amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9-10/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti

di Laura Lamberti *

Sommario

1. Premessa 2. Disciplina e limiti del sindacato giurisdizionale 3. Il cammino compiuto dalla giurisprudenza amministrativa 5. La giurisdizione in materia di sanzioni comminate dalla Consob e dalla Banca d'Italia 6. I principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e le sanzioni delle Authorities come pene in senso tecnico 8. Full jurisdiction e sindacato del giudice amministrativo 9. Conclusioni.

ABSTRACT

Il tema del sindacato esercitato dal giudice sugli atti delle Autorità indipendenti è di centrale rilevanza in quanto concorre a definire l'inquadramento, nel panorama istituzionale, di soggetti posti al di fuori del classico circuito di legittimazione democratica e svolgenti delicate funzioni in settori sensibili. La questione è strettamente connessa alla più generale problematica del tipo di sindacato ammesso rispetto alle valutazioni tecnico discrezionali dell'amministrazione. A seguito di recenti arresti giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali, esso ha acquisito una rinnovata attualità che induce a verificare, una volta ricostruita la disciplina legislativa del sindacato e l'evoluzione giurisprudenziale, se e quali conseguenze abbiano determinato tali decisioni, sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Authorities e sul modo in cui il Consiglio di Stato interpreta i limiti del suo sindacato.

1. Premessa

L'intenso dibattito sul sindacato esercitato dal giudice sugli atti delle Autorità indipendenti sembrava vagamente "sopito". Questo accadeva sia per l'armonia di fondo delle ricostruzioni dottrinarie, che nella poliedricità delle tesi, aveva trovato punti di significativo consenso, sia per le prese di posizione della giurisprudenza, che, nelle dichiarazioni di principio, sembrava aver "buttato il cuore oltre l'ostacolo" nella direzione di assicurare un sindacato "pieno ed effettivo" anche se, nel suo concreto esercizio, aderiva sistematicamente al riconoscimento, confermato dalla Cassazione[1], di una riserva di amministrazione anche in relazione alle questioni tecniche. D'altronde il ruolo assunto dal giudice in ordine ai provvedimenti delle *Authorities*, contribuendo a definire il corretto inquadramento di questi soggetti nel panorama istituzionale, è strettamente connesso a quello dell'adeguatezza della tutela che deve essere assicurata nei confronti di istituzioni poste al di fuori del classico circuito di legittimazione democratica e svolgenti delicate funzioni in settori sensibili. Non è consentito affrontare, in questa sede, l'immenso tema del ruolo che deve essere riconosciuto alle *Authorities* nel nostro sistema giuridico-economico[2]. Si tratta di questione che richiede analisi condotte su molteplici piani (giuridico, politico, economico ma anche filosofico e morale) tra loro intimamente connessi e la cui definizione a sua volta presuppone sia l'esame del complesso rapporto tra potere pubblico ed economia che di quello, altrettanto controverso, tra scienza e tecnica da un lato e relazioni umane e sociali dall'altro. In relazione a tali temi, come costantemente evidenziato dalla dottrina, sarebbe necessario quell'intervento di inquadramento costituzionale delle *Authorities*, che stabilisse punti fermi su tali premesse maggiori. E' stato rilevato che "l'oggettiva ambiguità" che caratterizza il dibattito sulle Autorità indipendenti è causata, tra i molti fattori, dalla costante difficoltà di individuare il "corretto equilibrio di ruoli e responsabilità tra Autorità indipendenti e Magistratura"[3], condizionato, a sua volta, dal grado di fiducia che esse sono capaci di ispirare nei diversi momenti storici[4]. La questione è oggi più che mai cruciale poiché l'utilità di regolazioni indipendenti e di arbitri imparziali diventa vera e propria necessità in periodi di crisi unita, tuttavia, alla sempre irrinunciabile esigenza del rispetto delle garanzie di tutela[5] imposte dalla Costituzione e dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali.

---

* Professore associato di diritto amministrativo presso la Seconda Università degli Studi di Napoli. Il presente lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

[1] Cass., SU, 20 gennaio 2014, n. 1013.

[2] Per l'inquadramento teorico dei rapporti tra potere pubblico ed economia e delle relazioni tra norma giuridica e fatto economico si veda L. GIANI, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2015, 613 e ss. Ivi diffusi riferimenti bibliografici.

[3] Così A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati, Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 417, il quale rileva come ad "un giudizio largamente favorevole sulle Autorità indipendenti, legato alla loro capacità di risolvere, nonostante possibili profili di problematica coerenza con gli ordinamenti giuridici, cruciali problemi di funzionalità delle democrazie moderne, si accompagni a diffidenze ed ostilità, non soltanto fra gli attori politici e fra i titolari degli interessi regolati, ma anche fra i giuristi, e più in generale ad una preoccupazione per l'eccessivo numero delle Autorità, per una certa disomogeneità della disciplina, per la disparità del trattamento economico dei componenti, per l'ampiezza degli organici".

[4] R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, 340.

[5] Sul rapporto tra giudice amministrativo ed economia si vedano gli atti del 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna- Villa Monastero, *Diritto amministrativo ed economia una sinergia per la competitività del paese*, Milano, 2014, in particolare A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia;* M. P. CHITI, *Trasformazione dell'economia e assetto delle giurisdizioni: per un necessario riallineamento*; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*; M. A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*; G. CORAGGIO, *Economia e sistema delle garanzie*; G. SEVERINI, *Il*

Nel presente approfondimento, dedicato specificamente al sindacato sugli atti sanzionatori delle AAI, dopo una breve ricostruzione della disciplina legislativa del sindacato e dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema, si intende verificare come i recenti ed ormai noti arresti giurisprudenziali della Corte costituzionale[6] e della Corte europea dei diritti dell'uomo[7] abbiano riaperto il citato dibattito al fine di evidenziare quali conseguenze essi abbiano (o avrebbero dovuto) determinare sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle AAI e sul modo in cui il Consiglio di Stato interpreta i limiti del suo sindacato su di essi.

2. Disciplina ed ambito del sindacato giurisdizionale

In relazione alla disciplina normativa del sindacato sugli atti delle *Authorities* si deve in primo luogo riconoscere la preferenza del legislatore per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[8], in origine prevista nelle diverse leggi istitutive[9] ed in singole norme ad essa dedicate, ed assunta, poi, in termini generali nel Codice del processo amministrativo[10].

Le ragioni di tale preferenza sono molteplici: in primo luogo la sussistenza, in merito alle controversie coinvolgenti le AAI, di quell'"intreccio inestricabile tra situazioni giuridiche soggettive e [quel]l'incertezza oggettiva in molti contesti della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi" che rappresenta la motivazione principe per l'istituzione di ipotesi di giurisdizione esclusiva del ga[11]. In secondo luogo la crescente tendenza ad individuare, nel giudice amministrativo, il giudice "naturale" delle Autorità amministrative indipendenti a causa della sua specifica sensibilità a conoscere questioni coinvolgenti i pubblici poteri connessi alle vicende

contenzioso economico del giudice amministrativo; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*; G. MONTEDORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione:la questione del merito amministrativo* quest'ultimo anche in ID., *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015 al quale volume pure si rimanda per gli ulteriori approfondimenti sul tema.

[6] Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162; Corte cost., 15 aprile 2014, n. 42.

[7] Corte europea dei diritti dell'uomo 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini c. Italie;* Corte europea dei diritti dell'uomo sentenza 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*.

[8] Cfr. R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, *cit.*, 348.

[9] Art. 33, 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Agcm); Art. 2, comma 25, l.14 novembre 1995, n. 481 (Aeeg); art. 1, commi 26 e 27, l. 31 luglio 1997, n. 249 e art. 9 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Agcom); art. 326, comma 7, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 309, (Isvap ora Ivass); art. 24, comma 5, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (Covip); art. 244, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, (Avcp le cui competenze sono oggi esercitate dall'Anac).

[10] L'art. 133, comma 1, lett. l assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il sindacato sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti inclusi quelli sanzionatori (nella loro formulazione originaria il riferimento era anche ai provvedimenti sanzionatori adottati dalla Consob e dalla Banca d'Italia ma, come si vedrà la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'intervento operato sul punto dal legislatore, in sede di approvazione del Codice del processo amministrativo, per violazione dell'art. 76 Cost); l'art. 134, comma 1, lettera c) prevede la giurisdizione di merito in relazione alle sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti; l'art. 135 disciplina la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma. Con specifico riguardo al rito, poi, l'art. 119, comma 1, lett. b) CPA, comprende le controversie relative ai provvedimenti adottati delle Autorità amministrative indipendenti (con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio dei propri dipendenti) tra quelle alle quali si applica il rito abbreviato per l'esame delle cui disposizioni cfr. N. Paolantonio, *I riti compatti*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 497.

[11] Così M. CLARICH, *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 194; Sul punto F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, entrambi in (AIPDA) Annuario, Milano, 2002, rispettivamente 175 e 305.

economiche ed alla loro disciplina[12]. A tali ragioni si deve aggiungere il rilievo, prontamente evidenziato[13], relativo al tipo di sindacato che si voleva fosse realizzato nei confronti di tali atti, ed in particolare in relazione a quelli emanati dall'AGCM. Se si considera che le controversie che possono insorgere tra le imprese sanzionate e l'Autorità possono consentire un processo inerente direttamente alle situazioni soggettive coinvolte, senza necessità di filtrare lo scrutinio attraverso lo specifico provvedimento, se ne deduce che la scelta a favore del giudice amministrativo è legata anche al tipo di processo che dinanzi ad esso si celebra. In questo modo si voleva evitare la possibilità, per il giudice, di andare oltre l'annullamento del provvedimento, e di operare un sindacato che giungesse, se necessario, a sostituire le valutazioni tecniche formatesi alla luce delle risultanze processuali e ritenute più convincenti a quelle operate dall'amministrazione e trasfuse nel provvedimento[14].

Quanto al tipo di tutela che l'ordinamento deve assicurare avverso i provvedimenti sanzionatori delle AAI, giova ricordare come una parte della dottrina[15] abbia da sempre manifestato il suo favore per una tutela piena ed effettiva[16] ed un sindacato intrinseco sulle scelte tecnico discrezionali dell'amministrazione affermando la necessità della loro piena sindacabilità inerendo, esse, al fatto[17] e potendo, quindi, essere per-

[12] M. CLARICH, *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, *cit*., 194. Sul rilievo assunto dal giudice amministrativo quale "giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia" e del ruolo da esso acquisito in relazione alla crisi finanziaria si veda anche per i richiami bibliografici B. RAGANELLI, *La tutela dell'interesse pubblico in economia*, in *http//www.amministrazionein cammino.it*, 2014, 2.

[13] F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust; L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, 2010, 264.

[14] Così F. G. SCOCA, *op. e loc. cit*., 263. La scelta della competenza funzionale del TAR Lazio e, nel suo interno, l'affidamento della cognizione delle vicende in parola alla Prima delle tre Sezioni, risponde, secondo l'autore, all'intenzione del legislatore di realizzare la concentrazione di tali vicende presso un solo giudice in primo come in secondo grado. In proposito pur essendo innegabile l'effetto positivo di tale opzione quanto alla capacità di garantire omogeneità negli orientamenti e sempre maggiore competenza nei giudici che si occupano costantemente della materia, non possono non rilevarsi anche i rischi che un assetto non fisiologico, può determinare: "in linea generale non sembra opportuno fissare la competenza relativa a tutte le controversie di un certo contenuto, o, peggio promosse nei confronti di una medesima parte (nel caso in esame, l'Autorità), dinanzi ad un solo giudice di primo grado: la pluralità dei giudici comporta pluralità di valutazioni, particolarmente utili quando il materiale da conoscere e valutare è complesso e tecnicamente difficile (…) Un giudice solo in primo grado, un giudice solo in appello: l'orientamento giurisprudenziale che ne sorte avrà il pregio di essere monolitico, ma può anche virare verso soluzioni non pienamente appaganti e difficilmente modificabili. In ogni caso il dialogo tra la parte (sempre quella) ed il giudice (sempre lo stesso) non sembra essere fisiologico ed è comunque troppo diretto e costante" (F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità*, *cit*., 266, nota 21).

[15] F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità*, *cit*., 259; Id., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato,* in *Dir. amm*., 2008, 2, 257 ss.

[16] Sul tema dell'effettività della tutela giurisdizionale si veda da ultimo G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, 105, il quale riconoscendo l'innegabile ruolo che essa riveste nel sistema giuridico poiché rappresenta "la stessa forza del diritto sostanziale quale risulta al termine delle vicende processuali che ne devono garantire l'attuazione" conduce, tuttavia, un'interessante lettura critica della visione dell'effettività come "mito dell'infallibilità del giudice". L'autore rileva la sempre più diffusa tendenza a porre l'amministrazione "sotto tutela giudiziaria, depotenziata e privata della sua funzione tradizionale" e ad investire il giudice "di una funzione salvifica – con conseguente dismissione della politica e dell'amministrazione – a fronte della quale non possono che innescarsi esiti deludenti".

[17] L'autonoma cognizione dei fatti da parte del giudice amministrativo e la sindacabilità della discrezionalità tecnica sono state sempre intimamente connesse. Il percorso verso l'adeguamento del sistema probatorio alle esigenze di una tutela piena ed effettiva ha compiuto un passo in avanti con l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo. Per un commento agli artt. 63 e ss. si veda F. G. SCOCA, *Art. 63*, in A. QUARANTA e V. LOPILATO (a cura di), Il processo amministrativo,

fettamente ricostruite dal giudice. In termini generali il dibattito dottrinale[18] sull'inquadramento dell'attività tecnico discrezionale della pubblica amministrazione ha costantemente impegnato gli studiosi del diritto amministrativo, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, piani che comportano reciproche interferenze. Non potendosi condividere le ricostruzioni che, a varie riprese e con diversi argomenti, hanno proposto un'identificazione o comunque un avvicinamento della discrezionalità tecnica a quella amministrativa[19] ed una coerente assimilazione in ordine al sindacato

commentario al D.Lgs. 104/2010, Milano, 2011, 535. Sul punto cfr. L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. Amm*., 3, 2014, 538 la quale, riferendosi alla previsione codicistica dell'istruzione probatoria, rileva come essa "sembrerebbe (e la formula dubitativa è d'obbligo a causa dell'applicazione che essa continua ad avere nelle sedi processuali) aver definitivamente consacrato quel pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo che da tempo veniva invocato dalla dottrina proprio nella richiamata prospettiva della garanzia di una piena tutela delle situazioni soggettive direttamente o indirettamente coinvolte da quel determinato esercizio di potere". Viene, tuttavia, immediatamente sottolineato come tale pienezza di tutela, riconosciuta nella regolazione dei principi, non è garantita in sede di applicazione processuale a causa del persistere, da parte del giudice amministrativo di " quella «deferenza» nei confronti dell'accertamento del fatto condotto dall'amministrazione, in concreto ritenuta titolare di quel complesso di conoscenze, di quell'*expertise*, che induce a non dubitare delle sue operazioni di accertamento del fatto, così sottratte, nella maggior parte dei casi dietro il baluardo dell'apprezzamento dell'interesse e dell'opinabilità del criterio applicato, al sindacato diretto, riproponendo, soprattutto nelle ipotesi di pseudo-discrezionalità, gli schemi propri di una verifica esterna dell'azione dell'amministrazione condotta facendo ricorso ai criteri della logica formale propri del sindacato estrinseco". Nello stesso senso A. TRAVI, *Giurisdizione e Amministrazione*, *cit*., 8, il quale rileva come "nell'esperienza comune della giurisprudenza, la ricostruzione dei fatti prospettata dall'amministrazione è spesso accompagnata da un'attendibilità privilegiata: all'amministrazione si crede di più, anche se essa sia parte in causa e anche se il principio del giusto processo esige la parità delle parti".

[18] La bibliografia in tema di discrezionalità tecnica è vastissima, si vedano, senza pretese di completezza: V. BACHELET, *L'Attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1981, vol I, 237; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm*., 1983, 371 ss; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e Giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1986, 1 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm*., 1992, pp. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; ID., *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm*., 4, 1998, 331; F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107; Idem, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb*. , 2000, 1045; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 2008, 791; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm*., 2011, 133; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte dei giudici amministrativi*, in *Dir. proc. amm*., 2013, 513.

[19] Pur nella consapevolezza, anche in tempi risalenti, della ontologica differenza tra valutazione tecnica e ponderazione di interessi (F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *giur. it*., 1902) tale ambito è stato considerato storicamente riservato all'amministrazione. Ciò veniva argomentato vuoi in ragione della preminenza della p.a. rispetto ai consociati (E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *giur. it*., 1910, IV; ID, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911) vuoi a causa del ruolo accessorio della discrezionalità tecnica rispetto alla valutazione degli interessi dalla quale derivava il carattere riservato (O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 368). La conclusione per l'insindacabilità di tali giudizi viene poi affermata a maggior ragione quando prevale l'idea dell'irrilevanza della distinzione tra le due categorie e della ascrivibilità della discrezionalità tecnica all'alveo del merito amministrativo (P. VIRGA, Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica, in *Jus*, 1957, 101; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, fin dall'edizione del 1952 e da ultimo 1989, 595). Rispetto a queste tesi furono mosse accese critiche invocando il rispetto dei principi di effettività della tutela e la possibilità di condurre in relazione a tali valutazioni tecniche un sindacato non solo esterno e formale (F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm*., 1983, 371 ss.).

operabile su di esse, si deve concordare con quella tesi che considera la discrezionalità tecnica estranea alla discrezionalità amministrativa[20] se non per un'erronea identità nominalistica che andrebbe corretta, ma la cui correzione si evita ormai solo in ragione della diffusa consapevolezza della loro reciproca estraneità[21]. Secondo questa impostazione di fronte ai concetti giuridici indeterminati presenti nelle norme di riferimento, il giudice è chiamato anch'egli alla loro qualificazione e specificazione ed il suo sindacato non deve arrestarsi ad una mera verifica di congruità o non illogicità delle valutazioni operate dall'amministrazione. Si tratta di un'attività che non impinge una valutazione o comparazione di interessi, che non attiene al merito amministrativo[22], unico ambito legittimamente riservato all'amministrazione[23]. La convinzione della mancanza di un ancoraggio al diritto positivo della riserva, in favore dell'amministrazione, dei giudizi tecnico valutativi porta quindi ad affermare che il principio di effettività della tutela, costituzionalmente garantito, impone la possibilità di sindacare pienamente le valutazioni tecniche ancorché opinabili inerendo esse all'accertamento dei fatti[24]. Così, con specifico riguardo al tema che ci

[20] L'idea dell'assoluta estraneità della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa, in ragione della mancanza di qualsiasi valutazione inerente alla ponderazione comparativa di interessi, viene sostenuta da M. S. GIANNINI già nel *Corso di diritto amministrativo* del 1967 e da ultimo, poi, in *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 55.

[21] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 56: "La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica un giudizio o volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo un giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale".
Sulla contraddittorietà della nozione di discrezionalità tecnica ancora F.G. SCOCA (*Valutazioni «automatiche» di titoli scientifici*, in *Foro amm. CDS*, 2011,9, 2892) il quale giunge ad affermare che l'impressione che non "riesc[e] a scacciare dalla mente è che il fantasma concettuale della discrezionalità tecnica venga evocato quando il giudice non ritenga di dover andare a fondo nell'accertamento del fatto".

[22] Sul concetto di merito in specifica relazione con i temi in oggetto si veda: G. MONTEDORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, 145 e ss. il quale, nell'intento di rivendicare uno spazio proprio dell'amministrazione che, sempre più spesso, a causa dell'espansività della giustizia amministrativa, è posta sotto un'impropria e deresponsabilizzante tutela giudiziaria, identifica appunto tale ambito nel merito inteso come "competenza esclusiva – dell'amministrazione – a valutare un determinato interesse pubblico". A tale proposito molto efficacemente si afferma che: "il merito garantisce l'amministrazione al contempo dall'invadenza della politica e dall'invadenza del giudice. Esso garantisce anche l'amministrazione dalla prepotenza dei poteri privati debordanti nel mondo globale. Ma è barriera fragile se l'amministrazione non ha competenza tecnica e professionale, dignità ed onore" (146).

[23] Sul tipo di sindacato esercitabile sui giudizi tecnici si veda: F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *dir. pubb.*, 2, 2004, 440; S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 349 ss; nonché gli autori citati nella nota successiva.

[24] F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, *cit.*, 1066: "ogni area di apprezzamento tecnico, che sia riservata all'amministrazione, e non sia quindi verificabile in giudizio, comporta una lesione (o una compressione) del principio di piena e generale tutela giurisdizionale, fissato in via di principio dall'art. 24, e ribadito, con riferimento puntuale all'azione delle amministrazioni pubbliche, dall'art. 113 della Costituzione". In questo senso, pur nella necessaria varietà di ricostruzioni, si vedano: G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1589; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 486; Id., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 319; L. R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 422; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 251 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, *cit.* 439;

occupa, la presenza, negli art. 2 e 3 della legge 287/1990 di concetti giuridici indeterminati che *l'Antitrust* è chiamata ad applicare, comporta la necessità, per l'Autorità, di procedere ad un'attività di specificazione, contestualizzazione e quindi definizione dei concetti stessi che, basandosi su saperi scientifici (tecnico-economici) non coinvolge valutazione e ponderazione di interessi. Presupposto concettuale è l'inquadramento del potere esercitato in tale sede quale potere neutrale[25]. Un potere, quindi, che consiste nella valutazione obiettiva finalizzata all'accertamento di comportamenti anti-giuridici (nello specifico illeciti *antitrust*) ed alla loro eventuale sanzione e che si atteggia, di conseguenza, come un "potere di decisione e non un potere di provvedere a cura di un interesse pubblico specifico"[26]. Da ciò discende la necessità di considerare gli atti sanzionatori delle *Authorities* come "decisioni amministrative"[27] solo formalmente ascrivibili alla categoria dei provvedimenti[28]. La complessità dei saperi

ID., *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia 'amministrativa'?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 304; da ultimo A. TRAVI, *Giurisdizione e Amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, 3.

[25] Tra i primi a sottolineare ed esaltare il profilo della neutralità, quale tratto distintivo e caratterizzante delle AAI, V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio della Autorità indipendenti*, in *dir. econ.*, 1998, 1, 239 e ss. Nello stesso senso: M. CLARICH, *Autorità indipendenti bilancio e prospettive di un modello*, *cit.*, 85 E. L. CAMILLI e M. CLARICH, *Poteri quasi giudiziali delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, 108 per i quali: "Le stesse funzioni esercitate dalle Autorità hanno un grado accentuato di «neutralità» cioè di equidistanza tra i vari interessi in gioco e una finalizzazione limitata al mero rispetto delle regole e al corretto funzionamento del mercato"; G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Introduzione*, in G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di) *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 28 che, illustrando le ragioni della creazione delle Autorità indipendenti, indicano in primo luogo "l'attribuzione di funzioni neutrali, regolatorie di tutti gli interessi in gioco, siano essi pubblici e privati, senza alcun condizionamento politico, senza alcuna prevalenza dell'interesse pubblico nella classica comparazione degli interessi propria dell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Le funzioni attribuite alle Autorità indipendenti non rientrano o meglio non devono rientrare, nell'attività di gestione, ma in quella di controllo di regolazione e di sanzione per le quali è necessaria la neutralità". Con analoghi contenuti si vedano anche 63, 67 e 68. Di esercizio di poteri neutrali parla anche A. PAJNO, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, *cit.*, 627 ed ancora 640; Per la critica a questa impostazione si veda per tutti A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 127, 178 ed in particolare 245 e ss. che, in relazione alla funzione *antitrust*, sostiene la necessità di riconoscere la fine del "mito della neutralità".

[26] "Il potere dell'AGCM è un potere di decisione e non un potere di provvedere a cura di un interesse pubblico specifico, e nemmeno di una serie di interessi pubblici specifici, da individuare e coordinare nel procedimento" Così F. G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *cit.*, 264.

[27] Il riferimento è a quell'elaborazione dottrinale che, nell'ambito dei provvedimenti amministrativi, individua una specifica categoria di atti, le decisioni, caratterizzati da proprie peculiarità quali l'essere il frutto di attività svolte in forma contenziosa e dirette alla precipua finalità di risolvere un conflitto reale o potenziale. M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; ID., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 810. Si sono occupati di approfondire il tema della decisione amministrativa come specifica categoria concettuale: M. S. Giannini, Sulle decisioni amministrative contenziose, in foro amm., 10-12, 1949 ora anche in *Scritti giuridici*; ID. *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1956, IV, 172, ora anche in *Scritti giuridici*; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 268; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 524; F. MERUSI e G. TOSCANO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, *ad vocem*, 1. Per un esame delle diverse posizioni dottrinarie e per diffusi riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a L. LAMBERTI, *Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative*, in *http//www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 11, 2012.

[28] Così F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit., 264, secondo il quale questa categorizzazione consentirebbe di rendere chiara la mancanza, in relazione a tali "decisioni", di qualsiasi esercizio di discrezionalità amministrativa e, conseguentemente, di qualsiasi ambito di merito. In questo senso A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I*

coinvolti può determinare, quindi, la difficoltà di identificare un'opzione incontrovertibile, essendo invece possibile la qualificazione del medesimo presupposto in modi tutti teoricamente attendibili. Tutto questo, giova ribadirlo, conduce la questione nell'ambito dell'opinabilità ma non dell'opportunità.

Tuttavia, come si vedrà, è proprio il rilievo attribuito al profilo dell'opinabilità delle valutazioni tecniche che ha determinato l'affermazione, pur nella consapevolezza della loro differenza rispetto a quelle discrezionali, di una riserva in capo all'amministrazione[29] da parte della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria. Impostazione che viene viepiù confermata quando tali valutazioni sono operate dalle *Authorities*, generalmente riconosciute come soggetti dotati di quella elevatissima competenza tecnica che ontologicamente le connota[30].

3. Il percorso compiuto dalla giurisprudenza amministrativa

La giurisprudenza amministrativa ha compiuto una significativa evoluzione in ordine al sindacato esercitato in tema di discrezionalità tecnica della quale, il primo passo, è stato la fuoriuscita delle valutazioni tecniche dall'alveo del merito insindacabile a favore della loro riconduzione alla generale categoria della discrezionalità[31]. In questo modo, in ordine ad esse, il giudice poteva operare l'ordinario sindacato di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere. Numerose erano le voci in dottrina[32] che segnalavano il chiaro errore di fondo, nell'impostazione della questione, ma solo quando la giurisprudenza

garanti delle regole, Bologna, 1996, 134, il quale qualifica l'attività tipica dell'Antitrust come "attività contenziosa nel duplice senso che essa è organizzata secondo un modello volto ad assicurare il contraddittorio e che essa è strutturata come attività che risolve un conflitto, anche potenziale, in materia di abuso di posizione dominante, di intese restrittive della libertà di concorrenza e di operazioni di concentrazione". A tale conclusione Pajno giunge sulla base della distinzione tra attività partecipata e attività contenziosa rilevando come in relazione alla seconda "ai relativi procedimenti fanno capo le decisioni amministrative le quali sono tradizionalmente identificate in quelle adottate a seguito di un procedimento che dà rilievo ad un conflitto di interessi, allo scopo di risolverlo (Nigro)". Considera non propriamente provvedimenti amministrativi le sanzioni in generale R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *http//:giustiziaamministrativa.it.*, 2013, che, evidenziando la specialità del procedimento e del regime processuale che le caratterizza, rileva come "queste peculiarità (procedimentali e processuali) possono spiegarsi in considerazione del fatto che le sanzioni amministrative, a rigore, pur essendo adottate da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere autoritativo, non sono, appunto, propriamente provvedimenti amministrativi (…)la sanzione amministrativa in senso proprio ha esclusivamente finalità afflittiva: essa non è diretta a curare o realizzare un interesse pubblico particolare, ma solo a punire chi ha trasgredito le regole".

[29] Riconoscono una riserva a favore dell'amministrazione sulle valutazioni tecniche: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 228 che la riconnette alla sussistenza di un interesse pubblico; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, che la lega alla soggettività assoluta e all'irripetibilità del giudizio; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, 312, 339 ed anche 373, che la riconnette all'esistenza di due concorrenti fattori: l'idoneità della struttura organizzativa amministrativa e l'inequivoca indicazione da parte della legge. Per una completa ricostruzione di tali tesi definite di insindacabilità subiettiva (a differenza di quelle più risalenti classificate di insindacabilità oggettiva) unita ad una convincente ed argomentata critica cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 319 ess. Più recentemente sempre a favore della suddetta riserva: F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 2008, 791; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in D*ir. proc. amm.*, 2011, 133.

[30] A. PAJNO, *Il giudice delle autorità indipendenti*, in *dir proc. amm.*, 3, 2004, 626.

[31] Per una ricostruzione della giurisprudenza in relazione al tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica si veda da ultimo: G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2, 2015, 705.

[32] Per tutti cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 431.

con la nota sentenza Cons. Stato, IV, 9 aprile, 1999 n. 601[33] ha fatto propria l'innegabile e risolvente differenza tra opportunità ed opinabilità si è aperta la strada alla corretta ricostruzione del problema anche da parte del giudice amministrativo. Questi si è quindi posto il diverso tema di quale intensità possa avere il suo sindacato su scelte che non consistano nella valutazione comparativa di interessi. Anche in relazione a tale aspetto la giurisprudenza amministrativa, grazie allo stimolo specifico derivante dallo scrutinio degli atti delle AAI e dalle sollecitazioni della dottrina, ha compiuto significativi progressi nella direzione della pienezza ed effettività della tutela. Superati infatti i primi approcci che esercitando un sindacato "debole"[34], arrestavano lo scrutinio alla verifica della logicità, congruità, ragionevolezza, corretta motivazione ed istruzione del provvedimento, si è giunti a riconoscere la necessità di operare un sindacato che, "accertando in modo pieno i fatti e verificando il processo valutativo svolto dall'Autorità in base alle regole tecniche, a loro volta scrutinate, incontra l'unico limite nell'impossibilità di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio di un potere ad essa riservato"[35].
L'evoluzione della giurisprudenza si è quindi mossa nella direzione corretta pur senza abbandonare un approccio legato ad un sindacato di legittimità sull'atto sanzionatorio e non una "conoscenza diretta del rapporto tra Autorità ed imprese sanzionate"[36]. Analizzando la più recente giurisprudenza in tema di sanzioni *antitrust* si rileva che gli arresti del Consiglio di Stato si sono essenzialmente consolidati nell'operare un sindacato sicuramente penetrante ma che si arresta, con avallo della Cassazione[37], dinanzi alle qualificazioni dei concetti indeterminati operate dall'Autorità con l'avvertenza che le poche fughe in avanti operate dal TAR Lazio[38] sono state sistematicamente bocciate dai giudici di Palazzo Spada[39]. Con specifico riguardo alla possibilità, per il giudice, di assumere a fondamento della propria decisione una tesi diversa rispetto a quella dell'Autorità, derivante dalle risultanze del processo, si può ancora riconoscere quella forma di rispetto nei confronti del "ruolo dell'Autorità" che caratterizza l'approccio del

[33] Cons. Stato, IV, 9 aprile, 1999 n. 601 in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1179 con nota di D. De Pretis, *Discrezionalità tecnica e limiti del controllo giurisdizionale*, ma anche in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182 con note di Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*.

[34] Cons. St., VI, 18 giugno 2002, n. 5156.

[35] Cons. St., VI, 2 marzo 2004, n. 926. Su tale linea Cons. Stato, VI, 20 febbraio 2008, n. 597 ove espressamente si afferma che il sindacato operato dal ga è "un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito sia stato correttamente esercitato".

[36] F. G. Scoca, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, *cit*., 278.

[37] Cfr. Cass., SU, 20 gennaio 2014, n. 1013, in cui si afferma che "il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini".

[38] Tar Lazio, I, 27 marzo 2012, n. 2899.

[39] Cons. di Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693; Cons. di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673; Cons. di Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228.

giudice amministrativo[40]. Pur nella consapevolezza che questo limite incontra larga condivisione in dottrina che, nella varietà delle ricostruzioni, giunge costantemente a riaffermarlo[41], si deve concordare con l'opinione di chi rivendica al giudice la possibilità di disattendere le valutazioni di ordine tecnico dell'amministrazione quando esse non siano convincenti[42] ciò in quanto la possibilità che prevalga il convincimento che il giudice si è formato alla luce del contraddittorio processuale e dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio, rispetto alla tesi dell'amministrazione, non è altro che una possibile "fisiologica" conclusione connessa alla pienezza del suo sindacato[43]. Si giunge, così, alla temuta possibilità della "sostituzione del giudice all'amministrazione", questione da sempre dibattuta[44] e che involge il tema della separazione dei poteri. In proposito si deve certo convenire che nel caso in cui l'opinabilità del criterio tecnico, specificamente scrutinato, consente di individuare diverse tesi tutte teoricamente attendibili, è più arduo sostenere che il giudice debba sostituire la tesi opinabile dell'Autorità con una, propria, altrettanto opinabile[45]. Ma a ben vedere quello che accade spesso è cosa diversa. L'opinabilità[46], infatti, lungi dall'essere verificata in relazione al singolo caso concreto, viene invocata dalla giurisprudenza come pregiudiziale barriera, come limite insuperabile, sul cui uscio il sindacato giurisdizionale si arresta. Cosa non condivisibile se si considera che il giudice ha la possibilità, nel giudizio, di operare quel confronto con le tesi tecniche alternative portate in giudizio dalle parti, introdotte dall'eventuale consulenza tecnica d'ufficio, o da lui stesso elaborate[47] in relazione a ciascun specifico aspetto della questione. Questo gli consente di ricostruire completamente ed autonomamente i fatti e di esprimersi su di essi non verificando che la tesi posta a base della decisione dell'Autorità sia

[40] Isolate pronunce hanno riconosciuto tale possibilità più nelle affermazioni di principio che nella effettiva realizzazione: Cons. St., VI, 8 febbraio 2007, n. 515; Cons. St., VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

[41] D. DE PRETIS, voce *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di) Dizionario *di diritto pubblico*, 2006, 6179; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005.

[42] A. TRAVI, *Giurisdizione e Amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, 9.

[43] "La c.d. sostituzione del giudice all'amministrazione, o, meglio la prevalenza del convincimento del giudice, raggiunto a seguito del contraddittorio processuale e del contributo tecnico dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio (con l'ausilio dei tecnici di parte), sulla tesi elaborata dall'amministrazione, e portata in giudizio come tesi di una delle parti processuali, [essa] non è altro che la conclusione fisiologica del sindacato intrinseco, inteso nel suo senso pieno (o "forte")" F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, 278. In questo senso A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, *cit.*, 443; R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *giur. comm.*, 2003, 2, 170; L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto*, cit., 535, E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2014, 703.

[44] Si veda da ultimo F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2013.

[45] Anche se il contraddittorio che si svolge dinanzi al giudice può avere una portata maggiore rispetto a quello realizzato dinanzi all'Autorità. Ciò determinerebbe che la tesi opinabile che il giudice si è formato, ha ricevuto il pieno contributo partecipativo/difensivo dei soggetti coinvolti cosa che, come verrà illustrato nel par. 5, assume una rilevanza determinante in ordine al rispetto dell'Art. 6 CEDU.

[46] Sul punto si veda L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto*, *cit.*, 540 che evidenzia come quando ricorre l'opinabilità "l'eventuale rivalutazione del fatto da parte del giudice amministrativo viene vista come una inaccettabile sostituzione del giudice amministrativo al momento della volizione dell'amministrazione, con conseguente limitazione del sindacato entro i tradizionali confini del sindacato estrinseco e, quindi, anche dell'apparato probatorio utilizzabile".

[47] Così F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, cit., 278.

convincente ma appurando che essa risulti "la più convincente" tra quelle presenti in giudizio[48]. Queste conclusioni, raggiunte dalla più avveduta dottrina, e condivise, anche se spesso solo nelle dichiarazioni di principio, da isolate voci della giurisprudenza, sono oggi invocate in relazione al rispetto dell'art. 6 CEDU.

4. La giurisdizione in materia di sanzioni comminate dalla Consob e dalla Banca d'Italia

La questione della qualificazione delle sanzioni irrogate dalle AAI e del loro sindacato è stata riportata al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale dal duplice intervento della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in tema di sanzioni comminate dalla Consob e dalla Banca d'Italia e dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno qualificato le sanzioni comminate dall'*Antitrust*[49] e dalla Consob[50] come pene in senso tecnico alle quali si deve applicare, quindi, l'art. 6 CEDU[51].

Per quanto concerne le sentenze della Corte costituzionale si tratta dell'ennesimo intervento su una questione che è stata oggetto di continui *revirement* da parte del legislatore e delle supreme Corti e che verosimilmente non sarà l'ultimo. La disciplina, d'altra parte, è stata a sua volta caratterizzata dalla singolare e perdurante duplicità del giudice competente a sindacarle. Premessa infatti la generale competenza del giudice ordinario in ordine alle sanzioni amministrative pecuniarie (stabilita all'art. 22 e ss. della legge 24 novembre 1981, n. 689[52]), essa era specificamente prevista anche in relazione alle sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia mentre, nelle successive leggi istitutive dell' *Antitrust*[53] e delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità[54], il legislatore ha destinato il sindacato sulle sanzioni alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Le sanzioni in materia creditizia e mobiliare sono state, quindi, protagoniste di un periodo di intensa fibrillazione (con continue modificazioni delle norme in tema di giurisdizione)[55] del quale l'ultimo atto sembrava quello compiuto

[48] Così F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato,* in *Dir. amm.*, 2008, 2, 279. Nello stesso senso E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2015, 197, il quale afferma che "il sindacato del giudice non può escludersi in presenza di un provvedimento amministrativo applicativo di un parametro tecnico opinabile che fa parte della fattispecie normativa, da applicare al caso concreto." Esattamente come l'amministrazione che, in casi del genere, non compie alcuna ponderazione di interessi e quindi alcuna valutazione di merito, limitandosi ad un'attività di interpretazione del dato normativo, anche il giudice non fa altro che accertare il fatto valutando il dato tecnico richiamato nella norma. Per queste ragioni "non si può affermare [pertanto] che il giudice vada ad esprimere un giudizio riservato al potere amministrativo".

[49] Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie.*

[50] Corte europea dei diritti dell'uomo 4 marzo 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie.*

[51] Sul punto si veda il paragrafo successivo.

[52] Disposizione oggi abrogata dall'art. 34, co 1 lett. c) del d. lgs. 1 settembre 2011, n. 150 e le cui disposizioni sono riprese nell'art. 6 del medesimo decreto.

[53] In relazione al rapporto tra legge 287/90 e l. 689/81 si ricorda che l'art. 31 della legge antitrust stabilisce che: "per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689". Quindi pur essendo disposto all'art. 33 la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo da subito si è anche affermata la necessità che il suo sindacato fosse esercitato anche alla luce dei principi generali in tema di sanzioni amministrative.

[54] Legge 14 novembre 1995, n. 481, art. 2, comma 25; Legge 31 luglio 1997, n. 249 art. 1, comma 26.

[55] Sul punto si veda M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162*, in *www.giustizia-amministrativa.it*., che ricostruiscono appunto l'alternarsi della giurisdizione ordinaria ed amministrativa sulla materia determinata dal susseguirisi degli interventi normativi e dalle conseguenti interpretazioni giurisprudenziali.

con l'approvazione del Codice del processo amministrativo che, superando la suddetta differenziazione, affermava all'art 133 comma 1, lett. l), la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sugli atti sanzionatori provenienti dalle AAI con cognizione estesa al merito (in relazione alle sanzioni pecuniarie) e competenza funzionale del TAR Lazio- Roma.

Questa scelta, operando un'innegabile razionalizzazione del sistema, si muoveva nella direzione di identificare il giudice amministrativo come "giudice naturale delle Autorità indipendenti e addirittura dell'intera regolazione economica[56]". Superate, infatti, le significative differenze che caratterizzavano i poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario, e valorizzando lo stretto nesso tra l'attività di vigilanza e sanzionatoria, si era operata una riunione in capo ad un unico plesso giudiziario delle vicende sanzionatorie gestite dalle Autorità indipendenti che, pur con i necessari distinguo, presentano innegabili tratti di analogia. La Corte costituzionale, però, ha censurato l'operato del legislatore affermando (con specifico riferimento alle sanzioni comminate dalla Consob[57]) che, nell'esercitare la delega[58], non aveva tenuto conto "della giurisprudenza delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto". La Consulta ha ricordato in proposito che "la Corte di Cassazione ha, infatti, sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni (art. 196 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) avverso le sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa[59]". Stesse consi-

[56] Così M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob …", cit*.

[57] Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162 sulla quale si veda A. POLICE e A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it*., 3, 2013, 684.

[58] Art. 44 legge 18 giugno 2009, n. 69 Sul quale cfr.: A. PAJNO, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 44; C. CACCIAVILLANI, *Commento all'art. 44 della l. n. 69/2009 (delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo)*, in *Giustamm.it*, 11, 2009. Sulla reale natura della delega contenuta nell'art. 44 si veda M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob*, *cit*., per i quali: "la delega concessa dall'art. 44 ha [invece] solo il *nomen* di una delega di mero riordino, mentre la sostanza è quella di una delegazione assai ampia volta a risolvere, in maniera innovativa, le problematiche emerse in seno al processo amministrativo nel corso degli anni. E ciò valeva anche per la tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità indipendenti, dove l'impugnazione delle sanzioni pecuniarie della Consob e della Banca d'Italia era rimasta un unicum nel complessivo sistema della tutela giurisdizionale avverso le sanzioni delle autorità di regolazione. Se la *ratio* non è dunque soltanto quella di riordinare, ma anche di riformare, i principi potevano essere interpretati alla luce di questo secondo intento. Ed in relazione ad esso tali principi sembrano sufficientemente precisi. In particolar modo l'obbiettivo di assicurare la concentrazione delle tutele innanzi a un solo ordine giudiziario è ribadito sia come fine (al primo comma), sia come principio (al secondo comma)."

[59] La Corte Costituzionale richiama sul punto Corte di cassazione, sezioni unite civili, 22 luglio 2004, n. 13703; nello stesso senso 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383; la Consulta conclude rilevando che "La citata giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della Consob sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa), impedisce di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato, il quale, incidendo profondamente sul precedente assetto, ha trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob, discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega."

derazioni sono alla base della decisione relativa alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia[60]. In entrambi i casi, secondo la Consulta, il legislatore delegato, intervenendo in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi avrebbe dovuto tener conto "della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori nell'assicurare la concentrazione delle tutele".

In merito alle sentenze richiamate si rileva che il tema in oggetto è molto meno lineare di quanto rappresentato dalla Consulta sia a causa dell'annoso ed irrisolto dibattito in tema di potere sanzionatorio e posizioni giuridiche soggettive coinvolte[61] sia in ragione dei differenti approcci tenuti dalla stessa Cassazione a pro-

[60] Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 42 in cui si afferma parimenti che: "il legislatore delegato non ha tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto, con riguardo tanto alle sanzioni previste dall'art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998 (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2980 del 2005), quanto a quelle previste dall'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993 (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze n. 13709 del 2004 e n. 16577 del 2010; pur essendo originate da sanzioni di questo secondo tipo, si riferiscono ad entrambe le sanzioni le ordinanze della Corte di cassazione, sezioni unite civili, n. 9600 e n. 9602 del 2006). L'intervento del legislatore delegato, incidendo profondamente sul precedente assetto, si è illegittimamente discostato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, in violazione della delega." Sulla sentenza in parola si veda: A. DAIDONE, *Repetita non iuvant: la Corte costituzionale torna sulla giurisdizione esclusiva*, in *Federalismi.it*, 16, 2014.

[61] Tuttora si fronteggiano le due opposte ricostruzioni tese l'una ad esaltare la valenza punitiva della sanzione l'altra ad enfatizzare il suo profilo di strumento volto alla realizzazione di pubblici interessi. Secondo la prima tesi le sanzioni amministrative si caratterizzano per essere provvedimenti dotati di peculiare specificità sicuramente accentuata a seguito dell'introduzione della legge di depenalizzazione del 1981. Le due caratteristiche ontologiche della sanzione amministrativa "l'incidenza sfavorevole rispetto ad un interesse del destinatario" e "la relazione con la violazione di un precetto da parte del cittadino" consentirebbero di identificare il concetto giuridico di sanzione come una "pena in senso tecnico" (così C. E. PALIERO e A. TRAVI, voce Sanzioni amministrative, in *Enc. dir.*, XLI, Milano 1989, 350). La sanzione rappresenta cioè la reazione che l'ordinamento predispone rispetto ad un comportamento qualificato come antigiuridico ed al quale corrisponde un contenuto punitivo che persegue finalità di prevenzione generale e speciale (così P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 580). Si distingue, inoltre, la sanzione propriamente detta (o sanzione in senso stretto) dalla sanzione (o misura) ripristinatoria. La prima diretta esclusivamente ad assicurare il rispetto di norme poste a tutela dell'interesse pubblico, la seconda volta a perseguire il medesimo interesse cui è preposta la norma alla cui violazione essa consegue. Nella comminazione di sanzioni pecuniarie, la cui natura è esclusivamente afflittiva, la pubblica amministrazione sarebbe, inoltre, priva di margini di discrezionalità (in quanto chiamata ad operare un'attività di verifica della sussistenza dell'illecito al quale *ex lege* consegue l'applicazione della sanzione stessa) diversamente da quanto accade per le sanzioni ripristinatorie rispetto alle quali entrano in considerazioni profili legati al perseguimento dell'interesse pubblico. Sulla assenza di discrezionalità nelle sanzioni pecuniarie in ordine all' *an* si veda M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 199. Sul punto si veda anche: R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 398; G. SERVERINI, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento VI, Milano, 2002, 1005 e ss. e naturalmente anche E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Le Sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1982, 87 e ss.

Secondo la ricostruzione per molti versi opposta la pubblica amministrazione, nell'esercizio della potestà sanzionatoria porrebbe in essere un'attività non solo autoritativa ma anche propriamente discrezionale. Tali tesi sono state recentemente riprese con approfonditi argomenti da F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2013, 1, 79 e ss cui si rinvia anche per i diffusi riferimenti bibliografici sul tema. Dello stesso autore si veda, però anche il più recente scritto (*Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, 2, 337 ess.) in cui si sostiene la necessità, a seguito dell'impatto della giurisprudenza della Corte EDU, di identificare una nozione di sanzione pecuniaria in senso stretto in cui è esaltata la finalità esclusivamente punitiva.

posito di sanzioni comminate da (o su proposta di) Autorità indipendenti[62]. Queste profonde differenze di ricostruzione, che non trovano ragion d'essere in reali differenze tra le fattispecie considerate, consentono di auspicare che le summenzionate incostituzionalità, pronunciate in ragione di uno scorretto esercizio della delega, possano non essere confermate nel caso in cui l'attribuzione della cognizione sulle sanzioni creditizie e mobiliari venga operata attraverso un intervento del legislatore ordinario. Non c'è ragione per non preferire una concentrazione delle tutele in capo al medesimo giudice[63] che assicuri l'eguaglianza delle garanzie nel trattamento processuale così come non c'è ragione di presumere, in accordo ad una visione tradizionale e superata, che il giudice amministrativo sia in grado di fornire una tutela meno piena od effettiva rispetto a quello ordinario con riferimento alle vicende economiche. Il giudice amministrativo ben può assicurare la piena tutela di coloro che lamentino l'illegittima comminazione di sanzioni da parte delle Autorità amministrative indipendenti, a condizione che il suo sindacato, si spinga a verificare i presupposti per l'applicazione della sanzione valutando la reale sussistenza della fattispecie illecita da sanzionare[64].

5. Il principio di equo processo nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo e le sanzioni delle *Authorities* come pene in senso tecnico

Ulteriore fattore di condizionamento in ordine al sindacato esercitato dal giudice amministrativo sugli atti sanzionatori delle Autorità indipendenti è, infine, rappresentato dalla giurisprudenza sovranazionale e, specificamente, dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo ex art. 6 CEDU che, in tema di "equo processo", al par. 1, stabilisce il diritto di ogni persona "a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta."

Quanto all'applicabilità delle disposizioni della CEDU nel nostro ordinamento la Corte costituzionale[65] è ferma nel considerarle esclusivamen-

[62] Cass., SU, 29 novembre 2007, nn. 24816, 24817 e 24818 in tema di sanzioni comminate su proposta dell'Isvap ed in termini generali sull'inquadramento delle sanzioni antitrust Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667. Sul punto F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative pecuniarie delle autorità indipendenti come provvedimenti discrezionali ed autoritativi: conseguenze di sistema ed in punto di tutela giurisdizionale*, in M. ALLENA e S. CIMINI, (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, 3, 2013, 368.

[63] Si ricorda in proposito che F. MERUSI (*Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, *cit*.,) ormai quindici anni fa denunciava come le Autorità indipendenti fossero "fonte di scandalo" anche con riguardo alla tutela giurisdizionale essendovi "giudici diversi per situazioni giuridiche simili e procedimenti processuali diversi a seconda che si impugnino provvedimenti dell'uno o dell'altra autorità". Tale fonte di scandalo a seguito dell'intervento della Corte costituzionale perdura.

[64] In questo senso M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sanzioni pecuniarie* antitrust *dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir proc. amm.*, 2005, 345 ove si afferma che: "ciò che manca alla tutela in materia sanzionatoria per potersi definire adeguata è il punto di attacco, la premessa, ossia la possibilità di un sindacato pieno circa i presupposti applicativi della sanzione stessa, definiti come risultato dell'esercizio di discrezionalità tecnica. Il problema non è tanto quello di verificare la congruità e la correttezza dei criteri utilizzati dall'Autorità per determinare l'importo delle sanzioni, quanto piuttosto di accertare effettivamente la concreta esistenza di una condotta illecita sanzionabile. Altrimenti, si consente l'applicazione di una sanzione pecuniaria, eventualmente ingente, per una condotta ritenuta illecita sulla base di un ragionamento di teoria economica che appartiene al novero delle «scienze inesatte ed opinabili», attraverso il quale l'Autorità avrebbe «integrato» concetti giuridici indeterminati."

[65] Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349 in *Foro it*., 2008, I, 40. Sulla questione cfr.: M. CARTABIA, *Le sentenze « gemelle »: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost*.,

te come fonti internazionali pattizie, che vincolano i giudici interni ad un'interpretazione della disciplina nazionale ad esse conforme. Da questa impostazione discende che, in caso di contrasto non superabile per via interpretativa, non sia possibile, per il giudice, la disapplicazione diffusa[66] delle norme nazionali in quanto quelle della CEDU assumono solo valore di norme interposte ex art. 117, comma 1 in un giudizio di legittimità costituzionale. Per vero a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona che, modificando l'art. 6 TUE stabilisce, tra l'altro, l'adesione della UE alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, la giurisprudenza amministrativa[67] aveva ritenuto immediatamente applicabili i principi di effettività della tutela ex art. 6 CEDU. Questa impostazione, tuttavia, non è stata condivisa dalla Consulta[68] che ha negato la possibilità di riconoscere pieno ingresso alle disposizioni della CEDU nel diritto comunitario non essendo stato completato l'iter di adesione dell'Unione europea alla Convenzione. Nonostante le cautele della Corte costituzionale, destinate in ogni caso a rimanere superate quando tale iter risulterà completato, sempre crescente è l'attenzione che la dottrina[69] e la giurisprudenza amministrative[70] dedicano alla coerenza del nostro ordinamento ai principi dell'art. 6 CEDU alimentata dalla progressiva apertura, operata dalla Corte EDU, della loro rilevanza nelle vicende coinvolgenti la pubblica amministrazione.

La Corte di Strasburgo ha compiuto un cammino interpretativo sulla materia e, dopo aver individuato una serie di parametri cui fare riferimento per ritenere sussistente un'*accusa penale*[71], è stata più volte chiamata a pronunciarsi sullo specifico tema delle sanzioni irrogate da Autorità indipendenti giungendo, infine, a riconoscere, coerentemente con quanto deciso a proposito di Autorità di altri Paesi, l'applicabilità dell'art. 6 CEDU sia alle sanzioni inflitte dall'AGCM[72] che a quelle irrogate dalla Consob[73].

Prima di soffermarsi sul contenuto di tali sentenze preme ricordare che, nel compimento del suddetto cammino, la giurisprudenza di Strasburgo ha progressivamente ampliato l'ambito applicativo dell'art. 6 facendo emergere il rilievo sostanziale di tale previsione[74]. La Corte

2007, 3573 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, ibidem, 3564 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur*., 2008, 201 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo,* in *www.federalismi.it*, 22, 2007.

[66] Sul tema si veda M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la Cedu: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione*, in *dir. proc. amm*., 3, 2012, 825.

[67] Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1220 e Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 18 maggio 2010, n. 11984 in *www.giustamm.it*, con nota di A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*.

[68] Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80.

[69] Sulla necessità per la dottrina amministrativa di approfondire le ricadute delle prescrizioni della CEDU nell'ambito del nostro ordinamento cfr. G. GRECO, La *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pub*., 2000, 25.

[70] Si veda da ultimo Cons. St., VI, 26 marzo 2015, n. 1596 sulla quale si dirà più avanti nel testo.

[71] Corte europea dei diritti dell'uomo casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, *Engel and Others v. the Netherlands*. Nella sentenza Engel si afferma un principio, poi divenuto consolidato, per il quale la qualificazione come penale di una sanzione, nell'ordinamento interno, vale ad affermare automaticamente l'applicabilità, ad essa, della Convenzione, ma, tale mancata qualificazione non vale ad escluderla. In tale circostanza si dovrà valutare la sussistenza dei (tra loro autonomi) criteri del carattere punitivo ovvero della gravità del sacrificio imposto.

[72] Corte europea dei diritti dell'uomo sentenza 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini c. Italie.*

[73] Corte europea dei diritti dell'uomo sentenza 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*.

[74] Così M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: Nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *www.ius-publicum.com*, dicembre 2014.

EDU, infatti, ha interpretato le nozioni di *tribunale*, di *accusa penale* e di *diritti di carattere civile* in maniera del tutto indipendente rispetto alle accezioni da esse assunte negli ordinamenti degli Stati aderenti, in modo da estendere l'applicabilità delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU oltre i confini civili e penali e quindi anche ai procedimenti amministrativi originariamente ritenuti ad esso estranei[75]. Così la giurisprudenza di Strasburgo ha ritenuto di poter scrutinare l'azione di un'amministrazione pubblica (alla luce dei parametri dell'*equo processo*) tutte le volte in cui il suo operato si traduca in una *pena*[76] per il destinatario della sua azione ovvero incida su un bene della vita connesso, anche indirettamente, a profili patrimoniali[77]. Con la precisazione che tale scrutinio consiste nella verifica del rispetto delle regole circa l'indipendenza dell'autorità che commina la *pena* e la sua separazione rispetto a quella che formula l'accusa[78], la presunzione di innocenza, la parità delle armi e il contraddittorio pieno tra le parti[79]. Tutte le volte in cui queste garanzie non possono dirsi assicurate nel procedimento posto in essere dall'amministrazione, i giudici di Strasburgo muovono a considerare il successivo sindacato operato dai giudici nazionali saldando, così, la fase sostanziale a quella processuale[80]. Ed i canoni dell'equo processo sono considerati soddisfatti solo nel caso in cui, in tale successivo ed eventuale momento, le riscontrate carenze procedurali risultino colmate da adeguate garanzie processuali consistenti nell'esistenza di un giudice terzo, di una pubblica udienza, di un completo contraddittorio tra le parti e di un sindacato che assicuri l'esercizio di una *full jurisdiction*.

Con riguardo alle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti, quindi, la verifica del rispetto delle disposizioni di cui all'art.6 CEDU comporta, in primo luogo, la verifica della sussistenza delle garanzie procedimentali per la loro irrogazione[81]. Emblematica sul punto è la vicenda

[75] Idem, *op. e loc. cit*.

[76] Corte europea dei diritti dell'uomo 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*.

[77] Corte europea dei diritti dell'uomo 5 febbraio 2004, caso 54039/00, Corte europea dei diritti dell'uomo *Morscher v. Austria*; sentenza 14 novembre 2006, caso 60860/00, *Tsfaio v. United Kingdom*.

[78] Corte europea dei diritti dell'uomo sentenza 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S. A. v. France* nella quale si censura, in relazione alle sanzioni bancarie francesi, la mancanza di sufficiente separazione tra il *Secrétariat Général* e la *Commission*. In proposito M. ALLENA, *op e loc. cit.*, 17, ricorda che a seguito di tale pronuncia in Francia è stata operata una riforma del sistema con la creazione *dell'Autoritè de control prudentiel* in cui vi è una netta distinzione tra organo istruttorio - accusatorio e decidente. La cosa, rileva l'autrice, "è particolarmente significativa, soprattutto ove si consideri che, a ben vedere, il *Secrétariat Général* non era dotato di una posizione di minore separatezza rispetto a quella che connota i funzionari svolgenti compiti istruttori nei procedimenti sanzionatori delle diverse Autorità indipendenti italiane: sicché, le censure mosse avverso l'organizzazione interna della *Commission bancaire* potrebbero, in gran parte essere trasferite a queste ultime".

[79] Corte europea dei diritti dell'uomo 5 Ottobre 2000, caso n. 32367/96 *APEH Uldozzotteinek* Szovetsege and Others *v. Hungary*; Corte europea dei diritti dell'uomo 25 luglio 2000, caso 23969/94, *Mattoccia v. Italy*. Sull'incompatibilità con le previsioni della CEDU delle disposizioni sull'irrilevanza dei vizi formali di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della legge 241/1990 si veda E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza…*, *cit*., 770. Nello stesso senso F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e guirisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *dir. proc. amm.*, 2013, 3, 669.

[80] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 16 dicembre 2008, caso n. 23510/02, *Vitrenko and Others v. Ukraine*.

[81] Rilievo chiaramente affermato, in relazione alle sanzioni Consob in Corte europea dei diritti dell'uomo sentenza 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*. Sul punto cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *dir. proc. amm.*, 2015, in paricolare 515 e ss., il quale, scrutinando il procedimento antitrust alla luce dei rilievi sollevati dalla Corte di Strasburgo al procedimento di irrogazione delle sanzioni Consob, nella sentenza Grande Stevens, ha rilevato diversi profili di evidente criticità. Per

che ha riguardato il regolamento sanzionatorio della Consob[82] che, oltre ad essere stato oggetto di censure da parte della Corte EDU in relazione all'art. 6, è stato anche ritenuto illegittimo dal Consiglio di Stato[83], in un *obiter dictum* nel quale, escludendosi la possibilità di stabilirne l'illegittimità in relazione all'art. 6 CEDU[84], la si è rilevata con riguardo alla normativa interna primaria (Artt.187-*septies* e 195 del T.U.F., come modificati dalla legge 63/2005) per il mancato rispetto del principio del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti. Tale decisione del Consiglio di Stato ha determinato l'intento di sottoporre a modifica anche il successivo regolamento[85] che la Consob, nelle more di tali giudizi, aveva adottato ed in relazione al quale, ancora, tali principi non sembravano pienamente assicurati[86].

La mancanza di suddette garanzie, che per la Corte EDU comporta anche l'impossibilità di un'immediata operatività della sanzione così comminata[87], può essere compensata solo da un successivo sindacato pieno operato dal giudice. Diviene, quindi, cruciale in primo luogo chiarire quando il parametro della *full jurisdiction* possa dirsi soddisfatto e, ai fini dell'approfondimento che si conduce, verificare se ciò, con riguardo agli atti sanzionatori delle *Authorities*, concretamente avvenga.

7. *Full jurisdiction* e sindacato del giudice amministrativo

Muovendo dall'analisi della giurisprudenza di Strasburgo si evince in maniera chiara cosa si debba intendere per *full jurisdiction*. Perché la

una ricostruzione ed un'approfondita analisi critica delle diverse normative cfr. M. CLARICH e L ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, 358. Sempre con riguardo alle sanzioni Consob la questione è stata da ultimo affrontata da Consiglio di Stato VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

[82] Ci si riferisce a quello contenuto nelle Delibere 21 giugno 2005, n. 15086 e 5 agosto 2005, n. 15131.

[83] Consiglio di Stato VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

[84] Il Consiglio di Stato ha escluso che il regolamento Consob 15086/2005 disciplinante il procedimento di irrogazione delle sanzioni di cui agli artt. 187-ter e 187-quater del T.U.F., possa essere considerato direttamente in contrasto con l'art. 6, par. 1 CEDU. Ciò in quanto tale disposizione non impone che la comminazione delle sanzioni inflitte dalla Consob sia realizzata, già nella fase procedimentale, nel rispetto delle garanzie di cui all'art. 6. Secondo i giudici di Palazzo Spada, quindi, non è corretto far discendere dalle disposizioni in materia di giusto processo "la necessità di una trasformazione in senso paragiurisdizionale del procedimento amministrativo (e la necessaria applicazione in esso delle garanzie del giusto processo, prima fra tutte quella del contraddittorio orizzontale tra due parti poste in posizioni di parità rispetto all'autorità decidente)". Nel caso in cui tali garanzie fossero già previste e vi fosse una connotazione "quasi-judicial del procedimento amministrativo sanzionatorio" questo consentirebbe di ritenere esaurita la questione. Ma nell'ipotesi in cui tali garanzie a livello procedimentale non vi fossero, cosa che, si sottolinea, accade in molti Stati membri, "l'art. 6, par. 1, CEDU postula che l'interessato che subisce la sanzione abbia la concreta possibilità di sottoporre la questione relativa alla fondatezza dell'accusa penale contro di lui mossa ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*. Il sindacato di *full jurisdction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale". E questo, si dice, è ciò che accade nel nostro ordinamento.

[85] Delibera 18750/2013.

[86] E' quindi intervenuta la delibera 29 maggio 2015 n. 19158 che ha modificato gli articoli da 4 a 8 del regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob potenziando le garanzie di pubblicità e contraddittorio.

[87] Circa la necessità di un adeguamento delle regole del processo cautelare amministrativo in caso di impugnazione di atti sanzionatori cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza…*, *cit.*, 696 il quale rilevando l'impossibilità di superare il conflitto tra il principio dell'immediata sospensione previsto dalla CEDU e le disposizioni in materia cautelare (che prevedono l'espressa pronuncia del giudice su richiesta del ricorrente) attraverso un'interpretazione conforme né, tantomeno, tramite il meccanismo della disapplicazione (quando ciò sarà possibile) auspica un espresso intervento, anche da parte della Corte costituzionale, attraverso una sentenza additiva.

mancanza delle garanzie procedimentali possa dirsi compensata in sede processuale occorre che il cittadino abbia accesso ad un tribunale indipendente che, esercitando una piena giurisdizione sul merito della questione[88], possa esaminarla punto per punto, sia in relazione all'accertamento dei fatti che alle questioni di diritto, senza limiti e specialmente senza vincoli in ordine agli accertamenti precedentemente realizzati dall'Autorità sulla cui decisione il tribunale esercita il suo sindacato[89].

Occorre tuttavia chiarire che la verifica di tale pieno sindacato deve essere operata in relazione alla specifica controversia e con riguardo alle precipue istanze di tutela avanzate dalla parte nei confronti del giudice nazionale. Si tratta cioè di appurare se tale giudice, rispetto a quanto lamentato e chiesto dalla parte nel giudizio interno e successivamente contestato dinanzi alla Corte EDU, abbia operato un pieno esame della questione ovvero abbia condotto esclusivamente un sindacato esterno[90]. Solo con riguardo a situazioni del genere è possibile ricostruire la posizione della Corte di Strasburgo in merito al rispetto del canone della *full jurisdiction*.

Per le ragioni appena esposte appare chiaro che la sentenza Menarini, anche dalla Cassazione letta[91] come il riconoscimento, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, della "sufficienza" del sindacato di norma operato dal giudice amministrativo nei confronti degli atti sanzionatori dell'AGCM, può essere vista in modo diverso. In quel caso, infatti, erano state poste all'attenzione della Corte doglianze relative esclusivamente a profili di legittimità e non al sindacato sulle questioni tecniche complesse che costituiscono il presupposto per il riconoscimento della sussistenza della fattispecie da sanzionare. Poiché, come detto, i giudici di Strasburgo hanno espressamente chiarito che la verifica del rispetto del parametro della *full jurisdiction* deve essere condotto in stretta relazione alle domande poste in giudizio dalla parte[92], nel caso in cui questa non contesti, profili relativi all'intrinseco della decisione[93] o concernenti la qualificazione dei concetti giuridici in-

[88] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 17 aprile 2012, caso 2153/07, *Steininger v. Austria*.

[89] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 2 dicembre 2010, caso n. 38780/02, *Putter v. Bulgaria*.

[90] Sul punto cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, 561 per il quale: "Solo nelle pronunce europee che facciano seguito a (per quanto consentito dall'ordinamento nazionale, valide) istanze in sede nazionale di sindacato intrinseco e forte e poi a puntuali censure in sede CEDU sul difetto di pienezza di tutela avanti ai giudici nazionali con conseguente mancata realizzazione del giusto processo sono in grado di effettivamente offrire indicazioni quanto alla soglia di profondità di sindacato sotto la quale la *full jurisdiction* (pur richiesta) non è integrata".

[91] Cass., SU, 17 febbraio 2012, n. 2312, sulla quale si veda la nota adesiva di F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito*, in http//www.giustamm.it 2012; ma anche le note critiche di B. SASSANI., *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la* traslatio, *le Sezioni Unite riscrivono l'art. 111 della Costituzione,* in *dir. proc. amm.*, 4, 2012, 1583; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, ibidem, 1602.

[92] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 21 luglio 2011, cause 32181/04 e 35122/05, Sigma *Radio television ltd. v. Cyprus*.

[93] Così M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., la quale rileva come: "se il cittadino contesta una scelta amministrativa sulla base di censure di legittimità, va da sé che la giurisdizione di legittimità risulti, in linea di principio, adeguata; è ben chiaro come, viceversa, censure relative all'intrinseco della decisione su fatti complessi richiedano invece un giudice capace di entrare nel merito di tale scelta amministrativa, affinché possa dirsi rispettato il canone della « *full jurisdcition* ». Invero, se, per mera ipotesi, nella vicenda Menarini fossero venute in discussione questioni davvero tecnicamente complesse, quale, ad es., la determinazione del mercato rilevante (come noto, in genere, non sindacato, se non in modo "debole" dal giudice amministrativo nazionale, le conclusioni della Corte di Strasburgo, alla luce della sua precedente giurisprudenza, sarebbero state, si può ritenere, ben diverse".

determinati (mercato rilevante, abuso di posizione dominante) quali presupposti per la comminazione della sanzione, può ben accadere che il sindacato di norma esercitato dal nostro giudice amministrativo superi il vaglio della Corte EDU. La stessa Corte, tuttavia, come rilevato da più parti in dottrina[94], chiamata a decidere sulla sufficienza di un tale tipo di sindacato, specificamente contestato, ha chiaramente affermato la necessità che il giudice non si limiti ad un mero rinvio alle valutazioni dell'Autorità amministrativa poiché questo integra il diniego di scrutinare in maniera indipendente una questione cruciale per la decisione della controversia. Con specifico riferimento alla sindacabilità della discrezionalità tecnica, la Corte si è espressamente pronunciata a favore della ricostruzione, da parte del giudice, della questione tecnica in maniera del tutto autonoma e anche sostitutiva rispetto a quella realizzata dall'amministrazione stessa perché, utilizzare le conclusioni tratte dall'amministrazione, i cui atti si contestano, rappresenta una violazione del principio di parità delle armi[95].

Le posizioni cui è giunta la Corte di Strasburgo sono, in conclusione, del tutto corrispondenti con quanto sostenuto in dottrina[96] in relazione al tipo di sindacato che il giudice amministrativo deve condurre sulle valutazioni tecniche (anche complesse ed opinabili) dell'amministrazione in generale e dell'AGCM in particolare. Quanto mai in linea con le istanze provenienti dalla Corte di Strasburgo, appaiono gli auspici formulati in ordine alla necessità che la cognizione sugli atti dell'Autorità *antitrust*, nel ripercorrere le valutazioni tecniche poste a fondamento delle proprie decisioni, fosse volta non solo al controllo della loro correttezza e/o ragionevolezza ma alla verifica che esse si dimostrino le più convincenti tra le tesi tecniche presenti in giudizio[97].

Preme da ultimo rilevare che le considerazioni svolte rilevano anche nell'ipotesi in cui si condivida la visione, prospettata in dottrina[98], che non qualifica il potere esercitato dall' *Antitrust* come potere neutrale espressione massimamente di discrezionalità tecnica[99] ma che esalta la

[94] M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: Nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, cit., 29; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza…*, *cit.*, 702; F. GOISIS *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, *cit.*, 589.

[95] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 21 gennaio 2014, caso n. 48754/11, *Placì v. Italy* sulla quale cfr. L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014.

[96] F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato, cit.*, 279; ID., *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale, cit.*, 278.

[97] F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato, cit.*, 279.

[98] A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 129, e con specifico riferimento alle sanzioni 177 ove si rileva che: "la tutela della concorrenza – nella prospettiva nazionale, come del resto anche in quella comunitaria – è stata caratterizzata dall'impiego di poteri apparentemente neutrali, come appunto il potere di irrogare sanzioni amministrativo-pecuniarie, non (sol)tanto per assicurare l'equilibrio dell'ordine naturale del mercato, quanto piuttosto per esercitare funzioni «politiche» di indirizzo del mercato medesimo, di «regolazione» pubblica della concorrenza". Nello stesso senso da ultimo G. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie,* cit., 79. Sulla questione, in una prospettiva mediana, cfr. M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie* antitrust *dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir proc. amm.*, 2005, 335 che rileva la necessità di prendere atto della coesistenza della logica amministrativa antitrust e di quella sanzionatoria antitrust osservando l'erroneità "sia di appiattire tutta l'attività antitrust sulla logica sanzionatoria punitiva, sia eliminare la rilevanza della sanzione, valorizzando esclusivamente l'attività amministrativa e arrivando a qualificare il potere sanzionatorio dell'Autorità come potere discrezionale".

[99] Questa è la posizione maggioritaria per la quale si veda: G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo della autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 242 ove: "all'autorità non si chiede di apprezzare e ponderare gli interessi ma, invece, di verificare e assicurare che fra essi si mantenga un determinato equilibrio (…) [I]n sede di controllo da parte

qualificazione dell'AGCM come soggetto titolare dell'interesse pubblico al mantenimento ed alla promozione della concorrenza mediante attività riconducibili anche alla categoria della discrezionalità amministrativa. Anche in questo caso, infatti, il problema di rendere compatibili i suoi interventi sanzionatori con le prescrizioni dell'art. 6 CEDU non sarebbe meno rilevante. La giurisprudenza di Strasburgo, proprio nelle sentenze richiamate, ha chiarito la qualificazione delle sanzioni *antitrust* e Consob come integranti una pena in senso tecnico che deve essere irrogata nel rispetto delle prescrizioni della Convenzione, essendo indifferente la qualificazione che esse ricevono nell'ordinamento interno. Del tutto ininfluente sarebbe, quindi, in ordine alla necessità di rispettare le garanzie procedimentali e processuali previste dalla Convenzione, il rilievo che le sanzioni in parola perseguano finalità pubblicistiche unitamente a quelle propriamente punitive[100]. E' quanto d'altronde accaduto in relazione alle sanzioni comminate dalla Commissione europea che, è tenuta, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia[101], al rispetto delle garanzie procedimentali per la loro comminazione. In proposito, la Corte di Giustizia, assunta la natura penale delle sanzioni antitrust irrogate dalla Commissione, si è anche spinta a verificare che il proprio sindacato fosse coerente con il canone della *full jurisdiction*. Seguendo questa ricostruzione lo strumento per garantire un sindacato coerente con le disposizioni della CEDU sarebbe quello della giurisdizione di merito con la necessità, però, che l'art. 134, comma 1 lett. c), CPA, venga letto, differentemente da come accaduto fino ad oggi, come integrante la possibilità di sindacare anche l'esistenza dei presupposti della sanzione giungendo a definire i concetti giuridici (*rectius* economici) indeterminati in maniera anche diversa se più convincente da come qualificati dall'Autorità.

dell'Autorità antitrust di intese e di concentrazioni vietate dalla legge, l'Autorità non può che tenere presente il solo parametro normativo rappresentato dalla garanzia del pluralismo del mercato, indagando, a tal fine, sugli indicatori stabiliti dall'art. 6, legge 287"; M. CLARICH, *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 95, secondo il quale: "l'Autorità non è titolare di poteri di amministrazione attiva il cui esercizio presupponga una valutazione discrezionale di interessi pubblici e privati. E' invece titolare di poteri che vengono usualmente attribuiti a organi facenti parte dell'ordine giudiziario (poteri ispettivi, istruttori, cautelari, sanzionatori, ecc.). Il nucleo caratterizzante dei poteri dell'autorità è rappresentato cioè dal potere di accertamento e di qualificazione di fatti, atti e comportamenti, in termini di liceità o illiceità, in relazione alla disciplina materiale della concorrenza"; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità indipendenti*, in *Dir proc. amm*., 3, 2004, 626; ID., *Quali prospettive per le autorità indipendenti*, *cit*., 432, secondo il quale "è' la natura *tecnica* [corsivo originale] delle decisioni da assumere che sottrae la decisione dell'Autorità alla discrezionalità tradizionale; è la natura tecnica delle regole da applicare, e del giudizio da formulare, che sottrae la singola decisione al primato dell'indirizzo politico. Il giudizio tecnico libera il decisore dal rispetto di principi che non sono quelli che governano la disciplina di settore, ed avvicinano la sua posizione a quella del soggetto – il giudice – che è chiamato a dirimere una controversia applicando le regole che discendono dalla legge"; G. P. CIRILLO e R. CHIEPPA, *Introduzione*, in G. P. CIRILLO e R. CHIEPPA (a cura di) *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 28; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2004, 101; F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità*, *cit*., 263.

[100] Sul punto si veda F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, 2, 356, per il quale "Occorrerebbe trasformare e rafforzare profondamente le garanzie del cittadino a fronte di ogni manifestazione di potestà punitiva, pur ove connessa con profili di cura concreta dell'interesse pubblico: la scelta del diritto amministrativo invece che penale e lo stesso contenuto sostanziale e finalità principale dello strumento amministrativo di reazione alla violazione di un precetto non dovrebbero mai tradursi in una limitazione di quella pienezza di garanzie che la CEDU (con il suo valore di norma interposta ex art. 117, co. 1, Cost.) comunque inderogabilmente esige".

[101] Corte europea di Giustizia, 24 ottobre 2013, causa C-510/11 P, *Kone OYJ v. European Commission*; Corte europea di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C- 501/11 P, *Schindler Holding and Others v. Commission*.

8. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni condotte si può, in primo luogo, rilevare la necessità di un profondo ripensamento del sistema sanzionatorio delle *Authorities* che viene imposto dalle disposizioni dell'art. 6 CEDU e dall'interpretazione che di esse viene operata dalla giurisprudenza di Strasburgo, seguita da ultimo da quella di Bruxelles.

La scelta più opportuna per il legislatore italiano appare quella di riformare i procedimenti sanzionatori delle AAI in modo da assicurare in ambito procedimentale le garanzie richieste dall'art. 6 CEDU. Un segnale in questo senso si è registrato, come si è visto, a proposito del regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Se questo avvenisse in maniera sistematica, se cioè i procedimenti sanzionatori posti in essere dalle Autorità amministrative indipendenti venissero strutturati in maniera da assicurare il pieno rispetto delle regole sull'indipendenza delle Autorità che le comminano, sulla separazione tra istruzione e decisione, sulla presunzione di innocenza e sulla parità delle armi e il contraddittorio pieno tra le parti, più che mai ci troveremmo, al termine di essi, dinanzi all'adozione di una "decisione amministrativa" nel senso sopra illustrato. In questo modo le *Authorities* incarnerebbero appieno una delle funzioni fondamentali per le quali sono state istituite, la garanzia del rispetto delle regole del settore al quale sono preposte. In relazione a tali decisioni, lungi la possibilità di ritenerle giurisdizionalmente insindacabili, ipotesi incoerente con il divieto di istituzione di giudici speciali oltre che con l'art. 24 della Costituzione, si potrebbe ritenere sufficiente il sindacato generalmente operato dal giudice amministrativo.

Fino a quando questo non accadrà, però, il compito di rimediare a tali mancanze è affidato al giudice amministrativo il quale, per muoversi nel rispetto dell'art. 6 CEDU, non potrà esimersi dall'esercitare un sindacato realmente pieno ed effettivo che comporti, ove necessario, la rivalutazione della questione ed il riesame del quadro giuridico-economico di riferimento. Ciò sulla base di parametri emergenti dalle risultanze del processo e dalle argomentazioni delle parti, punto per punto, senza doversi necessariamente riferire a quelli prescelti dall'Autorità per l'adozione della sua decisione. Ancora una volta sarà necessaria quell'opera interpretativa della giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha consentito al diritto amministrativo di evolversi ed adeguarsi all'emergere di esigenze di tutela. In questa circostanza due sembrano essere le alternative teoriche possibili che consentono di sottrarsi dalla spada di Damocle che oggi pende sui giudizi relativi alle sanzioni *antitrust* e delle altre AAI. Di tali alternative: la prima, aderendo alla teoria che qualifica la funzione sanzionatoria delle AAI come esercizio di un potere scevro da valutazioni di interessi, consistente esclusivamente in un'attività tecnico discrezionale, ammette un sindacato pieno e volto ad identificare la soluzione tecnica più convincente rispetto a quelle presentate in giudizio perché integrante solo una cognizione piena sul fatto. Comprendendosi in esso anche la sussistenza degli elementi che configurano l'illecito, senza necessità di riferirsi alla giurisdizione di merito; la seconda, considerando anche i profili discrezionali della sanzione o comunque identificando, in relazione ad essa, un ambito riservato tutte le volte in cui vi siano margini di opinabilità, consente il rispetto del principio della *full jurisdiction* attraverso l'utilizzazione della giurisdizione di merito. Quest'ultima, però, interpretata nel senso di consentire al giudice di vagliare la reale corrispondenza della fattispecie sanzionata al precetto violato e non solo di modificare l'importo della sanzione. Si tratta di due tesi che giungono allo stesso ineludibile risultato

consistente nel porre il nostro ordinamento in linea con ineludibili istanze di tutela invocate già da tempo dalla migliore dottrina.