diritto di accesso e della proposta di determinazione della sanzione.*

**Limitazioni alla formulazione delle controdeduzioni.** Non sembra congruo imporre che le controdeduzioni dei destinatari delle contestazioni siano espresse solo "sinteticamente". Pur essendo chiaro il carattere più che altro esortativo dell'avverbio in questione, non è infatti giustificabile l'imposizione di tale limite ai soggetti accusati, anche considerando che analoghe limitazioni non si rinvengono – né nel regolamento né nella pratica – per la formulazione della "accusa". Né si comprende la richiesta di "motivate ragioni" per il superamento del limite delle quindici pagine (peraltro assai elastico in mancanza di indicazioni grafiche). La necessità di predisporre un indice e di riportare una sintesi delle difese rappresentano elementi sufficienti a combinare in modo equo l'esigenza di speditezza del procedimento con la pienezza della difesa.

*Si propone di eliminare, nell'art. 8, comma 4, le restrizioni quantitative all'esercizio del diritto di difesa.*

RingraziandoVi per l'attenzione, porgiamo i nostri migliori saluti.



Luca Enriques  
Allen & Overy Professor of Corporate Law  
University of Oxford  
Faculty of Law

Matteo Gargantini  
Senior Research Fellow  
Max Planck Institute Luxembourg  
for International, European and Regulatory Procedural Law