

**ART. 6 CEDU: NUOVI ORIZZONTI PER IL DIRITTO
AMMINISTRATIVO NAZIONALE**

(Dicembre 2014)

Miriam ALLENA

INDICE

- 1. PREMESSA: «EQUO PROCESSO» E PROCEDIMENTI SANZIONATORI A TUTELA DELLA CONCORRENZA.**
- 2. LA PORTATA INNANZITUTTO SOSTANZIALE DELLA PREVISIONE SULL'«EQUO PROCESSO» DI CUI ALL'ART 6 CEDU: DIFFERENZE RISPETTO ALL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA.**
- 3. ART. 6 CEDU E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IN PARTICOLARE, I PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI.**
- 4. L'ELEMENTO DI FLESSIBILITÀ DEL SISTEMA: LA COMPENSAZIONE *EX POST* E LA «FULL JURISDICTION».**
- 5. IL SIGNIFICATO DELLA «FULL JURISDICTION»: GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NAZIONALE A CONFORNTO**

1. PREMESSA: «EQUO PROCESSO» E PROCEDIMENTI SANZIONATORI A TUTELA DELLA CONCORRENZA

Nella sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia*, del 2011, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha statuito che una pesante sanzione pecuniaria inflitta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a un'impresa farmaceutica accusata di avere partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza ricade, per i suoi caratteri sostanziali, nella materia

“penale” e, dunque, nell’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), in tema di «*equo processo*» (il cui par. 1 dispone: «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale 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*»)¹.

¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*, § 42. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti: cfr., senza pretesa di completezza, T. Bombois, *L’Arrêt Menarini c. Italie de la Cour Européenne des Droits de l’Homme – Droit antitrust, champ pénale et contrôle de pleine jurisdiction*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2011, 541; A.E. Basilico, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l’art. 6 CEDU*, in *Rivista telematica giuridica dell’associazione dei costituzionalisti*, n. 4/2011; M. Bonkers, A. Vallery, *Business as usual after Menarini?*, in *Mlex Magazine*, 3(1), 2012, 44; M. Abenhäim, *Quel droit au juge en matière de cartels?*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2012, 117. Il paragrafo 1 dell’art. 6 CEDU cit., prosegue statuendo: «*La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia*». I successivi paragrafi della disposizione, dedicati specificamente alla materia penale, individuano una serie di principi volti ad assicurare alle parti in causa che una decisione che li riguardi sia assunta nel rispetto di determinate garanzie procedurali. Così, il par. 2 statuisce, a favore di una persona «*accusata di un reato*», il diritto alla presunzione di innocenza fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata; mentre il par. 3, individua una serie di diritti dell’accusato “nel processo”, precisando, in particolare, che lo stesso abbia diritto a: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all’udienza.

Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno precisato che tale disposizione non impedisce, in linea di principio, che una “pena” sia inflitta da un’autorità amministrativa; al contempo, essi hanno ribadito la necessità, ove ciò accada, che la decisione emanata a seguito di un procedimento che non soddisfi le condizioni di cui all’art. 6, par. 1, CEDU, sia «*soggetta a un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale avente cognizione piena*».

Questa pronuncia ha posto fine ad anni di discussioni circa l’applicabilità delle garanzie di cui all’art. 6 CEDU alle sanzioni irrogate per violazione del diritto della concorrenza.

Non che questo esito fosse imprevedibile: al contrario, appariva del tutto scontato alla luce di una serena applicazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo (fin dalla sentenza *Engel* del 1976²), visto che tali sanzioni hanno una prevalente funzione punitiva-deterrente (per quanto non disgiunta dalla cura in concreto dell’interesse pubblico) e sono certamente gravi sul piano delle possibili conseguenze economiche per i destinatari.

² Nella sentenza *Engel and Others v. the Netherlands* dell’8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, riguardante una sanzione militare classificata nei Paesi Bassi come disciplinare, la Corte di Strasburgo ha, per la prima volta, individuato una serie di criteri al ricorrere dei quali deve ritenersi esistente un’«accusa penale» nel significato convenzionale del termine: in primo luogo, occorre avere riguardo alla qualificazione che un dato illecito riceve nell’ordinamento nazionale (tale indicazione, però, ha solo un valore formale e relativo e costituisce solo un punto di partenza); in secondo luogo, viene in rilievo la connotazione intrinsecamente penale della sanzione prevista per tale infrazione, la quale deve avere natura punitiva, deterrente e repressiva; infine, occorre considerare la severità della sanzione. Peraltro, il secondo e il terzo criterio (vale a dire la natura della sanzione e il grado di severità della stessa, sono tra loro alternativi e non cumulativi: sicché, la severità-gravità può essere non necessaria ove la sanzione abbia in se stessa una natura deterrente e punitiva).

Inoltre, nel 2010 c'era stato un precedente specifico: la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva infatti qualificato in tal senso una sanzione dell'Autorità francese preposta a tutela della concorrenza³.

Peraltro, in precedenza, sia pure non direttamente con riferimento al settore *antitrust*, anche la Corte di Giustizia del Lussemburgo aveva mostrato, almeno in un caso, di conoscere la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di ritenerla vincolante nell'ordinamento europeo grazie alla natura di «*principi generali dell'ordinamento comunitario*» propria dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU: si fa riferimento alla sentenza sul caso *Spector Photo* del 2009 che aveva qualificato come “penale”, nel significato convenzionale del termine, una sanzione inflitta dalla Commissione per il settore finanziario, bancario e assicurativo del Belgio⁴.

Solo a seguito della sentenza Menarini, però, la posizione della Corte di Giustizia è divenuta del tutto inequivoca: in due pronunce del 2013 essa ha, da un lato, espressamente affermato la natura “penale”, ai sensi dell'art. 6 CEDU, delle sanzioni *antitrust* irrogate dalla Commissione europea. E, dall'altro, si è interrogata sulla effettiva rispondenza del proprio sindacato su tali sanzioni al canone della «*full jurisdiction*», sull'assunto che «*Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale è un principio*

³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 dicembre 2010, caso 29613/08, *Compagnie des gaz de petrole Primagaz c. France*, par. 29-32, ove l'art. 6 CEDU è stato ritenuto applicabile all'ispezione dei locali di un'impresa, effettuata nell'ambito di un procedimento a tutela della concorrenza in vista dell'accertamento dei presupposti per la comminazione di una sanzione pecuniaria. In precedenza, cfr. inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 giugno 2003, caso 32559/96, *Fortum Corporation v. Finland*, par. 40, ove l'applicabilità dell'art. 6 CEDU a un procedimento interno a tutela della concorrenza non è stata neppure contestata dalle parti (cioè, è stata ritenuta pacifica anche dal Governo finlandese).

⁴ Corte europea di Giustizia, 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group NV C. Commissie voor het Bank-Financie en Assurantiewezen (CBFA)*, spec. par. 42, riguardante sanzioni amministrative inflitte dalla Commissione per il settore finanziario, bancario e assicurativo del Belgio a un cittadino di quel Paese accusato di *insider trading*.

generale dell'Unione europea oggi sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione europea corrispondente, nel diritto dell'Unione, all'art. 6, par. 1, della CEDU»⁵.

Questi sviluppi confermano dunque l'estrema rilevanza pratica della previsione di cui all'art. 6 della CEDU e della relativa giurisprudenza di Strasburgo per il sistema di giustizia amministrativa italiano, oltretutto, come si mostrerà, sul piano delle garanzie procedurali che devono essere assicurate ai cittadini che siano incisi dall'esercizio di un potere amministrativo (sanzionatorio o di altro tipo).

A questo riguardo, è opportuno ricordare che l'Italia ha ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la legge 4 agosto 1955, n. 848 e, soprattutto, che con due sentenze del 2007 la Corte costituzionale ha riconosciuto alle disposizioni della CEDU, come viventi nella giurisprudenza di Strasburgo, il valore di norme interposte che integrano il parametro costituzionale di cui all'art. 117, c. 1 Cost., nella parte in cui lo stesso impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». In particolare, la Consulta ha precisato che la CEDU, in quanto fonte internazionale pattizia, è idonea a vincolare lo Stato italiano, ma non a imporsi direttamente

⁵ Corte europea di Giustizia, 24 ottobre 2013, causa C-510/11 P, *Kone Oyj v. European Commission*, par. 20, e, in termini sostanzialmente analoghi, Corte europea di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C-501/11 P, *Schindler Holding and Others v. Commission*, par. 36. Cfr., inoltre, da ultimo, Corte europea di Giustizia, Grande sezione, 14 novembre 2013, causa C-60/12, *Marián Baláž*, par. 47. È noto che molti dei diritti riconosciuti dalla CEDU trovano oggi corrispondenza nelle disposizioni della Carta europea dei diritti dell'uomo (Carta di Nizza) e, per tale via, sono stati trasposti nell'ordinamento comunitario. Per es., secondo quanto emerge dalle «*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*», il «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*» di cui all'art. 47, c. 2, della Carta di Nizza corrisponde al «*Diritto a un equo processo*» di cui all'art. 6 CEDU. Ora, poiché l'art. 52, c. 3, della Carta dei diritti dell'uomo introduce una clausola orizzontale disponendo che, in caso di corrispondenza tra i diritti riconosciuti da tale Carta e quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei primi «*sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione*», si può ritenere che l'art. 6 CEDU, nell'interpretazione che di esso dà la Corte di Strasburgo, sia già direttamente vincolante negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione. In argomento, M. D'Amico, *Article 47 - Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in W.B.T. Mock, G. Demuro (a cura di), *Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Carolina Academic Press, 2010, 289 ss.

sulle norme di legge interna. Ne consegue che il giudice, se ravvisa un contrasto tra una norma interna e una disposizione convenzionale, ha in primo luogo il dovere di tentare di risolvere tale contrasto in via interpretativa; ove ciò non sia possibile, egli non può disapplicare la norma interna (come è previsto nel caso di contrasto con norme comunitarie), ma deve sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla disposizione CEDU invocata e utilizzata come norma interposta.

In ogni caso, sono attualmente in corso le trattative per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU e, una volta completato tale processo di adesione, le norme di quest'ultima assumeranno, ove intervengano in fattispecie di interesse comunitario, l'indubbio rango di diritto dell'Unione europea⁶.

Nel prosieguo, ci si soffermerà dunque sull'art. 6 CEDU cercando innanzitutto di ricostruirne il corretto ambito di applicazione per il diritto amministrativo: poiché rispetto alle questioni pubblicistiche la stessa ha una valenza innanzitutto sostanziale, si spiegherà, con qualche esempio, in che modo le garanzie dell'«equo processo» possano-debbero essere realizzate nel corso del procedimento amministrativo; in secondo luogo, premesso che il processo amministrativo diviene rilevante ai sensi 6 CEDU solo in quanto le garanzie da quest'ultimo previste non siano compiutamente attuate nella fase procedimentale, si esamineranno le conseguenze che tale previsione è idonea a produrre in sede processuale e, in specie, sul sindacato esercitabile dal giudice amministrativo italiano.

⁶ Cfr., su questo tema, V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in <http://www.europeanrights.eu>, 2012; P. Mengozzi, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Dir. un. eur.*, 1910, 231 ss.

Scopo di questo *report* è offrire una sintesi delle conclusioni a cui si è giunti in una più approfondita ricerca del 2012, dando conto dei principali sviluppi giurisprudenziali - della Corte di Strasburgo, comunitari e nazionali - che sono nel frattempo sopravvenuti⁷.

2. LA PORTATA INNANZITUTTO SOSTANZIALE DELLA PREVISIONE SULL' «EQUO PROCESSO» DI CUI ALL'ART 6 CEDU: DIFFERENZE RISPETTO ALL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Onde ricostruire il corretto ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU può essere utile un confronto con l'art. 111 della Costituzione italiana, ossia con la previsione che, nel nostro ordinamento, disciplina il cd. giusto processo.

Infatti, anche se talora le due disposizioni sono state ritenute equivalenti, la loro portata è, a ben vedere, molto diversa.

Ciò, innanzitutto sul piano oggettivo: l'art. 111 Cost. è, infatti, una norma di carattere processuale i cui primi due commi (in base ai quali «*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. // Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*») sono applicabili a qualsiasi esercizio di funzione giurisdizionale: civile, penale, amministrativa, costituzionale, tributaria.

⁷ Cfr., se si vuole, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; cfr., inoltre, su questi temi, anche se con una prospettiva non limitata al solo art. 6 CEDU, M. Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012, spec. 211 ss., e Id., *Diritti umani e pubblica amministrazione*, in *www.ius-publicum.com*, 2012; da ultimo, sul tema della conformità del sistema sanzionatorio italiano all'art. 6 CEDU cfr. F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014. Cfr., inoltre, le monografie di S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2008; e di C. Focarelli, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001.

Viceversa, l'art. 6 CEDU riguarda, stando al dato letterale, solo le controversie civili e penali con esclusione delle vertenze amministrative, tributarie e, in genere, pubblicistiche.

In effetti, originariamente i redattori della Convenzione europea dei diritti dell'uomo avevano convenuto di escludere le questioni pubblicistiche-amministrative dall'ambito di applicazione della norma sull' «equo processo», per il timore che eccessive garanzie potessero compromettere l'efficacia dell'azione amministrativa.

Tuttavia, almeno a far data dagli anni Settanta del secolo scorso, l'art. 6 CEDU ha assunto un rilievo fondamentale anche per il diritto amministrativo e, come si è anticipato, per il diritto amministrativo sostanziale prima ancora che per quello processuale: questo grazie all'attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha attribuito alle nozioni di «tribunale», di «accusa penale» e di «diritti e obbligazioni di carattere civile», contenute in tale disposizione, un significato «autonomo» (e fortemente creativo) rispetto a quello riconosciuto alle stesse nei singoli Stati membri del Consiglio d'Europa (cioè, negli ordinamenti degli Stati firmatari della CEDU)⁸.

Così, innanzitutto, nell'interpretazione preferibile (anche se non sempre esplicitata dalla Corte) la parola «tribunale» è stata assunta in un'accezione sostanziale, avendo riguardo esclusivamente al profilo funzionale, cioè ai poteri esercitati in concreto da un dato soggetto pubblico più che ai suoi profili organizzatori: in particolare, tale nozione non fa necessariamente riferimento a un organo giurisdizionale di tipo classico integrato nella struttura giudiziaria di un Paese (né ad un organismo che abbia alcuni caratteri in comune con quelli di un giudice, quale potrebbe essere un'Autorità amministrativa indipendente); quel che conta è, piuttosto, il profilo funzionale, dovendosi guardare a quali poteri l'organo

⁸ Cfr. G. Letsas, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009), e Id., *The Truth in autonomous concepts: How to interpret the ECHR*, in *Oxford Journ. Intern. Law*, 2004, 279 ss.; F. Sudre, *Le recours aux notions autonomes*, in F. Sudre (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 93 ss.

eserciti in concreto. In questa accezione, «tribunale» diviene allora qualsiasi autorità pubblica, e dunque anche un'autorità amministrativa, che sia chiamata a decidere un'«accusa penale», ovvero che sia idonea a «determinare» (cioè a incidere significativamente e con efficacia vincolante su) un «diritto di carattere civile».

Pure queste ultime due nozioni sono state intese dalla Corte di Strasburgo in senso materiale e non formale.

Con riguardo alla nozione di «accusa penale», vengono oramai comunemente ricondotte alla stessa diverse misure di carattere punitivo e capaci di incidere pesantemente nella sfera soggettiva degli individui coinvolti, a prescindere dalla qualificazione (per es., come misure penali o amministrative) che ricevano in un determinato ordinamento⁹. Sicché, sono per es. attratte nella materia «penale», ex art. 6 CEDU, le sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate in Italia dalla legge n. 689 del 1981: sia quelle più modeste derivanti dalla violazione di norme sulla circolazione stradale¹⁰, sia quelle, ben più rilevanti, irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti¹¹.

Peraltro, anche una serie di provvedimenti di carattere interdittivo o ripristinatorio comunemente ritenuti, nel nostro ordinamento, espressione di un generico potere ablatorio preordinato alla cura in concreto dell'interesse pubblico possono, a certe condizioni,

⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel and Others v. the Netherlands*, cit.

¹⁰ Cfr., tra le prime, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, caso 8544/79, *Öztürk v. Germany*, § 53 ss.; con specifico riferimento all'Italia cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*, concernente una modesta sanzione per eccesso di velocità pari a 62.000 Lire: da tale sentenza quale emerge bene che la Corte di Strasburgo non attribuisce un affettivo rilievo al criterio della gravità della sanzione e, più in generale, considera la gravità «in concreto», avendo riguardo anche a elementi come il reddito complessivo del destinatario o le sue condizioni di vita.

¹¹ Le leggi istitutive delle varie Autorità indipendenti contengono infatti un rinvio alla disciplina di cui alla legge n. 689 del 1981.

ricadere nella nozione di «accusa penale» di cui all’art. 6 CEDU¹²; ciò in quanto, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, i due requisiti del carattere punitivo e della gravità di una misura sanzionatoria sono tra loro alternativi e non cumulativi (anche se un approccio cumulativo è possibile quando l’analisi separata di ciascun criterio non permette di raggiungere conclusioni chiare circa l’esistenza di una «accusa penale»): per cui, da un lato, la gravità (i.e. severità) può non essere necessaria, ove una sanzione abbia in se stessa una inequivoca funzione deterrente e punitiva¹³; e, dall’altro, entro certi limiti, anche una misura nella quale il carattere afflittivo non sia prevalente (o addirittura manchi), ma che abbia conseguenze gravi per il destinatario, può essere considerata di natura “penale” e, quindi, ricadere nell’ambito di applicazione dell’art. 6 CEDU.

In altri termini, la Corte di Strasburgo mostra una pressoché totale insensibilità per le categorie nazionali (che vengono continuamente superate) nel momento in cui è chiamata a stabilire se una determinata misura afflittiva possa essere ritenuta “penale” ai sensi dell’art. 6 CEDU. Ciò in quanto, come talora espressamente affermato, la qualificazione

¹² Cfr., in tal senso, espressamente, Corte europea dei diritti dell’uomo, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Matyjec v. Poland*, § 55, riguardante la comminazione di misure di interdizione per dieci anni dai pubblici uffici e dall’esercizio di determinate professioni prevista dall’ordinamento polacco nei confronti di chi avesse reso false dichiarazioni in ordine alla sua passata collaborazione con il regime comunista. In tale sentenza, i giudici di Strasburgo hanno osservato che la severità del *malum* inflitto a fronte delle false dichiarazioni giustificasse la riqualificazione delle richiamate misure interdittive in senso “penale” ex art. 6 CEDU: «*It is true that neither imprisonment nor a fine can be imposed on someone who has been found to have submitted a false declaration. Nevertheless, the Court notes that the prohibition on practising certain professions (political or legal) for a long period of time may have a very serious impact on a person, depriving him or her of the possibility of continuing professional life. This may be well deserved, having regard to the historical context in Poland, but it does not alter the assessment of the seriousness of the imposed sanction. This sanction should thus be regarded as having at least partly punitive and deterrent character.*».

¹³ Cfr., per es., Corte europea dei diritti dell’uomo, 1 febbraio 2005, caso 61821/00, *Ziliberberg v. Moldova*, par. 34, che ha ritenuto di natura “penale” una sanzione pecuniaria di pochi euro inflitta a uno studente per avere preso parte a una manifestazione non autorizzata sull’assunto che l’ammontare della stessa fosse comunque significativo rispetto al reddito del destinatario.

formale che una data sanzione riceva nell'ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia, laddove determini un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione e, dunque, conduca a un complessivo incremento delle garanzie per gli individui (l'autonomia della nozione di accusa penale opera, per così dire "a senso unico")¹⁴. Viceversa, il criterio formale non ha alcun valore laddove porti alla sottrazione di garanzie rispetto a fattispecie che, nella sostanza, applicando i criteri CEDU, tali garanzie reclamino (dunque, non rileva il fatto che l'ordinamento interno qualifichi una determinata sanzione come amministrativa o, addirittura, come misura non sanzionatoria se poi, in concreto, tale misura presenta significativi caratteri di afflittività).

D'altro canto, pure l'espressione «diritti di carattere civile», sempre contenuta nell'art. 6 CEDU, è considerata idonea a ricomprendere qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, indipendentemente dalla qualificazione che essa riceva in tale sede: così, per es., viene considerata tale anche una posizione di interesse legittimo¹⁵ e, più in generale, una

¹⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel and Others v. the Netherlands*, cit, § 81: «*The Convention without any doubt allows the States, in the performance of their function as guardians of the public interest, to maintain or establish a distinction between criminal law and disciplinary law, and to draw the dividing line, but only subject to certain conditions. The Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of one of the rights that it protects. This is made especially clear by Article 7. Such a choice, which has the effect of rendering applicable Articles 6 and 7, in principle escapes supervision by the Court. The converse choice, for its part, is subject to stricter rules. If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention*».

¹⁵ Cfr. in tal senso, espressamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 ottobre 2000, caso 33804/96, *Mennitto v. Italy*, § 27, relativa alla pretesa di un disabile di ricevere un contributo economico da parte dei competenti servizi sanitari locali.

posizione soggettiva che ricada, in base alla legislazione interna del singolo Paese, nell'ambito del diritto pubblico¹⁶.

In realtà, i «diritti di carattere civile» individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sembrano avere un carattere essenzialmente patrimoniale, poiché attengono, perlopiù, o a pretese economiche direttamente vantate nei confronti della p.a. o, comunque, si configurano a fronte di provvedimenti amministrativi immediatamente incisivi sulla capacità del soggetto interessato di produrre reddito (per es., sono pacificamente ritenute idonee a “determinare” «diritti civili» le autorizzazioni all'esercizio di attività economiche

¹⁶ Cfr., per es., Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 1978, *König v. Germany*, caso 6232/73, § 90 riguardante il potere dell'autorità amministrativa di revocare l'autorizzazione a condurre una clinica privata, nella quale si legge: «*If the case concerns a dispute between an individual and a public authority, whether the latter had acted as a private person or in its sovereign capacity is therefore not conclusive*». In tal senso anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1985, caso 8848/80, *Bentham v. the Netherlands*, § 34-35, nella quale si legge: «*The concept of “civil rights and obligations” cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State. Furthermore, Article 6 does not cover only private-law disputes in the traditional sense that is disputes between individuals or between an individual and the State to the extent that the latter had been acting as a private person, subject to private law and not in its sovereign capacity. Accordingly, the character of the legislation which governs how the matter is to be determined ... and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter ... are ... of little consequence: the latter may be an ordinary court, [an] administrative body, etc ... Only the character of the right at issue is relevant* ». Sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi diversi da quelli sanzionatori cfr., tra i primi, P. Craig, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, *Public law*, 2003, 753 ss.; C. Forsyth, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Law Journ.*, 2003, 244 ss.; F.J. Rodríguez Pontón, *Las articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Cizur Menor, Navarra, 2005. In Italia, S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, I, 173, 239 ss.; G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 27 ss.; F. Goisis, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 ss.; M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1127 ss.; S. Mirate, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. e previd.*, 2011, 542 ss., 554.

e i relativi atti di revoca e di annullamento¹⁷; i provvedimenti autorizzatori nel settore urbanistico-pianificatorio¹⁸ e i provvedimenti concessori¹⁹; ma anche le sanzioni disciplinari che, in vario modo, impediscano o limitino l'esercizio di una determinata professione²⁰).

Tuttavia, sarebbe sbagliato pensare che il criterio della patrimonialità abbia un rilievo esclusivo e generale: vi sono infatti fattispecie nelle quali tale profilo appare, se non assente, certamente presente solo in via indiretta (per es., la Corte di Strasburgo ha ritenuto di poter qualificare come «diritto di carattere civile» la pretesa di un individuo di accedere all'istruzione universitaria²¹, nonostante la regolazione di tale servizio rientri le competenze pubbliche; quella a non subire discriminazioni nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione

¹⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *König v. Germany*, cit., § 90; Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 ottobre 1987, caso 10426/83, *Pudas v. Sweden*, relativa alla revoca di una licenza per lo svolgimento del servizio di trasporto interurbano su determinate tratte cittadine.

¹⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 febbraio 2004, caso 54039/00, *Morscher v. Austria*, relativa alla richiesta di un permesso di costruire: tale provvedimento è stato ritenuto idoneo a incidere su un «diritto di carattere civile» che, nella specie, era direttamente lo *ius aedificandi*.

¹⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 novembre 2006, caso 60860/00, *Tsfayo v. the United Kingdom*, riguardante la revoca della concessione d'uso di un alloggio popolare.

²⁰ Cfr., per es., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, 23 giugno 1981, casi 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, riguardante una sanzione disciplinare sospensiva comminata a un medico.

²¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 2008, caso 9907/02, *Emine Araç v. Turkey*, § 20.

di un appalto pubblico²² o, ancora, la posizione soggettiva di una persona sottoposta al regime di carcere duro per reati di mafia²³).

In definitiva, l'interpretazione "autonoma", da un lato, della nozione di «tribunale», dall'altro, di «accusa penale» e di «diritti di carattere civile», ha consentito alla Corte di Strasburgo di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU ben oltre la materia civile e penale e ben oltre il piano processuale, fino a ricomprendere una molteplicità di procedimenti amministrativi (in genere disciplinati, nel nostro ordinamento, dalla legge n. 241 del 1990): sicché, in definitiva, è proprio nella fase procedimentale di irrogazione di una sanzione o di adozione di un altro provvedimento che un'autorità amministrativa è tenuta, in linea di principio, a rispettare le garanzie del diritto di difesa e dell'«equo processo»²⁴.

Pure sotto questo profilo, dunque, l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU non coincide con quello dell'art. 111 Cost.: quest'ultimo, come si è detto, si configura infatti,

²² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 luglio 1998, casi 20390/92, 21322/92, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, § 62.

²³ Così, per es., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, 17 settembre 2009, caso 74912/01, *Enea v. Italy*, §§ 97 ss.

²⁴ L'impostazione teorica delle sentenze della Corte di Strasburgo appare certamente debitrice della dottrina kelseniana sulla unità strutturale tra amministrazione e giurisdizione: cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Harvard, 1945, 278, ove si legge «*there is nothing to prevent us from giving the public administration, insofar as it exercises a judicial function, the same organization and procedure as have the courts. Sanctions are coercive acts, and sanction inflicted upon individuals by administrative organs are certainly encroachments upon the property, freedom, and even life of the citizens. If the constitution prescribes that no interference with the property, freedom or life of the individual may take place except by "due process of law" this does not necessarily entail a monopoly of the courts on the judicial function. The administrative procedure in which a judicial function is exercised can be formed in such a way that it corresponds to the ideal of "due process of law"*».

anche rispetto al diritto amministrativo, come una norma (esclusivamente) sulla funzione giurisdizionale (e non sul procedimento amministrativo)²⁵.

Viceversa, l'art. 6 CEDU, che originariamente era ritenuto non applicabile al diritto amministrativo, è divenuto - grazie all'affermarsi di una visione meramente funzionale di giurisdizione - una norma rilevante, in prima battuta, per fattispecie pubblicistiche sostanziali (come si è detto, per la fase procedimentale amministrativa) e, solo in via eventuale ed *ex post*, anche per il processo amministrativo (cfr., *infra*, par. 4).

3. ART. 6 CEDU E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IN PARTICOLARE, I PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Il tema della valenza innanzitutto sostanziale dell'art. 6 CEDU è probabilmente il profilo più interessante di tutta l'elaborazione della Corte europea di Strasburgo: l'idea (profondamente innovativa rispetto alla prospettiva nazionale) è, infatti, che le garanzie del diritto di difesa e dell'«equo processo» debbano essere pienamente assicurate nel momento

²⁵ In tal senso è la posizione unanime della Corte costituzionale: cfr., per es., la pronuncia del 26 gennaio 2009, n. 20, in www.cortecostituzionale.it, punto 4 del *Considerato in diritto*, nella quale la Consulta, chiamata a vagliare la legittimità costituzionale delle norme sullo svolgimento degli esami di abilitazione alla professione di avvocato, nella parte in cui non prevedevano l'obbligo, per la Commissione d'esame, di motivare il voto numerico espresso in occasione delle prove scritte, ha escluso che potessero essere assunti come parametro di legittimità costituzionale gli artt. 24, 113 e 111 della Cost., in quanto riferiti alla sola fase processuale. Tale posizione è del resto stata riaffermata dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 30 settembre 2009, n. 20935 (si tratta del caso che poi è stato portato innanzi alla Corte di Strasburgo e che quest'ultima ha deciso con la sentenza *Grande Stevens* cit.), punto 5.2 della motivazione, ove si è ritenuto che il procedimento della Consob non violasse i diritti della difesa e la parità delle armi tra le parti proprio sull'assunto che le garanzie del giusto processo e della tutela dei diritti della difesa di cui agli artt. 24 e 111 Cost. non si applicavano al procedimento amministrativo.

in cui viene incisa la posizione soggettiva dell'individuo, a prescindere dalla forma e dalla natura che assumono l'atto e il procedimento tramite i quali si realizza tale violazione.

Ciò comporta, evidentemente, una trasformazione in senso accusatorio del procedimento amministrativo *sub specie* di piena parità delle armi tra le parti (le quali dovrebbero poter esporre le proprie ragioni e i mezzi di prova a sé favorevoli in contraddittorio, secondo il modello anglosassone della cd. *cross examination*), di chiara distinzione tra fase istruttoria e decisoria, di garanzia del principio di presunzione di innocenza, di piena accessibilità a tutti gli atti e ai documenti rilevanti, anche ove detenuti dalla pubblica amministrazione.

Questa impostazione è emersa chiaramente in alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardanti i procedimenti sanzionatori di Autorità amministrative indipendenti francesi e italiane: tali sentenze hanno avuto, non a caso, una forte risonanza anche mediatica.

Con riguardo alle prime, fin dal 2009, con la sentenza *Dubus S.A. v. France*, nella quale era in discussione la conformità all'art. 6 CEDU del procedimento di irrogazione di una sanzione da parte della *Commission bancaire*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la struttura organizzativa interna di quest'ultima, pur presentando una certa distinzione tra l'organo istruttorio-accusatorio (il *Secrétariat Général*) e l'organo decisorio competente ad adottare la sanzione (la *Commission*), non realizzasse una sufficiente separazione tra gli stessi: infatti, il *Secrétariat Général* (l'organo istruttorio) appariva in posizione servente rispetto alla *Commission* (l'organo decisorio) dalla quale riceveva istruzioni ed era controllato²⁶.

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. France*, § 60

Proprio per dare attuazione a tale sentenza, nel 2010 è stata creata in Francia una nuova autorità (l'*Autorité de contrôle prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte e non più da una commissione unica²⁷.

La vicenda 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.

Peraltro, l'orientamento espresso nel caso *Dubus* ha esercitato una influenza determinante anche sulla giurisprudenza francese successiva, chiamata a pronunciarsi sul rispetto del richiamato principio di separazione con riguardo ad altre Autorità indipendenti. Per es., il *Conseil Constitutionnel* ha, da ultimo, dichiarato l'incostituzionalità di diverse previsioni della legge istitutiva dell'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*, sull'assunto che le stesse « *n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité* »²⁸. Poco prima, sempre il *Conseil Constitutionnel* aveva invece ritenuto costituzionalmente legittime le previsioni in tema di procedimento sanzionatorio dell'*Autorité de la concurrence*, giungendo alla conclusione, dopo un'attenta analisi della relativa disciplina, che « *la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction* »²⁹

²⁷ Cfr. l'art. L. 612-4 dell'*Ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010.

²⁸ *Décision* n. 2013-331 QPC del 5 luglio 2013.

²⁹ *Décision* n. 2012-280 QPC del 12 ottobre 2012.

Tornando alla giurisprudenza di Strasburgo, quest'ultima, nel 2011, ha statuito che la procedura sanzionatoria di un'altra Autorità indipendente, la *Commission des opérations de bourse* (COB) francese, non era conforme all'art. 6 CEDU, questa volta sotto il profilo del mancato rispetto del principio di pubblicità³⁰: in particolare, la Corte europea ha ritenuto violata la norma sull'«equo processo» poiché, all'epoca dei fatti, il regolamento interno della COB non prevedeva la possibilità per l'accusato di richiedere un'udienza pubblica.

Sempre nel 2011, e di nuovo con riguardo alla medesima autorità, la sentenza *Messier* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha infine precisato che la fase procedimentale di irrogazione di una sanzione deve rivestire un «carattere contraddittorio» e assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa. Ciò significa, secondo i giudici europei, non solo che vi deve essere pieno accesso ai documenti e al fascicolo dell'accusa, ma che l'autorità inquirente, durante il procedimento sanzionatorio preordinato all'irrogazione di una sanzione, ha l'obbligo di comunicare alla difesa (cioè a colui che è sottoposto a procedura sanzionatoria) tutte le prove a carico e a discarico (lo deve fare in modo automatico), sollecitando il contraddittorio della controparte in modo da consentirle di influire effettivamente sull'esito della decisione³¹.

Sebbene nel caso di specie la Corte di Strasburgo non abbia riscontrato una violazione del diritto di difesa, la regola (molto importante) ricavabile da questa sentenza è che la parità delle armi tra le parti dovrebbe, almeno ove vengano in rilievo sanzioni particolarmente pesanti (ossia idonee a incidere sin da subito e irrimediabilmente nella sfera soggettiva del destinatario), essere realizzata fin dalla fase procedimentale; e ciò, si badi, pure ove sia previsto un successivo riesame in sede giurisdizionale.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes c. France*, § 31.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2011, caso 25041/07, *Messier v. France*, § 52.

In tali casi, infatti, anche una sentenza che successivamente annullasse o riducesse sensibilmente la pena inflitta non potrebbe far venire meno la grave afflizione già subita dal destinatario con conseguente violazione del principio di presunzione di innocenza sancito dall'art. 6, par. 2 CEDU³².

Detto altrimenti, l'immediata esecutività che connota, nel nostro ordinamento, i provvedimenti amministrativi (anche sanzionatori) può confliggere con il principio di presunzione di innocenza ove una misura "penale", con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta al cittadino in assenza di un equo procedimento-processo³³.

L'impostazione seguita dalla Corte di Strasburgo con riguardo alle Autorità indipendenti francesi è stata dalla stessa ribadita, da ultimo, nella recentissima sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, riguardante il procedimento sanzionatorio della Commissione nazionale per la società e la borsa italiana (Consob).

Anche in questo caso, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la suddetta procedura sanzionatoria, pur avendo a oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo, fosse volta a decidere una «accusa di natura penale»: ciò, in particolare, per via dell'indiscutibile grado di severità dell'impianto sanzionatorio (il massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria è, infatti, di cinque milioni di euro, cui si accompagna, per gli esponenti aziendali, la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, e, relativamente alle società quotate in borsa, la temporanea incapacità di assumere incarichi di direzione, di amministrazione e di controllo), nonché, per lo scopo chiaramente punitivo-

³² Ai sensi di tale disposizione «*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*».

³³ In tal senso, espressamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 luglio 2002, caso 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108, ove si legge: «*A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny*».

deterrente (che si unisce a quello preventivo e riparatorio dei pregiudizi di natura finanziaria cagionati dalla condotta) della misura adottata.

Quanto ai vizi del procedimento, la Corte europea ha, all'unanimità, ritenuto in contrasto con l'art. 6 CEDU l'assenza di contraddittorio (in quanto la sanzione era stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti), la mancanza di un'udienza pubblica e, infine, l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio a organi che, sebbene diversi, dipendevano comunque dallo stesso soggetto (il Presidente della Consob).

I giudici di Strasburgo hanno concluso che era pur vero che i ricorrenti avevano, nel caso di specie, beneficiato del controllo ulteriore da parte della Corte d'Appello di Torino, giudice certamente indipendente e imparziale; tuttavia, era mancata un'udienza pubblica presso la Corte medesima; né poteva valere a sanare tale vizio la circostanza che un'udienza pubblica si fosse poi svolta davanti alla Corte di Cassazione, attesa la limitatezza dell'orizzonte conoscitivo del giudice di legittimità.

Ora, la sentenza in questione - pur probabilmente un po' superficiale quanto alla affermazione dell'effettivo esercizio di «*full jurisdiction*» da parte della Corte d'Appello italiana (illuminante sul punto è la *opinion dissidente* espressa dai giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque³⁴), nonché inadeguata quanto a (la mancata considerazione de) il rilievo del principio di presunzione di innocenza rispetto ad una sanzione che, comunque, rimane immediatamente esecutiva ove anche sia impugnata in sede giudiziale (ma, del resto, non risulta che tale profilo fosse stato sollevato dalla difesa del ricorrente)³⁵ - rappresenta un importante passo in avanti per l'esperienza italiana: essa ha consacrato definitivamente l'inadeguatezza del sistema amministrativo inquisitorio di inflizione di sanzioni

³⁴ In particolare, i parr. 8-14.

³⁵ L'art. 6, par. 2, CEDU prevede infatti che «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Sulla declinazione di questo profilo nel campo delle sanzioni amministrative a tutela della concorrenza cfr. M. Bronckers and A. Vallery, *No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law*, in *World Competition*, 2011, 535 ss.

amministrative. Di quest'ultimo è stata affermata la - strutturale - incompatibilità con le esigenze della applicazione della pena necessariamente nell'ambito di un procedimento amministrativo paritario quale delineato dall'art. 6 CEDU³⁶.

4. L'ELEMENTO DI FLESSIBILITA' DEL SISTEMA: LA COMPENSAZIONE EX POST E LA «FULL JURISDICTION».

A questo punto, dovrebbe essere oramai evidente come l'applicazione dei principi dell'«equo processo» ai procedimenti amministrativi (sanzionatori e di altro tipo) comporti una serie di conseguenze dirompenti: a rigore, infatti, sarebbe pienamente conforme alle prescrizioni convenzionali solo un procedimento paragiurisdizionale, nel quale le parti si trovino in posizione di parità di fronte a un'autorità decidente terza rispetto a esse e, al contempo, indipendente dall'esecutivo e da ogni altra influenza esterna³⁷.

Tale modello è però molto lontano da quello proprio dei sistemi cd. "a diritto amministrativo" nei quali, a tacer d'altro, le connessioni dell'amministrazione con il potere

³⁶ Non è un caso che, da ultimo, con l'ordinanza n. 7567/2014, il Consiglio di Stato abbia imposto alla Consob di modificare il proprio procedimento sanzionatorio così da renderlo compatibile con i principi affermati nella pronuncia *Grande Stevens*. Per ulteriori riflessioni sulla sentenza *Grande Stevens v. Italy*, cfr. M. Ventoruzzo, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. delle società*, 2014, 693 ss.; se si vuole, M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi convenzionali europei*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053 ss.

³⁷ In Italia, la più avanzata elaborazione del procedimento amministrativo come luogo di sottoposizione della p.a. a regole di garanzia e di partecipazione, anche tratte dal modello giurisdizionale, si deve a F. Benvenuti (tra i numerosi scritti dell'Autore cfr., almeno, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Scritti giuridici*, II, *Articoli e altri scritti (1948/1959)*, Milano, 2006, 1117 ss.) e alla fondamentale e innovativa opera di G. Pastori, *Introduzione generale*, in Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 12 ss., ora in Id., *Scritti scelti*, I (1962-1991), Napoli, 2010, 81 ss.

esecutivo sono non solo normali, ma addirittura necessarie, perché portato del potere di indirizzo politico-amministrativo che spetta al Governo.

La Corte EDU pare ben consapevole di tale problematica e ha dunque adottato un approccio flessibile basato sulla considerazione unitaria del procedimento amministrativo e della successiva fase giurisdizionale: in sostanza, stando a tale impostazione, tutte le volte in cui non viene data concreta attuazione alle garanzie dell'art. 6 CEDU nel corso del procedimento amministrativo (ossia nella sede nella quale l'autorità amministrativa può decidere un'«accusa penale», ovvero incidere significativamente su un «diritto civile»), assume rilevanza la successiva fase processuale come luogo di possibile correzione, sia pure *ex post* e in via eventuale (cioè su ricorso della parte interessata), dei *deficit* di tutela che si siano verificati in sede procedimentale.

Così, per es., la carenza di indipendenza in capo a un organo amministrativo può essere “compensata” dall'indipendenza del giudice al quale sia possibile fare ricorso³⁸. Analogamente, ove i diritti di difesa non abbiano trovato adeguata considerazione nel momento di esercizio della funzione amministrativa e, dunque, il procedimento non sia stato, in concreto, giusto e paritario (ossia, in estrema sintesi, non sia stato adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi tra la parte privata e quella pubblica), deve essere il processo a rimediare a tali inadempimenti; ma, per avere questa capacità correttiva, quest'ultimo deve costituire (se ciò il ricorrente domanda) luogo di compiuto riesame della scelta amministrativa: la giurisdizione amministrativa deve

³⁸ Questa impostazione è emersa in modo molto chiaro fin dalla sentenza della *Grand Chamber* della Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 1995, caso 19178/91, *Bryan v. the United Kingdom*, riguardante un procedimento amministrativo di natura urbanistica volto ad accertare l'abusività di alcune costruzioni: in questo caso erano in gran parte presenti le garanzie richieste dall'art. 6 CEDU, visto che si trattava di un procedimento «quasi-judicial», ma il commissario del Governo, ossia l'organo amministrativo decidente, era privo di reale indipendenza dall'esecutivo, poiché quest'ultimo poteva, in ogni tempo (anche a procedimento iniziato), sollevarlo dall'incarico. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che tale mancanza fosse compensata dalla possibilità di proporre ricorso a un organo giurisdizionale in senso stretto dotato dei necessari caratteri di indipendenza e di imparzialità.

dunque essere “piena”, nel senso di sostitutiva, perché altrimenti sarebbe incapace di offrire al cittadino l’effettiva possibilità di godere, seppure *ex post*, di adeguati diritti di difesa, rispetto a un’azione pubblica volta a comminare sanzioni afflittive o idonea a determinare i suoi «diritti di carattere civile».

Del resto, va detto che, quantomeno da un punto di vista logico, se la funzione giurisdizionale non fosse sostitutiva, le sue proprie garanzie non potrebbero, in linea di principio, sostituire e compensare quelle mancanti in sede procedimentale: in altri termini, l’idea della sostituzione *ex post* implica, si direbbe necessariamente, la possibilità di un vero e proprio riesercizio del potere, in modo da assicurare che i diritti procedurali siano rispettati in una fase che, per quanto successiva, sia davvero quella di assunzione della decisione³⁹.

Sicché, in definitiva, nell’idea della CEDU la regola è (e, in questo senso, non può che essere) quella della piena sostituzione, potendosi al più giustificare alcune eccezioni solo ove strettamente connesse (e giustificate dal) principio democratico o da altri obiettivi e invincibili ostacoli al sindacato giurisdizionale⁴⁰.

³⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 gennaio 2004, caso 73797/01, *Kyprianou v. Cyprus*, 2004), par. 44, la quale ha statuito che la carenza di garanzie nella fase procedimentale deve essere sanata in sede giurisdizionale ove il giudice deve godere di una «*full competence to deal de novo with the case*», assicurando una «*ab initio, independent determination of the criminal charge against the applicant*».

⁴⁰ Cfr., per un chiaro riferimento al necessario rispetto del principio democratico, Corte europea dei diritti dell’uomo, 14 Novembre 2006, caso n. 60860/00, *Tsfayo v. The United Kingdom*, §§ 40 ss., secondo la quale «*when the decision turned upon questions of policy or “expediency”, it was not necessary for the appellate court to be able to substitute its own opinion for that of the decision-maker; that would be contrary to the principle of democratic accountability*»; sicché, in questi casi, va salvaguardata la spettanza all’amministrazione dell’«*exercise of administrative discretion pursuant to wider policy aims*». Viceversa, «*when the decision turned upon a question of contested fact, it was necessary either that the appellate Court should have full jurisdiction to review the facts or that the primary decision-making process should be attended with sufficient safeguards as to make it virtually judicial*».

L'approccio della Corte europea è insomma certamente pragmatico e fondato, in linea di principio, sulla disponibilità a considerare non solo una singola fase, ma, in modo integrato, l'intero "procedimento" (amministrativo e giurisdizionale).

In questa prospettiva, o l'autorità amministrativa soddisfa essa stessa le esigenze dell'art. 6 CEDU, e allora un successivo controllo giurisdizionale potrebbe al limite (dal punto di vista della CEDU) non essere neppure previsto, ovvero, qualora ciò non accada, la decisione adottata in sede procedimentale deve almeno poter essere successivamente controllata da un organo giurisdizionale dotato, secondo la definizione della Corte europea dei diritti, di una «*full jurisdiction*», ossia della capacità di (ri)valutare tutte le decisioni amministrative impugnate o, almeno, quelle centrali per la definizione della controversia, visto che, come la Corte ha chiarito ancora da ultimo, «*where the reviewing court is precluded from determining the central issue in dispute, the scope of review will not be considered sufficient for the purposes of Article 6*»⁴¹.

E ciò, a maggior ragione, ove vengano in rilievo questioni tecnicamente complesse: il punto è stato ben chiarito dalla Corte di Strasburgo in una serie di sentenze riguardanti procedimenti di vigilanza sul sistema bancario. Così, per es., nella pronuncia *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, concernente un complesso caso di assoggettamento di un'impresa bancaria a una procedura di insolvenza, la Corte europea dei diritti ha statuito che il giudice amministrativo cecoslovacco avrebbe dovuto esaminare le ragioni sostanziali alla base del provvedimento amministrativo, senza limitarsi a verificare il rispetto delle condizioni formali⁴². In altri termini, come meglio precisato nella sentenza

⁴¹ In tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2011, casi 32181/04 e 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, § 157, riguardante l'irrogazione di sanzioni amministrative (anche di carattere pecuniario), da parte dell'Autorità di controllo delle telecomunicazioni di Cipro, nei confronti di una società che gestiva in quel Paese una stazione televisiva ("Sigma TV") e una stazione radio ("Radio Porto").

⁴² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2003, caso n. 29010/95, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, §§ 64-65; cfr., inoltre, i §§ 71-72, nei quali la Corte ha esplicitato che non poteva ritenersi conforme all'art. 6 CEDU un sistema nel quale «*the essential function of the national courts when deciding on*

Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic, il giudice avrebbe dovuto condurre un'analisi «point by point», su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti, al fine di stabilire se la banca si trovasse davvero in una situazione economica tale da giustificare l'amministrazione controllata, nonostante la evidente tecnicità di una simile circostanza⁴³.

In una successiva pronuncia, sempre riguardante la vigilanza sulla solidità del sistema bancario, la Corte di Strasburgo ha ulteriormente chiarito la sua posizione ricordando, a fronte dell'obiezione del Governo bulgaro in ordine alla impossibilità, per i giudici amministrativi, di rivedere l'intrinseco di sofisticate analisi finanziarie, che esistono almeno due strade per superare il problema del *deficit* di sapere specialistico dei giudici amministrativi: la nomina di un consulente tecnico, ovvero l'integrazione dei collegi giudicanti con specialisti tecnici⁴⁴. Insomma, la tecnicità della fattispecie non esime dal pieno accesso ai fatti, primo e irrinunciabile significato del concetto di «*full jurisdiction*».

matters relating to entries in the Companies Register is to verify that the formal conditions laid down in the relevant legislation for making such entries have been fulfilled » e nel quale « *It is not the role of the courts to examine the substantive reasons for which the compulsory administration has been imposed or subsequently extended*».

⁴³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, § 111: «*The Court reiterates that, in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts. By way of contrast, the Court found violations of Article 6 § 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently*».

⁴⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso n. 49429/99, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, § 113.

In sostanza, dal punto di vista CEDU, il contraddittorio sui fatti complessi dovrebbe essere realizzato almeno in una fase: se ciò non si verifica nel corso del procedimento, il difetto di paritarietà della fase procedimentale deve essere corretto in sede processuale, consentendo al giudice di sostituirsi pienamente alle scelte, anche opinabili, assunte dall'amministrazione. Quest'ultima, dunque, non può godere di una riserva di valutazione tecnica né nel corso del procedimento, né nel corso del processo: nel primo caso, non può esservi riserva rispetto al cittadino destinatario dell'esercizio del potere (che deve poter partecipare, in condizioni di parità, all'assunzione della decisione); nel secondo, non vi può essere riserva rispetto al giudice.

Gli esempi riportati non esauriscono certo la complessità del concetto di « *full jurisdiction* » utilizzato dalla Corte di Strasburgo: non si nega, infatti, che vi sono anche sentenze meno coraggiose e altre che si assestano su posizioni “di compromesso”. Ciò, d'altro canto, mostra che la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo non ignora i delicati problemi che un sindacato sostitutivo comporta (se non altro perché gli Stati nazionali continuamente richiamano nelle loro difese la necessità di salvaguardare il “merito intrinseco” delle scelte amministrative e il fondamento democratico del monopolio della pubblica amministrazione sulle scelte discrezionali)⁴⁵.

Tuttavia, al di là dei toni non sempre identici che si ritrovano nelle diverse pronunce, ciò che si può notare è che l'idea stessa della «*full jurisdiction*» implica una pienezza di sostituzione del giudice all'amministrazione, esige cioè «*a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter*»⁴⁶.

⁴⁵ Per una evidenziazione dei limiti del sindacato giurisdizionale delineato dalla Corte di Strasburgo cfr. J.C. Laguna de Paz, *Understanding the limits of judicial review in European Competition Law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, 203 ss.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, § 82.

5. IL SIGNIFICATO DELLA «FULL JURISDICTION»: GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NAZIONALE A CONFORNTO

Come si è anticipato in apertura del presente lavoro, la giurisprudenza di Strasburgo in ordine alla natura sostanzialmente “penale” delle sanzioni amministrative aventi un carattere punitivo-afflittivo e il relativo insegnamento in punto di pieno accesso ai fatti (anche complessi) da parte dell’autorità giudiziaria hanno avuto un certo influsso anche nel diritto comunitario, specialmente con riguardo al tema delle sanzioni *antitrust* inflitte dalla Commissione per violazione degli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea (*ex* artt. 81 e 82 del Trattato CE), i quali, rispettivamente, vietano le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato comune (art. 101), e puniscono l’abuso di posizione dominante (art. 102)⁴⁷.

Nelle sentenze più recenti del giudice comunitario la questione (del tutto centrale dopo la sentenza *Menarini*) del rilievo dell’art. 6 CEDU in materia sanzionatoria è stata affrontata soprattutto sotto il profilo della attuazione di un sindacato giurisdizionale che possa dirsi conforme al canone della «*full jurisdiction*» elaborato dalla Corte di Strasburgo. E, proprio sotto questo profilo, è registrabile una evoluzione significativa.

Per comprendere i termini del problema, occorre premettere che, ai sensi dell’art. 263 del TFUE, la Corte di Giustizia esercita, sugli atti della Commissione europea, un controllo di legittimità il quale implica la possibilità di decidere dei ricorsi «*per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei Trattati o di qualsivoglia*

⁴⁷ La potestà sanzionatoria della Commissione per violazione degli artt. 102 e 103 del TFUE resta disciplinata dall’art. 23, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003, ai sensi del quale «*La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza, commettono un’infrazione alle disposizioni dell’art. 81 o dell’art. 82 del trattato*».

regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere»⁴⁸. In materia sanzionatoria, tale controllo di legittimità è poi completato, ai sensi dell'art. 261 del TFUE, dalla previsione di una «competenza giurisdizionale anche di merito»; i caratteri di quest'ultima sono chiariti dall'art. 31 del Regolamento CE 1/2003, ai sensi del quale «La Corte di Giustizia [...] può estinguere, aumentare o ridurre l'ammenda o la penalità di mora irrogata».

Ebbene, in alcune pronunce recenti, i giudici comunitari sembrano essersi avviati verso un riesame più penetrante dei presupposti tecnicamente complessi delle sanzioni *antitrust* irrogate dalla Commissione europea⁴⁹. Soprattutto, con tre sentenze emanate l'8 dicembre 2011, la Corte europea di Giustizia è giunta a un tale risultato confrontandosi con lo *standard* di sindacato giurisdizionale richiesto dall'art. 6 CEDU⁵⁰.

Nei casi ora richiamati, a fronte del rilievo dei ricorrenti secondo cui «*la dottrina del "potere discrezionale" e della "deferenza giudiziaria" non dovrebbe più essere applicata oggi, poiché il diritto dell'Unione è ormai caratterizzato dall'enorme importo delle ammende inflitte dalla Commissione, situazione spesso designata come trasformazione in senso penale de facto del diritto dell'Unione relativo alla concorrenza*»,

⁴⁸ Cfr., su questi profili, G.D. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, II ed., Milano, 2007, 697 ss..

⁴⁹ Cfr., per es., Tribunale di primo grado UE, 1 luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB, e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, par. 33, riguardante la determinazione del mercato rilevante in relazione a una violazione del divieto di abuso di posizione dominante; nonché, Tribunale di primo grado UE, 28 aprile 2010, causa T-446/05, *Aman & Söhne e Cousin Filterie c. Commissione*, par. 31, sempre relativa alla definizione del mercato rilevante, ma ai fini dell'accertamento di un'intesa restrittiva. Cfr., su questo tema, M. Jaeger, *L'intensité du contrôle du Tribunal dans les affaires de concurrence soulevant des questions d'appréciation économique complexe*, in *European Review of Public Law*, 2012, 975 ss.

⁵⁰ Cfr. Corte europea di Giustizia, 8 dicembre 2011, *KME Germany e a. c. Commissione Europea* cause riunite C-272/09, C-386/10 e C-389/10.

essa ha statuito espressamente che il giudice «non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione [...] al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto»⁵¹. In particolare, il giudice comunitario non dovrebbe mai astenersi dal «controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica», tra l'altro verificando «non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza», ma altresì accertando «se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa». Infine, egli deve valutare se tali dati «siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono»⁵².

Da ultimo, nelle pronunce 18 luglio 2013, n. 501, sul caso *Schindler Holding Ltd* e 24 ottobre 2013 sul caso *Kone* (richiamate nel primo paragrafo del presente lavoro), la Corte di Giustizia ha preso atto che per godere di «full jurisdiction», il giudice europeo deve avere «il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore. L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito»⁵³.

Alla luce di tale premessa (si noti: la Commissione è organo inferiore rispetto alla Corte che su di essa esercita una funzione appellatoria e non meramente cassatoria) la Corte del Lussemburgo ha tratto la conseguenza che la «competenza estesa al merito conferitagli dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003», va intesa nel senso di conferire al giudice europeo il potere di «sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di

⁵¹ Cfr. Corte europea di Giustizia, *KME Germany e a. c. Commissione Europea*, causa C-389/10, par. 109; C-386/10, par. 62; C-272/09, par. 102.

⁵² Cfr. Corte europea di Giustizia, *KME Germany* cit., C-389/10, par. 121; C-386/10, par. 54; C-272/09, par. 94.

⁵³ Cfr. *Kone Oyj v. European Commission*, cit., par. 22, e *Schindler Holding and Others v. Commission*, cit., par. 35.

*conseguenza, di sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta». Tuttavia, anche laddove sia stabilita una giurisdizione di mera legittimità (come per il sindacato sull'ammissione a programmi di *leniency* o comunque per i profili diversi da quelli sull'*an* e sul *quantum* della sanzione una volta accertato l'illecito), il giudice «non può far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione - al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto»⁵⁴.*

Insomma, in base a tali ultime sentenze, il sindacato sulle valutazioni tecniche complesse in sede comunitaria non sembra più essere esteso soltanto alla verifica dell'“attendibilità” delle stesse; ben più radicalmente, si riconosce invece al giudice il potere-dovere di esprimere, ove ciò sia richiesto, un giudizio di “condivisibilità” della valutazione effettuata dalla Commissione, con la conseguenza che, ove non ritenga che «*l'insieme dei dati rilevanti*» presi in considerazione sia idoneo a fondare gli esiti del giudizio tecnico complesso, da questo egli si deve discostare.

In queste pronunce, la discrezionalità tecnica della Commissione sembra dunque essere privata della capacità di costituire una comoda formula per aggirare la pienezza del sindacato giurisdizionale sulle sanzioni *antitrust*.

La Corte di Giustizia ha, cioè, delineato un sindacato del giudice comunitario ben più coerente con il modello CEDU: la regola non sembra più essere quella della discrezionalità come ambito almeno in gran parte riservato (ossia come “merito” amministrativo), bensì quella, opposta, della tendenziale pienezza del sindacato giurisdizionale. Almeno sul piano delle dichiarazioni di principio, infatti, si afferma a chiare lettere che la discrezionalità non può costituire un limite al compiuto accesso ai fatti, non solo complessi, ma anche opinabili, da parte dei giudici comunitari: insomma, volendo riprendere categorie processualistiche, si afferma la necessità di passare da un rimedio di tipo cassatorio a uno di tipo appellatorio.

⁵⁴ Corte europea di Giustizia, *Kone Oyj v. European Commission*, cit., par. 24.

Per quanto, naturalmente, quel che davvero conta non siano le formule astratte, ma la concretezza del riesame svolto dai giudici, non può sfuggire come questa impostazione sia del tutto esatta e quindi, potenzialmente, tale da rappresentare un reale punto di svolta⁵⁵.

Tuttavia, gli esiti ai quali è pervenuta Corte di Giustizia appaiono molto lontani dalla percezione che si ha, in Italia, del rilievo delle sentenze della Corte europea di Strasburgo (e del canone della «*full jurisdiction*» in esse richiamato) per il sindacato del giudice amministrativo.

In particolare, nel nostro Paese ha avuto una certa risonanza la vicenda decisa nella importante e già richiamata sentenza *Menarini*: ivi, pur con una motivazione non del tutto esplicativa, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il controllo compiuto dal Consiglio di Stato per verificare la partecipazione di un'impresa farmaceutica a un'intesa restrittiva della concorrenza fosse stato adeguato, visto che il giudice amministrativo aveva proceduto a un esame autonomo dei fatti rilevanti e delle prove raccolte dall'Autorità, e, inoltre, aveva valutato la proporzionalità tra il *quantum* della sanzione e la gravità dell'apporto individuale dell'impresa all'intesa restrittiva: in altri termini, non soltanto il sindacato sulla misura della sanzione era stato pieno e sostitutivo, ma il giudice si era spinto a valutare se sussistesse o meno la condotta illecita (ossia la partecipazione all'intesa restrittiva)⁵⁶.

⁵⁵ Su questi profili cfr. l'ampia e documentata analisi di M. Siragusa, C. Rizza, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, 2013, 408 ss.

⁵⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini diagnostic s.r.l. c. Italie*, cit., §§ 63-67: «*La Cour note que dans le cas d'espèce, les juridictions administratives se sont penchées sur les différentes allégations de fait et de droit de la société requérante. Elles ont dès lors examiné les éléments de preuve recueillis par l'AGCM. De plus, le Conseil d'Etat a rappelé que lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, même si le juge administratif n'a pas le pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante, il peut toutefois vérifier si l'administration a fait un usage approprié de ses pouvoirs. De ce fait, la Cour note que la compétence des juridictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les juridictions administratives*

A seguito di tale decisione, la giurisprudenza e una parte della dottrina hanno sostenuto che la Corte di Strasburgo avesse legittimato la piena conformità all'art. 6 CEDU del sindacato di legittimità del giudice amministrativo italiano come tradizionalmente inteso, ossia caratterizzato dal consueto limite del "merito amministrativo", riferibile, si noti, anche a valutazioni di carattere tecnico complesso⁵⁷.

In realtà, una lettura approfondita della sentenza *Menarini* non può prescindere dalla considerazione dei profili concreti che erano oggetto di esame: a ben vedere, in quel caso veniva in rilievo un'intesa restrittiva della concorrenza (peraltro, nei suoi profili non tecnicamente complessi) e il giudice amministrativo era chiamato a valutare il grado di partecipazione di un'impresa alla stessa. Si trattava, dunque, di profili che il giudice amministrativo italiano tende a sindacare pienamente probabilmente ritenendo che, in

ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même vérifier ses évaluations d'ordre technique. De plus, le contrôle effectué sur la sanction a été de pleine juridiction dans la mesure où le TAR et le Conseil d'Etat ont pu vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et le cas échéant auraient pu remplacer la sanction (voir, a contrario, Silvester's Horeca Service c. Belgique, n° 47650/99, § 28, 4 mars 2004). En particulier, le Conseil d'Etat, en allant au delà d'un contrôle « externe » sur la cohérence logique de la motivation de l'AGCM, s'est livré à une analyse détaillée de l'adéquation de la sanction par rapport aux paramètres pertinents, y compris la proportionnalité de la sanction même. La décision de l'AGCM ayant été soumise au contrôle ultérieur d'organes judiciaires de pleine juridiction, aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention ne saurait être décelée en l'espèce».

⁵⁷ La posizione è chiaramente espressa da Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.*, 2012. È significativo che anche l'allora Presidente del Consiglio di Stato, Giancarlo Coraggio, nel suo discorso di insediamento (pubblicato in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*), 2012, 243 ss., 253, abbia dichiarato di condividere l'interpretazione data dalle Sezioni Unite della sentenza *Menarini*, rilevando che «Come è noto, è solo una opinione dissenziente (mi riferisco a quella espressa nella causa *Menarini* contro Italia) quella secondo cui, ai sensi dell'art. 6 CEDU, non sarebbero più giustificabili limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti del "merito amministrativo"».

questi casi, non vengano in rilievo scelte di carattere discrezionale, ma mere valutazioni di fatto⁵⁸.

Del resto, si tratta di questioni che attengono all'oggetto principale dell'accertamento compiuto dall'*Antitrust* (vale a dire la valutazione della condotta anticoncorrenziale), per cui, ove fossero ritenute in linea di principio escluse dal sindacato di legittimità (anche quando, come nella specie, prive di particolare complessità tecnica), quest'ultimo risulterebbe completamente inutile.

Si può ben ipotizzare che, viceversa, se in questione vi fosse stato un profilo in concreto ritenuto dal giudice amministrativo di merito amministrativo (come è, tipicamente, l'individuazione del cd. mercato rilevante che i giudici amministrativi evitano di identificare in via autonoma, mostrando una sostanziale passività rispetto alle determinazioni amministrative dell'Agcm), le conclusioni della Corte EDU avrebbero dovuto essere diverse: in tal caso, difatti, il ricorrente avrebbe avuto ragione a lamentare una violazione, in concreto, del principio della «*full jurisdiction*».

Al contrario, almeno da quanto emerge dalla richiamata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché, soprattutto, dalla lettura delle relative pronunce nazionali, i fatti in questione attenevano, essenzialmente, non all'*an* della sussistenza di effetti anticoncorrenziali, ma, più semplicemente, al *quantum* (e, forse) anche all'*an*, della cooperazione della Menarini all'intesa restrittiva. Cioè, lo si ripete, a questioni del tutto consuete per il sindacato giurisdizionale, visto che, per es., si tratta del normale accertamento compiuto anche dal giudice penale in presenza di un reato commesso da più soggetti in concorso tra loro.

La lettura riduttiva che viene offerta della sentenza *Menarini* mostra dunque, senza bisogno di ulteriori commenti, la difficoltà per la nostra cultura giuridica di ammettere un

⁵⁸ In tal senso cfr., per es., di recente, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, in *Giustizia-amministrativa.it* (<http://www.giustizia-amministrativa.it>).

sindacato pieno e sostitutivo su scelte tecnicamente complesse⁵⁹; e ciò nonostante tale impostazione si stia affermando, come si è visto, anche nell'ordinamento comunitario.

In particolare, nelle sentenze più recenti dei giudici italiani emerge ancora la tendenza a non distinguere nettamente la discrezionalità tecnica (intesa come valutazione di fatti complessi) da quella amministrativa (intesa come ponderazione di interessi alla luce dell'interesse pubblico)⁶⁰: questo approccio è ben sintetizzato nella formula "discrezionalità

⁵⁹ Con riferimento al sindacato sulle sanzioni amministrative cfr., da ultimo, Corte di Cassazione, sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss., con nota di B. Giliberti, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, che ha ritenuto rientrasse nel cd. merito amministrativo la individuazione del mercato rilevante ai fini della irrogazione di una sanzione *antitrust*. In generale, una compiuta analisi degli orientamenti giurisprudenziali più recenti in tema di sindacato sulle valutazioni complesse della pubblica amministrazione si ritrova in G. Sigismondi, *Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro it.*, 2014, III, 177 ss.

⁶⁰ L'individuazione di una chiara distinzione tra discrezionalità amministrativa e tecnica si deve, in Italia, a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 161 ss.; la tesi ha avuto un certo seguito in dottrina: tra coloro che riconoscono la piena autonomia delle valutazioni tecniche rispetto a quelle discrezionali (pur giungendo a conclusioni non sempre del tutto coincidenti in ordine alla sindacabilità delle stesse) cfr., almeno, senza pretesa di completezza, V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 247 ss., 307; F. Benvenuti, *Introduzione al tema*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 1 ss.; F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, *ibidem*, 107 ss., e Id., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. 319 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, II, spec. 408 ss.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 659 ss.

tecnica” che viene comunemente utilizzata e che riconduce a un’area di tendenziale insindacabilità intrinseca tutte le scelte amministrative complesse⁶¹.

Per queste ragioni, potrebbe suscitare perplessità la posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nel caso Grande Stevens: ivi, i giudici europei hanno ritenuto che il sindacato della Corte d’Appello italiana fosse sufficiente a sanare i vizi della fase procedimentale di irrogazione della sanzione da parte della Consob.

In realtà, nel caso di specie non risulta fossero in questione veri e propri poteri discrezionali, sicché il giudice ordinario poteva, in effetti, esercitare un riesame pieno e sostitutivo della pretesa sanzionatoria: tuttavia, come è stato ben notato nella *dissenting opinion* dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, tale riesame è stato poi sostanzialmente appiattito, negli esiti, alla opinione della Consob.

Si entra però qui in considerazioni sulla intrinseca giustizia e condivisibilità degli esiti del sindacato giudiziale che è questione all’evidenza diversa da quella dell’accettabilità del grado di sindacato esercitato alla luce del canone CEDU di «*full jurisdiction*». Insomma, un giudice può anche esercitare una «*full jurisdiction*» e, ciò nonostante, condividere (magari sbagliando) le tesi della p.a.

Ciò che invece non gli si deve consentire è di declinare il proprio sindacato in rapporto a pretesi profili riservati alla amministrazione, perché, altrimenti, verrebbe meno

⁶¹ La tesi della riconducibilità delle valutazioni tecniche complesse alle scelte discrezionali in senso proprio, a lungo sostenuta in passato dalla giurisprudenza e dalla dottrina (cfr., per tutti, O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, spec. 365 ss., ed A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; nonché, V. Bachelet, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967), ha trovato, di recente, nuovi sostenitori: tra i principali, cfr. F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791 ss.; G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell’amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2011, 133 ss.

la possibile funzione correttiva *ex post* del procedimento giurisdizionale rispetto a quello amministrativo.

Alla luce di quanto si è sin qui detto, non sembra dunque ulteriormente ritardabile la presa d'atto della necessità di intendere in senso forte il principio di effettività della tutela al quale fa riferimento anche l'art. 1 del codice del processo amministrativo italiano (non a caso) rinviando ai «*principi della Costituzione e del diritto europeo*»⁶². Quantomeno, occorrerebbe iniziare ad utilizzare pienamente tutti gli strumenti già presenti nel Codice del processo amministrativo. Primo fra tutti, la giurisdizione di merito *ex art.* 134⁶³, che, come già notato dal giudice *Pinto De Albuquerque* nel caso *Menarini*⁶⁴, può in effetti consentire la realizzazione di una «*full jurisdiction*» ed oggi, si noti, riguarda il contenzioso su tutte le sanzioni amministrative pecuniarie devolute in giurisdizione amministrativa, con l'eccezione, soltanto, di quelle irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, che sono state riattribuite alla cognizione del giudice ordinario a seguito di recenti e discutibili scelte della Consulta⁶⁵.

⁶² Per questa impostazione, da ultimo, E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss.

⁶³ L'art. 134, c. 1, lett. c), introduce una giurisdizione estesa al merito «*nelle controversie aventi ad oggetto: c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti*».

⁶⁴ *Opinion dissidente*, § 12: «*Une note optimiste pour terminer: l'interprétation "faible" des pouvoirs de contrôle des tribunaux administratifs sur les sanctions appliquées par les autorités administratives a été finalement supprimée par le nouveau code de procédure administrative, qui prévoit explicitement dans son article 134 alinéa c) la "jurisdiction étendue au fond" des tribunaux administratifs sur les sanctions administratives pécuniaires, y compris celles imposées par les autorités administratives indépendantes. Dès l'entrée en vigueur du nouveau code, les juges administratifs italiens pourront contrôler in totum les décisions d'application des sanctions administratives. Le législateur italien a reconnu l'erreur et s'est mis dans le droit chemin*».

⁶⁵ Cfr., per la Consob, la sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162 e, per la Banca d'Italia, la recentissima sentenza del 9 aprile 2014, n. 4.