«Il diritto dell'economia», vol. 26, n. 82 (3-2013)
Pagine 1-460 (contenuto extra disponibile solo *online*)

Approfondimenti

Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti

a cura di Miriam Allena e Salvatore Cimini

Daniela Alfonsi, Dottoranda di ricerca in culture, linguaggi e politica della comunicazione, Università degli Studi di Teramo, Avvocato (a.daniela.alfonsi@gmail.com)

Miriam Allena, Ricercatore t.d. di diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; abilitata alle funzioni di Professore di seconda fascia in diritto amministrativo (miriam.allena@unicatt.it)

Marco Brocca, Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università del Salento; abilitato alle funzioni di Professore di seconda Fascia in diritto amministrativo (marco.brocca@unisalento.it)

Cristiano Celone, Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo; abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia in diritto amministrativo (cristiano.celone@unipa.it)

Salvatore Cimini, Professore Associato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Teramo; abilitato alle funzioni di Professore di prima fascia in diritto amministrativo (scimini@unite.it)

Michela Colapinto, Dottoranda di ricerca in teoria generale del processo: amministrativo, civile, penale e tributario (con specializzazione sul processo amministrativo), Università Lum Jean Monnet di Casamassima, Bari; Avvocato in Milano (m.colapinto@gmail.com)

Federico Dinelli, Ricercatore t.d. di diritto amministrativo, Università degli Studi "Roma Tre" (federico.dinelli@gmail.com)

Alison Jones, Professor of Law at King's College, London. Solicitor at Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Lelio Donato, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Catania (leliodonato@libero.it)

Francesco Goisis, Professore Straordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano (francesco.goisis@unimi.it)

Giuliano Grüner, Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; abilitato alle funzioni di Professore di prima fascia in diritto amministrativo (giuliano.gruner@uniroma2.it)

Federico Francesco Guzzi, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università di Roma "La Sapienza"; Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università di Salerno (ffguzzi@virgilio.it)

Roberto Leonardi, Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Brescia; abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia in diritto amministrativo (leonardi@ius.unibs.it)

Carmela Leone, Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università di Milano Bicocca; abilitata alle funzioni di Professore di seconda fascia in diritto amministrativo (carmela.leone@unimib.it)

Alberto Marcovecchio, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano, Avvocato in Milano (marcovecchio83@gmail.com)

Massimo Monteduro, Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università del Salento; abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia in diritto amministrativo (massimo.monteduro@unisalento.it)

Pasquale Pantalone, Dottorando di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano (pasquale.pantalone@unibocconi.it)

Erika Peroni, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano; Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore (erika.peroni@unicatt.it)

Giuseppe Andrea Primerano, Dottorando di ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (primerano.giuseppeandrea@gmail.com)

Alma Lucia Tarantino, Dottore di ricerca in istituzioni e politiche comparate presso l'Università degli Studi di Bari A. Moro, Avvocato (almalucia@libero.it)

Michele Trimarchi, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi "Roma Tre" (michele.trimarchi.35@alice.it)

Francesco Fabrizio Tuccari, Professore Associato confermato di diritto amministrativo, Università del Salento (francesco.tuccari@unisalento.it)

Sara Valaguzza, Ricercatore confermato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano, abilitata alle funzioni di Professore di seconda fascia in diritto amministrativo (sara.valaguzza@unimi.it)

Scilla Vernile, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano; Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università L. Bocconi di Milano (scilla.vernile@unibocconi.it)

Rebecca Williams, Lecturer in Criminal Law and Public Law at University of Oxford, in association with Pembroke College (rebecca.williams@pmb.ox.ac.uk)

Sommario

Miriam Allena e Salvatore Cimini
I. Premessa introduttiva 7

Miriam Allena
II. La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti
come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali
e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo 9

Roberto Leonardi
III. I caratteri del potere sanzionatorio 21

Pasquale Pantalone
IV. Principio di legalità e *favor rei* nelle sanzioni amministrative 32

Federico Dinelli
V. La colpevolezza nelle sanzioni
delle Autorità amministrative indipendenti 47

Michela Colapinto
VI. I criteri di determinazione delle sanzioni 58

Scilla Vernile
VII. Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti
tra diritto amministrativo e diritto penale 69

Michele Trimarchi
VIII. Funzione di regolazione e potere sanzionatorio
delle Autorità indipendenti 85

Carmela Leone
IX. Il *sub* procedimento con impegni
e il procedimento sanzionatorio: differenze e dipendenza 104

Lelio Donato
X. Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti
e le deroghe rispetto alla disciplina generale 113

Massimo Monteduro
XI. I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici 125

Francesco Tuccari
XII. I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio 159

Federico Francesco Guzzi
XIII. Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) 172

Alberto Marcovecchio
XIV. Il procedimento sanzionatorio della Consob 185

Daniela Alfonsi
XV. Il procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia 200

Massimo Monteduro
XVI. Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) 232

Cristiano Celone
XVII. I procedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp) 289

Erika Peroni
XVIII. Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (Aeegsi) 306

Marco Brocca
XIX. Il procedimento sanzionatorio dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ora Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni - Ivass) 327

Giuseppe Andrea Primerano
XX. Il procedimento sanzionatorio della Commissione per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali 354

Alma Lucia Tarantino
XXI. La Commissione di accesso ai documenti amministrativi (Cada): un'Autorità amministrativa libera e fragile? 369

Sara Valaguzza
XXII. Il potere sanzionatorio della Commissione europea a protezione della concorrenza 382

Giuliano Grüner
XXIII. Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti 390

Rebecca Williams e Alison Jones
XXIV. Administrative and Criminal Sanctions in the Cartel Context 414

Francesco Goisis
XXV. Le sanzioni amministrative pecuniarie delle Autorità indipendenti come provvedimenti discrezionali ed autoritativi: conseguenze di sistema e in punto di tutela giurisdizionale 448

I. Premessa introduttiva

Miriam Allena e Salvatore Cimini

Il lavoro qui pubblicato raccoglie le riflessioni di alcuni giovani studiosi del diritto amministrativo – in parte già anticipate nel corso di una Tavola rotonda tenutasi presso l'Università Commerciale L. Bocconi di Milano il 26 giugno 2013 – e mira ad offrire una panoramica, al tempo stesso snella e completa, dei vari profili coinvolti dalla potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti.

Il tema non manca certo di attualità. Basti pensare alla recente sentenza della Corte costituzionale del 27 giugno 2012, n. 162, in tema di giurisdizione sulla impugnazione delle sanzioni Consob, con cui si fa propria una tradizionale lettura nel segno del diritto soggettivo della relazione tra cittadino e amministrazione nel contesto della pretesa sanzionatoria.

Ebbene, è sembrato che solo approfondendo e rivedendo criticamente taluni temi di fondo ci si potesse interrogare con serietà sulla natura della pretesa sanzionatoria, sulle posizioni soggettive connesse e, quindi, sul ruolo del giudice, rispettivamente, ordinario e amministrativo, nel tutelare i cittadini incolpati.

In quest'ottica, è emersa sempre più l'inadeguatezza non solo di ricostruzioni ad oggi prevalenti, ma anche degli attuali strumenti di tutela procedimentale e processuale nei confronti delle suddette sanzioni: per un verso, essi sono troppo spesso interpretati ed applicati in modo riduttivo; per altro verso, essi paiono insufficienti se solo si considera il continuo inasprirsi delle sanzioni edittali (per es., in materia di pratiche commerciali scorrette, il d.l. n. 95/2012, cd. *spending review*, conv. nella l. n. 134/2012, ha innalzato la sanzione massima prevista dall'art. 27 del d.lgs. 206/2005, cd. codice del consumo, portandola da 500.000 euro a 5 milioni di euro: cfr. l'art. 23, c. 12-*quinquiesdecies*). Da qui la necessità di ricercare risposte e indicazioni anche nell'ordinamento sovranazionale europeo e, in particolare, nella previsione di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), le cui significative implicazioni quanto al livello minimo di tutele procedimentali e processuali verranno analizzate nel testo e già emergono con nettezza in sede di giurisprudenza della Corte europea di Giustizia in materia sanzionatoria *antitrust* e nel connesso dibattito dottrinale.

L'esigenza di effettività della potestà sanzionatoria delle Autorità si scontra poi con l'almeno altrettanto essenziale valore di garanzia espresso dal principio di legalità: non mancano orientamenti giurisprudenziali che sembrano assecondare

un allentamento del vincolo della legalità in ragione di un preteso carattere tecnico dell'attività delle Autorità indipendenti. La stessa specifica connessione che la funzione regolatoria e quella sanzionatoria presenterebbero viene usata quale argomento per giustificare una necessità di maggiore "flessibilità" degli strumenti sanzionatori. Tuttavia, è tutto da dimostrare che un tale approccio sia compatibile con i principi costituzionali interni e con gli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla CEDU.

Oltre ai profili di fondo che si sono richiamati, ci si soffermerà con il necessario dettaglio sugli snodi centrali del procedimento sanzionatorio, dal suo inizio alla sua conclusione (anche in forma consensuale), con tutti i relativi principi di garanzia oggi codificati dalla legislazione generale (l. n. 689/1981) e dalle discipline di specie che le varie Autorità indipendenti approvano al fine di dare pieno rilievo alla peculiarità dei loro settori di intervento.

Si esaminerà non solo il rapporto tra i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti e il procedimento descritto dalla l. n. 689/1981, ma ci si soffermerà anche sulla relazione che esiste tra la disciplina generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) e il procedimento sanzionatorio.

Non si mancherà poi di dare conto dei profili di diritto comunitario e comparato. In quest'ottica, nel gruppo di ricerca sono state coinvolte due colleghe dell'Università di Oxford e del King's College di Londra, al fine di capire i benefici e gli svantaggi di un sistema – quello del Regno Unito – che ha riconosciuto anche formalmente la natura penale di alcune sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti, con conseguente attribuzione del potere di irrogazione delle stesse ad un organo giurisdizionale.

In definitiva, oltre all'analisi dei singoli procedimenti sanzionatori delle varie Autorità indipendenti, nel lavoro si affronteranno i temi generali relativi ai principi sostanziali, procedimentali e alla tutela giurisdizionale della potestà sanzionatoria, senza trascurare gli importanti risvolti di diritto europeo.

Ciò, nella convinzione che solo un'analisi completa del fenomeno giuridico possa consentire di coglierne, senza approcci pregiudiziali, i principi fondanti e che, d'altra parte, sia proprio la specifica esperienza delle sanzioni delle Autorità indipendenti ad aver prodotto e a poter ancora suscitare le riflessioni più profonde ed innovative per il tema della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione in generale.

Ne è derivato un lavoro che, pur se soprattutto inteso come premessa per ulteriori e più strutturati studi, già ambisce a contribuire a un rinnovato dibattito sulla potestà sanzionatoria amministrativa, alla quale, come è noto, saranno dedicati nel nostro Paese importanti eventi scientifici nel corso del 2014.

II. La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo

Miriam Allena

Sommario: 1. Questioni di fondo e prospettive di revisione critica. – 2. L'appartenenza sostanziale al diritto penale, secondo la CEDU, della potestà sanzionatoria amministrativa: verso più elevati livelli di tutela. – 3. L'esperienza più avanzata di conformazione alla CEDU: l'adattamento delle Autorità indipendenti francesi preposte alla tutela del risparmio. – 4. Il faticoso recepimento dei dettami CEDU da parte delle Autorità indipendenti italiane.

1. *Questioni di fondo e prospettive di revisione critica.*

Il tema della potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti ha assunto, negli ultimi anni, un crescente rilievo, soprattutto in ragione dell'importanza economica e sociale degli interessi sui quali essa viene a incidere.

Peraltro, le sanzioni di tali Autorità, data anche la loro tendenziale maggiore gravità, sono più di frequente impugnate in sede giudiziale: ciò ha contribuito a fare sì che il settore in esame sia stato, in molti casi, una sede privilegiata per la formazione di orientamenti giurisprudenziali, spesso di rilevante portata creativa.

Proprio nel contesto di tale esperienza pretoria, è emersa, tra l'altro, la fragilità di alcune tradizionali categorie in tema di natura delle sanzioni amministrative pecuniarie, di loro distinzione rispetto alla generalità dei poteri amministrativi [secondo la ricostruzione elaborata, in particolare, da Capaccioli, 1979] e dei connessi equilibri in punto di riparto tra le giurisdizioni.

In effetti, negli ultimi anni, la stessa Corte di Cassazione, che pure tradizionalmente ha sempre prediletto visioni non autoritative della funzione sanzionatoria, ha invece riconosciuto l'autoritatività di sanzioni dell'Isvap e dell'Agcm, in virtù della particolare connessione delle stesse con la funzione regolatoria (cfr. Cass., sez. un., 29 novembre 2007, nn. 24816, 24817, 24818; Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667; Cass., sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882) [sul punto cfr., *infra*, il contributo di Trimarchi].

Come è noto, la tesi della natura non autoritativa della potestà amministrativa sanzionatoria è stata affermata trasponendo i caratteri del potere di determinazione delle sanzioni da parte del giudice penale (nel quale sarebbero, in ipotesi, assenti i profili propri della discrezionalità amministrativa), alla determinazione delle sanzioni da parte delle autorità pubbliche: di conseguenza, si è affermato che anche quest'ultima attività fosse del tutto estranea rispetto al compimento di scelte di interessi.

Tuttavia, la stessa giurisprudenza costituzionale, riprendendo alcuni importanti studi dottrinali [cfr., in particolare, Dolcini, 1979, 4 ss., il quale aveva evidenziato come l'art. 133 c.p., sui criteri di commisurazione delle pena, fosse una norma generica, inidonea a porre limiti effettivi alla discrezionalità del giudice penale], ha oramai da tempo statuito che la funzione di determinazione della pena da parte del giudice è vera e propria scelta di interessi in quanto le finalità rieducative della stessa (richiamate dall'art. 27, c. 3, Cost.), impongono che venga parametrata alla gravità del reato e alla personalità del colpevole (cfr. Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299) [su questi profili cfr. l'ampia e documentata analisi di Goisis, 2013, 79 ss., 114 ss. e, *infra*, nel presente lavoro collettaneo].

Particolarmente rilevanti sono poi i profili di diritto europeo che la potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti chiama in causa.

Ciò, da un lato, sotto il profilo dell'ordinamento dell'Unione europea: tali Autorità operano infatti, perlopiù, in materie di interesse comunitario, dando attuazione a una funzione sanzionatoria che è anche nell'interesse comunitario e trova spesso, almeno in parte, la sua fonte, se non altro in termini di principi, nella legislazione dell'Unione europea [Bruzzone, Boccaccio, Saija, 2013, 387 ss.; più in generale, sulla creazione di sistemi amministrativi basati su rapporti di cooperazione tra apparati statali e sovranazionali cfr. Saltari, 2007]: si pensi solo all'esperienza in materia *antitrust* ove il Regolamento n. 1/2003, «concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato» prevede un sistema di cd. "competenze parallele" in virtù del quale la Commissione può decidere di esercitare essa stessa la funzione sanzionatoria ma, di regola, la competenza in materia spetta alle Autorità nazionali (art. 5) [su questi profili cfr., *infra*, il contributo di Valaguzza].

Non può che conseguirne una progressiva uniformizzazione non solo in punto di interpretazione delle discipline rilevanti (cfr. l'art. 1, c. 4, della legge 13 ottobre 1990, n. 240, istitutiva della Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi del quale «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza»), ma altresì quanto ai profili di fondo della funzione sanzionatoria: con riguardo a ciò che si è sopra detto circa i più recenti orientamenti giurisprudenziali in punto di natura della funzione sanziona-

toria, non è dunque forse una caso che quest'ultima, nel diritto dell'Unione (e, in particolare, nel diritto *antitrust* europeo), si manifesti in un contesto segnato da caratteri di discrezionalità e di piena autoritatività [cfr. ancora Goisis, cit.; in precedenza, per la sottolineatura del rilievo dell'interesse pubblico nelle scelte della Comunità in materia sanzionatoria, cfr. Pisaneschi, 1998].

2. *L'appartenenza sostanziale al diritto penale, secondo la CEDU, della potestà sanzionatoria amministrativa: verso più elevati livelli di tutela.*

Per altro verso, un'influenza crescente sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative in genere deve essere oramai esercitata, specie sul piano dei principi e delle garanzie procedimentali e giurisdizionali, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e, in particolare, dagli artt. 6 e 7 della stessa (in tema, rispettivamente, di equo processo e di previa determinazione normativa in materia penale): la necessaria applicazione di tali disposizioni ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti italiane non pare infatti poter più essere messa in discussione, specie dopo la presa di posizione della Corte di Strasburgo nella sentenza *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia* (caso n. 43509/08) [sulla quale cfr. i commenti di Abenhaïm, 2012, 117 ss.; Bronckers-Vallery, 2012, 351 ss.; Basilico, 2011; Bombois, 2011, 541 ss.], ove è stata espressamente riconosciuta la natura sostanzialmente "penale", ai sensi dell'art. 6 CEDU, di una sanzione pecuniaria irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a un'impresa che aveva posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza.

In tale pronuncia, i giudici di Strasburgo hanno innanzitutto ritenuto non decisiva, per escludere l'applicazione dell'art. 6 CEDU, la qualificazione formalmente amministrativa ricevuta dalle sanzioni *antitrust* nel nostro ordinamento (cfr. sentenza *Menarini* cit., par. 39). Inoltre, essi hanno respinto gli argomenti del Governo italiano che pretendeva di affermare la natura amministrativa (e non penale) dei poteri sanzionatori dell'Agcm, in ragione della prevalenza, in essi, della finalità di tutela del mercato (e, dunque, dei profili che diremmo "di regolazione") su quella in senso stretto punitiva: da un lato, la Corte dei diritti dell'uomo ha rilevato che la sanzione inflitta aveva soprattutto un carattere punitivo e specialpreventivo, dato che mirava, in primo luogo, a impedire la reiterazione di un comportamento illecito da parte dell'impresa sanzionata; per altro verso, ha sottolineato che la qualificazione "penalistica" (nel significato convenzionale del termine) di una sanzione amministrativa ben può coesistere con la preordinazione della stessa a tutelare un interesse pubblico, visto che anche nelle sanzioni tradi-

zionalmente considerate penali negli ordinamenti dei singoli Stati è ravvisabile pure un intento di protezione di interessi generali, in un'ottica generalpreventiva.

Sicché, secondo tale ricostruzione, sia la sanzione penale che quella amministrativa mirano alla tutela preventiva dell'interesse pubblico (inteso come interesse a che non vengano reiterate condotte illecite) tramite la minaccia di un *malum* ed è semmai dall'assenza dell'intento punitivo che si deve dedurre la natura non penale (anche ai fini convenzionali) di un dato provvedimento (cfr. sentenza *Menarini*, par. 40; sui rapporti tra diritto penale e diritto amministrativo nelle sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti cfr., *infra*, il contributo di Vernile).

In definitiva, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vede lo strumento sanzionatorio come contrassegnato da una innegabile unitarietà, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia utilizzato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di una funzione amministrativa, oppure dall'autorità giudiziale nell'ambito di un'attività propriamente giurisdizionale: se, però, sia la sanzione penale che quella amministrativa hanno una medesima funzione deterrente e punitiva, entrambe devono essere assistite, nell'ottica della Corte di Strasburgo, dalle garanzie di cui all'art. 6 CEDU in tema di «equo processo».

Naturalmente, nel caso delle sanzioni amministrative, tali garanzie dovrebbero essere assicurate, almeno in prima approssimazione e di regola, innanzitutto nel procedimento amministrativo, visto che le stesse vengono emanate con pienezza di conseguenze e di esecutività all'esito di questa fase (e non di quella giurisdizionale che è successiva e meramente eventuale). Ciò significa che già nel procedimento di irrogazione di una sanzione dovrebbe essere realizzato l'«equo processo» di cui all'art. 6 CEDU con tutti i suoi caratteri (che potrebbero essere riassunti nel modello accusatorio e non inquisitorio del procedimento, *sub specie* di parità delle armi, di chiara distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria, di garanzia del principio di presunzione di innocenza, di piena accessibilità a tutti gli atti e i documenti rilevanti, anche ove detenuti dalla pubblica amministrazione, e così via).

Tuttavia, la compiuta applicazione del modello accusatorio al procedimento amministrativo pone una serie di problemi: si pensi, a tacere d'altro, al rischio, da tempo evidenziato da attenta dottrina, che l'attività amministrativa finisca per essere basata sulla verità processuale portata in evidenza dalle parti anziché sulla verità cd. reale o materiale [Pastori, 1964, e Id., 1997, 30 ss.].

Più in generale poi, il modello di un procedimento "paragiurisdizionale" nel quale l'autorità decidente si trovi in posizione di totale indipendenza dall'esecutivo come dalle parti in causa è difficilmente attuabile con riferimento alle autorità amministrative, almeno per come esse sono intese nella tradizione europea continentale dei sistemi cd. "a diritto amministrativo".

La pragmaticità dell'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo ha dunque portato quest'ultima a riconoscere che non tutte le garanzie di cui all'art. 6 CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni minori, ossia non rientranti nel "nocciolo duro" (cd. «*hard core*») della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale (la sentenza che ha inaugurato questo orientamento è *Jussila v. Finland*, 23 novembre 2006, caso 73053/01, par. 43). Quest'ultima viene dunque a configurarsi come luogo di 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.

In altri termini, se in un sistema ottimale i diritti di difesa dovrebbero trovare compiuta soddisfazione già nel momento di esercizio della funzione amministrativa, ove il procedimento non sia stato, in concreto, giusto e paritario (ossia, in estrema sintesi, non sia stato adeguatamente conforme 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 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 qualificabili come "penali" ai sensi dell'art. 6 CEDU.

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) [Pontón, 2005, 101 ss.].

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 (cfr., per es., la sentenza della *Grand Chambre*, 22 novembre 1995, caso 19178/91, *Bryan v. the United Kingdom*, nella quale la Corte di Strasburgo ha ritenuto che fosse conforme ai canoni dell'art. 6 CEDU anche un sindacato giurisdizionale limitato quale quello della *judicial review*, perché preceduto da un procedimento «*quasi-judicial*», nel quale la parte pubblica e quella privata erano state poste in condizione di sostanziale parità e in reale contraddittorio tra loro); ovvero, qualora ciò non accada, la decisione adottata in sede procedimentale deve 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 cen-

trali 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*» (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2011, casi 32181/04 e 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, § 157).

Insomma, se pure con riguardo al concetto di «*full jurisdiction*» la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è talora "ondivaga" (nel senso che accanto a vere e proprie "fughe in avanti" si accompagnano sentenze meno coraggiose e altre che si assestano su posizioni "di compromesso"), non vi è però dubbio che, nell'ottica CEDU, il rapporto tra scelte tecniche e discrezionali e sindacato giurisdizionale sia completamente ribaltato rispetto alla concezione tradizionale: la regola, cioè, non sembra piú essere quella della discrezionalità come ambito riservato, bensì quella, opposta, della tendenziale pienezza del sindacato giurisdizionale (ossia di una funzione giurisdizionale che addirittura, in linea di principio, non conosca il limite del cosiddetto "merito amministrativo") [per più ampie considerazioni su questi profili si rinvia ad Allena, 2012, spec. 66 ss., 203 ss.].

Di ciò pare oramai avere piena consapevolezza la Corte europea di Giustizia, la quale, in alcune pronunce recenti (proprio confrontandosi con le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo), ha affermato a chiare lettere, in relazione al proprio sindacato sulle sanzioni *antitrust* della Commissione, che la discrezionalità di quest'ultima non può costituire un limite al pieno accesso ai fatti, anche complessi, e al riesame di tutte le questioni rilevanti per la decisione (così, per es., 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, ha sottolineato che 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 addotti, 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» e valutando se tali dati «siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono»: rispettivamente, parr. 94, 54 e 121; da ultimo, Corte europea di Giustizia, 18 luglio 2013, *Schindler Holding Ltd*, C-501/11 e 24 ottobre 2013, *Kone,* C-510/11 P, rispettivamente, parr. 155 e 54, ha statuito che il giudice comunitario «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»).

Sicché, da un lato, il sindacato sulle valutazioni tecniche complesse in sede comunitaria non sembra più essere esteso soltanto alla verifica dell'"attendibilità" delle stesse ma, ben più radicalmente, si riconosce al giudice il potere-dovere di

esprimere, ove ciò sia richiesto, un giudizio di "condivisibilità" della scelta effettuata dalla Commissione, con possibilità di discostarsi dalla stessa.

Dall'altro, anche con riguardo alle valutazioni propriamente discrezionali, almeno sul piano delle dichiarazioni di principio, la Corte di Giustizia sembra essersi assestata su un modello di sindacato che si potrebbe definire "appellatorio" più che cassatorio (su questi profili cfr. Siragusa, Rizza, 2013, 408 ss.; Jaeger, 2011, 295 ss.; Ó Caoimh, 2009, 271 ss.): 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 coerente con l'impostazione CEDU.

3. *L'esperienza più avanzata di conformazione alla CEDU: l'adattamento delle Autorità indipendenti francesi preposte alla tutela del risparmio.*

Emblematico della capacità trasformatrice propria dei principi CEDU è l'esperienza di alcune Autorità indipendenti francesi i cui procedimenti sanzionatori sono stati, di recente, oggetto di importanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In specie, a partire dalla sentenza *Dubus*, riguardante la struttura organizzativa interna della *Commission bancaire* francese (COB) e la compatibilità della stessa rispetto all'art. 6 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, 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 era realizzata 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 controllato (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 contrôl prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte e non più da una commissione unica (cfr. l'art. L. 612-4 dell'*Ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010).

La vicenda è particolarmente significativa, soprattutto ove si consideri che, a ben vedere, il *Secrétariat Général* non era probabilmente 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 COB potrebbero, in gran parte, essere trasferite a queste ultime.

Del resto, anche a voler ammettere [come prospettato da Wils, 2010, 13 ss., 16] che la natura ibrida e paragiurisdizionale della *Commission bancaire* (la quale, nell'esercizio delle sue funzioni disciplinari è espressamente qualificata come «*jurisdiction administrative*»: cfr. l'art. L. 613-4 del *Code monétaire français*) possa essere stata all'origine di una richiesta di così rigorosa applicazione dell'art. 6 CEDU e, in specie, del principio di separazione tra organo istruttorio e organo accusatorio nella fase (procedimentale) di irrogazione della sanzione, non v'è però dubbio che l'orientamento espresso nel caso *Dubus* abbia 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 non aventi eguale natura paragiurisdizionale.

Così, per es., il *Conseil Constitutionel* ha recentemente dichiarato l'incostituzionalità di diverse previsioni della legge istitutiva dell'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* «*qui 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*» (*décision* n. 2013-331 QPC del 5 luglio 2013). Poco prima, sempre il *Conseil Constitutionel* 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 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*» (*décision* n. 2012-280 QPC del 12 ottobre 2012).

Tornando alla giurisprudenza di Strasburgo, va detto che quest'ultima, nel 2011, ha nuovamente ritenuto che la procedura sanzionatoria della *Commission bancaire* francese non fosse conforme all'art. 6 CEDU, questa volta sotto il profilo del mancato rispetto del principio di pubblicità (Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes c. France*, § 31): in particolare, la Corte europea ha ritenuto violato l'art. 6 CEDU 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* 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 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 sulle stesse il contraddittorio in udienza pubblica (Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2011, caso 25041/07, *Messier v. France*, § 52).

4. *Il faticoso recepimento dei dettami CEDU da parte delle Autorità indipendenti italiane.*

I principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in punto di attuazione di una «*adversarial proceedure*» e di un pieno contraddittorio tra le parti hanno indubbiamente trovato un qualche accoglimento anche nel nostro Paese, almeno a livello di legislazione ordinaria.

Ivi, infatti, già nel 2005, la legge n. 262, recante «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari», intervenendo sulle funzioni amministrative delle Autorità preposte alla regolazione dei mercati finanziari, ha introdotto una serie di innovazioni che, dichiaratamente, miravano ad attuare una più efficace tutela del risparmiatore, nonché a rendere la materia complessivamente maggiormente in linea con gli orientamenti europei.

In quest'ottica, per es., l'art. 24, c. 1, della legge ha prefigurato un complessivo rafforzamento delle garanzie procedurali prevedendo, con riguardo ai procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip, il rispetto dei principi «della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione»; soprattutto, in vista di una maggiore imparzialità e obiettività della decisione finale, tale disposizione ha introdotto l'obbligo di attuare una «distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione» [secondo la proposta avanzata diversi anni fa, con riguardo ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, da Clarich, 1993, 115 ss., 149, il quale richiamava il modello dell'*Administrative Procedure Act* degli Stati Uniti, in base al quale nelle *agenzie* la funzione istruttoria è separata da quella decisionale che è attribuita agli *Administrative Law Judges*. Per una chiara esposizione di questi profili cfr., di recente, C.E. Hickman, R.J. Pierce, 2010, 225 ss.], in modo da assicurare la terzietà dell'organo preposto all'adozione della misura sanzionatoria rispetto agli uffici che hanno istruito la causa e che hanno mosso le contestazioni.

Tuttavia, se poi si guarda ai regolamenti adottati dalle varie Autorità indipendenti al fine di disciplinare i propri procedimenti sanzionatori, ci si avvede che, in realtà, ivi non è stata realizzata una piena conformazione ai principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in sede di intepretazione dell'art. 6 CEDU. E ciò, sia sul piano della effettiva attuazione di una chiara distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, sia su quello della realizzazione di un pieno contraddittorio e della garanzia del diritto di difesa dell'accusato: basti considerare che (con la sola eccezione del procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) a quest'ultimo non viene, di regola, consentito di essere sentito oralmente, né di interloquire direttamente con l'organo

decidente (il quale adotta il provvedimento sanzionatorio, invece, sulla base delle sole relazioni e proposte dell'ufficio istruttorio) [su questi profili e, in genere, per più ampie considerazioni in ordine ai singoli procedimenti delle varie Autorità cfr., *infra*, i contributi di Alfonsi, Brocca, Celone, Guzzi, Marcovecchio, è, Primerano, Tarantino].

Invero, la disciplina in tema di irrogazione delle sanzioni da parte delle Autorità indipendenti italiane non sembra smentire l'acuta osservazione di chi ha notato che nei procedimenti sanzionatori bancari e finanziari, nonostante la formale dissociazione fra autorità inquirente e autorità decidente, il contraddittorio finisce per ridursi a un «rito "teatrale"» nel quale accusa e organo decidente compiono un «esercizio retorico nel dire le stesse cose» [Merusi, 2010, 939 ss., 943].

Da ultimo, poi, a porre ulteriormente in discussione la concreta efficacia delle garanzie procedurali nei procedimenti sanzionatori delle Autorità preposte a tutela del risparmio, è intervenuta una giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione civile, la quale ha ritenuto applicabile a tali fattispecie la regola della rilevanza minore dei vizi procedimentali di cui all'art. 21-*octies*, della legge sul procedimento amministrativo (Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929, in *Foro it.*, 2010, I, 3121). In concreto, è stato ritenuto non annullabile in attuazione di tale disposizione il provvedimento sanzionatorio adottato in violazione delle norme procedimentali attinenti al diritto di difesa, quali l'esclusione del contraddittorio nella fase istruttoria, la mancata trasmissione delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni agli interessati, e così via (Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935 sulla quale si v. le osservazioni di Satta, 2010, 306 ss.). Successivamente, nel 2010 e nel 2011, e ancora in tema di sanzioni Consob, la Suprema Corte ha ribadito quattro volte questo orientamento, ormai evidentemente consolidato: cfr. Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2011, n. 15849; in precedenza, con identità di motivazione, Cass.. civ., sez. II, 13 dicembre 2010, n. 25162; Id., 10 dicembre 2010, n. 25005 e, infine, Id., 7 dicembre 2010, n. 24784).

La questione, riguardante le sanzioni irrogate dalla Consob a seguito dello *swap* che avrebbe permesso all'Ifil di restare azionista di riferimento della Fiat, è ora pendente di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 15 gennaio 2013, caso n. 18640/10, *Franzo Grande Stevens c. Italia*).

Bibliografia

Abenhaïm M., *Quel droit au juge en matière de cartels?*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2012, 117 ss.;

Allena M., *Art. 6 CEDU: procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

Basilico A.E., *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni* antitrust *e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione dei costituzionalisti*, n. 4/2011;

Bombois T., *L'Arrêt* Menarini c. Italie *de la Cour Européenne des Droits de l'Homme - Droit antitrust, champ pénale et contrôle de pleine jurisdiction*, 47 Cahiers de Droit Européen, 2011, 541 ss.;

Bronckers M. - Vallery A., *Judicial review of European Competition Law decision after Menarini*, in Aa. Vv., *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, X Convegno, 17-18 maggio 2012, Treviso, Casa dei Carraresi, Bruxelles-Milano, 2012, 351 ss.;

Bruzzone G., Boccaccio M., Saija A., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, in *Giur. comm.*, 2013, 387 ss.;

Chieppa R., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, 340 ss.;

Clarich M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Bassi F. e Merusi F., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 115 ss., 149;

Dolcini E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979;

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2013, 79 ss.;

Hickman C.E., Pierce R.J., *Federal Administrative Law. Cases and Materials*, New York, 2010, 225 ss.;

Jaeger M., *The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review*, in 2 *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 295 ss.;

Merusi F., *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 939 ss., 943;

Ó Caoimh A., *Standard of Proof, Burden of Proof, Standards of Review and Evaluation of Evidence in Antitrust and Merger Cases: Perspective of Court of Justice of the European Union*, in *European Competition Law Annual*, 2009, 271 ss.;

Pastori G., *Introduzione*, in Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964;

Pastori G., *Principi costituzionali sull'amministrazione e principio inquisitorio nel procedimento*, in Cammelli M., Guerra M.P., *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, 1997, 21 ss.;

Pisaneschi A., *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998;

Pontón F.J.R., *Las articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Cizur Menor (Navarra), 2005;

Saltari L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007;

Satta F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 306 ss.;

Siragusa M., Rizza C., *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.;

Torchia L., *La regolazione dei mercati di settore fra Autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in *www.astrid-online.it*;

Travi A., *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 430 ss.;

Wils W.P.J., *The Icreased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, in *World Competition*, 2010, 13 ss.

III. I caratteri del potere sanzionatorio

Roberto Leonardi

Sommario: 1. I caratteri del potere sanzionatorio: necessarietà, effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione come conseguenza di un comportamento antigiuridico. – 2. Le tipologie di sanzioni amministrative: le sanzioni amministrative afflittive pecuniarie. – 2.1. Le sanzioni afflittive interdittive. – 2.2. Le sanzioni amministrative ripristinatorie. – 3. Il carattere personale della sanzione amministrativa e la sua intrasmissibilità agli eredi.

1. *I caratteri del potere sanzionatorio: necessarietà, effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione come conseguenza di un comportamento antigiuridico.*

Il tema delle sanzioni amministrative è di certo tra i più complessi nell'ambito delle scienze giuridiche, sia a causa dell'assenza per lungo tempo di una disciplina normativa da cui trarre principi e istituti da applicare, sia per l'influenza e il raffronto con altre discipline, in particolare il diritto penale, dal quale, in un primo momento, si sono dedotti i principi generali in tema di sanzioni, prima che questi fossero recepiti dalla l. n. 689/1981, «Modifiche al sistema penale» [in questi termini, v. Paliero, Travi, 1989, 345; Bobbio, 1980, 530; Zanobini, 1924; Sandulli M.A. (4), 1983, 11].

Solo, quindi, con la depenalizzazione del sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali operata dapprima con la l. n. 317/1967, poi con la l. n. 706/1975 e, infine, con la citata l. n. 689/1981, la materia delle sanzioni amministrative è divenuta centrale nell'ordinamento giuridico, acquisendo quei caratteri di cui si parlerà nel prosieguo del presente contributo [su questa nuova centralità delle sanzioni amministrative, v. Traina, 2001, 396].

Il potere sanzionatorio – del quale troviamo, come si è detto, una disciplina generale nella l. n. 689/1981 e una più specifica in diversi settori della normativa amministrativa – e quindi il provvedimento prodotto dal suo esercizio, la sanzione amministrativa, punisce un illecito amministrativo, ossia il comportamento antigiuridico di un soggetto dal quale, secondo l'ordinamento, deriva non una responsabilità penale o civile, ma amministrativa [Casetta (2), 2013, 416; Casetta (1), 1997, 599; Tesauro, 1925, 90]. La conseguenza di tale comportamento

è un intervento che incide negativamente nella sfera giuridica dell'autore dell'illecito, con l'irrogazione di una sanzione non da parte di un giudice, ma da parte della stessa pubblica amministrazione.

Quindi, il potere sanzionatorio in senso stretto ha sempre un carattere afflittivo [Casetta (2), 2013, 415] che colpisce direttamente l'autore dell'illecito e produce nei suoi confronti effetti negativi e restrittivi.

La correlazione con l'accertamento dell'illecito caratterizza l'istituto di cui si tratta, definendo i caratteri della sanzione amministrativa e, di conseguenza, distinguendola dalle altre misure di coazione delle quali può disporre la pubblica amministrazione [Paliero, Travi, 1989, 350]. Pertanto, esulano dall'ambito delle sanzioni amministrative non solo, ovviamente, tutte le misure favorevoli per il destinatario, ma anche quelle che, pur negative, hanno un carattere preventivo, perché sono dirette a evitare, attraverso l'intervento della pubblica amministrazione, la realizzazione di un illecito [Giovagnoli, Fratini, 2009, 170].

Così, non sono propriamente tali le cd. sanzioni ripristinatorie che colpiscono l'oggetto dell'illecito. Si pensi, ad esempio, alla demolizione di un edificio abusivo. In questo caso l'amministrazione ha il fine di ristabilire l'ordine urbanistico, demolendo l'opera priva di titolo abilitativo, mentre non ha come fine primario l'accertamento della responsabilità e la punizione dell'autore dell'abuso, ma la restaurazione di una situazione materiale violata. Quindi, secondo autorevole dottrina, si ha una sanzione amministrativa in senso stretto «ogni volta che l'ordinamento, di fronte a un atto antigiuridico, considerata la turbativa che reca all'ordine pubblico generale, reputa per ciò stesso (imprescindibilmente) necessario commisurare una conseguenza dannosa (un male) a carico di chi ne è responsabile, prescindendo dall'eventuale secondaria soddisfazione che possa derivare al portatore dell'interesse leso» [Sandulli M.A. (5), 1992, 2].

Proprio il carattere negativo soggettivo della sanzione amministrativa rende di estrema rilevanza l'applicazione dei principi, sia sostanziali, sia procedurali, contenuti nel capo I della l. n. 689/1981, in gran parte mutuati dalla disciplina della responsabilità penale, creando una sorta di equivalenza tra «sanzione amministrativa» e «pena» [Travi, 1983 (1)]. Si pensi al principio di tassatività, di determinatezza e di irretroattività, art. 1, alla necessaria capacità di intendere e di volere, art. 2, all'elemento soggettivo, art. 3, alle cause di esclusione, art. 4, e al concorso di persone e di violazioni, artt. 5 e 8 [su tali principi cfr., *infra*, i contributi di Dinelli e di Pantalone; Sandulli M.A. (4), 1983, 71].

Vi sono, poi, altri caratteri generali del potere sanzionatorio che possiamo mutuare dal sistema sanzionatorio amministrativo comunitario [su quest'ultimo, cfr., *infra*, il contributo di Valaguzza]. Si vuole fare riferimento alle disposizioni del Regolamento del Consiglio, 18 dicembre 1995, n. 2988, relativo alla tute-

la degli interessi finanziari delle Comunità. Il Regolamento individua i caratteri delle sanzioni amministrative comunitarie nella necessarietà, effettività, proporzionalità e dissuasività.

Il carattere della necessarietà implica l'indispensabilità dell'esercizio del potere sanzionatorio, indicando un'avversione per l'impiego di provvedimenti che incidano negativamente nella sfera giuridica dei soggetti privati. La necessarietà ha, pertanto, la funzione di garantire l'essenza della tutela dei diritti fondamentali del soggetto privato, scongiurando che questi possano essere sacrificati da un esercizio di potere non motivato e arbitrario da parte di un'amministrazione pubblica (in giurisprudenza, in ambito comunitario, v. Corte di Giustizia UE 24 aprile 1998, in causa C-200/96).

L'effettività, riferita al potere sanzionatorio, indica la sua incisività e quindi la capacità di realizzare concretamente lo scopo per il quale la sanzione è stata prevista, a seconda della tipologia di sanzione indicata nel caso specifico: ripristinatoria o afflittiva e, in questo secondo caso, pecuniaria e interdittiva.

La proporzionalità della sanzione amministrativa indica che un potere sanzionatorio deve incidere negativamente nei confronti dell'autore dell'illecito amministrativo nei limiti di quanto necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito, attraverso un bilanciamento, da attuarsi in sede legislativa, tra l'interesse da perseguire con l'inflizione della sanzione amministrativa prevista e il pregiudizio, a seconda della tipologia di sanzione amministrativa, della sfera giuridica soggettiva del destinatario della sanzione. Infine, l'esercizio di un potere sanzionatorio deve saper produrre l'effetto di dissuadere l'autore del comportamento antigiuridico dal compiere altri illeciti amministrativi.

2. *Le tipologie di sanzioni amministrative: le sanzioni amministrative afflittive pecuniarie.*

Ai fini di uno studio introduttivo al tema delle sanzioni amministrative e preliminare per affrontare in modo più specifico il tema delle sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti, è di certo rilevante la distinzione che viene fatta tra le cd. sanzioni ripristinatorie [Licciardello (2), 2012, 333], che hanno lo scopo di colpire la *res*, al fine di ripristinare lo *status quo ante* rispetto all'interesse leso, e le cd. sanzioni afflittive, le quali a loro volta si distinguono in sanzioni pecuniarie [Sandulli M.A. (4), 1983; Morzenti Pellegrini, Monzani, 2012, 382] e sanzioni interdittive.

Sono considerate sanzioni amministrative in senso stretto solo le sanzioni afflittive per la loro finalità di colpire direttamente l'autore dell'illecito. Me-

ritano di essere menzionate in questa sede le cd. sanzioni disciplinari che la l. n. 689/1981 espressamente esclude dal suo ambito di applicazione (art. 12) e che si riferiscono ai soggetti che si trovano in un rapporto di servizio con una pubblica amministrazione.

Inoltre, sono previste le cd. sanzioni accessorie, una peculiare tipologia di sanzione amministrativa che l'art. 20, l. n. 689/1981, individua in alcune misure di tipo interdittivo che si sostanziano nella privazione o nella sospensione di facoltà o diritti derivanti da provvedimenti della pubblica amministrazione [Casetta (2), 2013, 420; Licciardello (1), 2012, 344].

Ai sensi dell'art. 10, l. n. 689/1981, «la sanzione amministrativa pecuniaria consiste nel pagamento di una somma non inferiore a lire dodicimila e non superiore a lire venti milioni. Le sanzioni proporzionali non hanno limite massimo (…)».

Quella pecuniaria è considerata il «prototipo» di sanzione amministrativa, per lungo tempo considerata la sanzione amministrativa per antonomasia [Paliero, Travi, 1989, 357]. Dal punto di vista della struttura della sanzione pecuniaria, si sono individuati, tradizionalmente, tre modelli: a) la sanzione pecuniaria "dosabile" tra un minimo e un massimo; b) la sanzione pecuniaria proporzionale; c) la sanzione pecuniaria fissa [Giovagnoli, Fratini, 2009, 176]. Il primo modello presuppone una previsione legislativa in merito ai limiti entro i quali mantenere la discrezionalità amministrativa nella definizione del *quantum debeatur*, individuando i margini di apprezzamento della stessa amministrazione entro i quali contenere il *quantum* della sanzione, da rapportare alla gravità obiettiva dell'illecito e alle caratteristiche soggettive della fattispecie concreta. Secondo questo modello, la tutela dell'autore dell'illecito è garantita dall'art. 11, l. n. 689/1981, il quale prevede l'esplicita previsione degli indici di commisurazione, e dall'art. 18 della stessa legge, in ordine all'obbligo di motivazione della sanzione prescelta (Cass., sez. I, 14 giugno 1996, n. 5499; Cass., sez. I, 9 novembre 2006 n. 23930). In dottrina [Paliero, Travi, 1989, 357], si è osservato che «la struttura di questo modello di sanzione – proprio in ragione della sua elasticità vincolata – consente anzitutto di escludere dai suoi contenuti finalistici esigenze meramente risarcitorie: mentre la sua adattabilità al concreto in termini di disvalore del fatto e rimproverabilità della persona, fornisce più che un indizio su una probabile finalità di prevenzione, generale e speciale» [sui criteri di determinazione delle sanzioni cfr., *infra*, il contributo di Colapinto].

Anche il secondo modello di sanzione pecuniaria, quella proporzionale, è dotata di una certa elasticità per il suo adattamento alla fattispecie concreta ma, a differenza di quanto avviene nel primo modello, ivi si realizza un sistema di calcolo automatico da ricondurre in genere all'obiettività del danno che è derivato

dall'illecito. Così, si avrà un sistema di quantificazione basato su un coefficiente moltiplicatore di una base, ovvero, di contro, vi potrà essere una pena di base e, in aggiunta, un coefficiente di una moltiplicazione che varia in riferimento alla fattispecie concreta.

Infine, la cd. sanzione pecuniaria fissa ha la caratteristica di essere priva di discrezionalità della pubblica amministrazione procedente, in merito alla quantificazione della somma dovuta dall'autore dell'illecito. Il *quantum debeatur* sarà, così, direttamente stabilito dalla legge (Cass., sez. I, 10 dicembre 2003, n. 18811).

Un profilo critico a cui merita fare almeno un cenno, proprio in riferimento alle sanzioni pecuniarie, è quello della possibilità o meno di un copertura assicurativa della responsabilità da sanzione amministrativa. Dottrina e giurisprudenza (Cass., sez. I, 25 ottobre 1984, n. 5437) sono oggi concordi nel considerare l'illiceità della copertura assicurativa, perché la garanzia di un soggetto dal rischio di una sanzione amministrativa pecuniaria appare contraria ai principi che ispirano tutto il sistema sanzionatorio afflittivo, e in modo più specifico sacrifica i principi di personalità e di effettività della sanzione. La Corte di Cassazione, nella richiamata pronuncia n. 5437/1984, ha sostenuto: «si ritiene che il contratto di assicurazione che sollevi l'assicurato dal pregiudizio economico costituito dall'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie sia da considerare quale avente una causa e, quindi, una funzione economico-sociale illecita per contrarietà all'ordine pubblico, *ex* art. 1343 c.c.. In tal modo, risulterebbero violati i principi di personalità e di afflittività, con innegabili conseguenze negative in relazione al potere deterrente delle sanzioni amministrative pecuniarie riguardo ai comportamenti futuri dei soggetti interessati. Di conseguenza, il contratto che abbia la funzione di realizzare il trasferimento dell'onere economico connesso all'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dal soggetto tenuto per legge a un soggetto diverso è da considerare nullo sulla base della disposizione di cui all'art. 1418 c.c.».

Non pare, invece, sussistere alcun dubbio circa la liceità della copertura assicurativa del soggetto obbligato in solido al pagamento della sanzione pecuniaria. Infatti, in questo caso, attraverso la stipula di un contratto di assicurazione non si avrebbe una traslazione dell'onere economico che deriva dalla sanzione amministrativa, ma solo una forma di garanzia di un proprio interesse, qualora l'obbligato principale non paghi la sanzione e sia insolvente in caso di regresso.

2.1. *Le sanzioni amministrative afflittive interdittive.*

Al fine di accrescere la capacità dissuasiva della sanzione amministrativa pecuniaria, l'ordinamento giuridico ha previsto le cd. sanzioni amministrative in-

terdittive, le quali hanno sollevato alcune criticità in ordine alla distinzione tra una sanzione interdittiva in senso proprio e i provvedimenti interdittivi di natura non sanzionatoria.

Da un punto di vista strettamente pratico la giurisprudenza ha individuato il carattere sanzionatorio nel provvedimento interdittivo accessorio, e quindi complementare, rispetto alla sanzione di tipo pecuniario (Cass., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 59); la dottrina ha poi aggiunto altri due criteri distintivi della potestà sanzionatoria, vale a dire, la gradualità in funzione della gravità dell'infrazione (tale gradualità, infatti, caratterizza il sistema sanzionatorio) e la riferibilità di una misura interdittiva a eventi pregressi, escludendo così la riferibilità di una sanzione ad eventi futuri [Paliero, Travi, 1989, 361].

Di certo, questi problemi d'identificazione non sussistono per i casi contemplati dall'art. 20, l. n. 689/1981, il quale considera sanzioni amministrative afflittive interdittive la privazione o la sospensione di facoltà e di diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione, definendole sanzioni amministrative accessorie alla sanzione pecuniaria. Si pensi alla confisca menzionata dalla l. n. 689/1981 tra le sanzioni amministrative accessorie [Sandulli M.A. (2), 2001, *passim*].

Al di fuori di questi casi, tipizzati dalla legge, la differenza tra una sanzione amministrativa interdittiva e una misura interdittiva non è sempre di facile individuazione. Di certo, la sanzione interdittiva deve soddisfare un interesse della pubblica amministrazione, disponendo l'interdizione, e quindi l'impedimento dello svolgimento di una determinata attività, nei confronti di soggetti responsabili di un illecito amministrativo, proteggendo in questo modo un interesse della collettività. Tale aspetto teleologico riduce evidentemente le distanze tra sanzione interdittiva e misura interdittiva, anche se solo nel primo caso rimane pur sempre lo scopo afflittivo/punitivo della misura accessoria.

In ultima istanza, è il contesto normativo che ci permette di definire la natura sanzionatoria o meno di un provvedimento.

2.2. *Le sanzioni amministrative ripristinatorie.*

A differenza di quanto avviene in materia penale, la sanzione amministrativa non ha sempre una natura afflittiva.

Infatti, la sanzione amministrativa non necessariamente si deve configurare come mera potestà punitiva [Licciardello (2), 2012, 333], attraverso la quale si infligge a un soggetto una pena determinata, con il carattere della personalità, secondo quanto avviene, per certi versi similmente, in materia penale. In realtà, at-

traverso una potestà sanzionatoria, l'amministrazione può tutelare altri interessi pubblici. In questo caso si configurerebbe un carattere non afflittivo della sanzione amministrativa, la quale, nel caso di specie, non tenderebbe a punire in modo diretto un comportamento antigiuridico del trasgressore.

Così, sulla corretta identificazione della sanzione amministrativa in senso stretto si sono creati due orientamenti dottrinali.

Un primo orientamento [Tesauro, 1925, 90] identificava il potere sanzionatorio della pubblica amministrazione nella reazione della stessa amministrazione ad una violazione di un precetto. Tale orientamento considerava sanzioni amministrative sia le sanzioni punitive, sia quelle ripristinatorie. Secondo un altro orientamento [Zanobini, 1925, 135], divenuto poi maggioritario, la sanzione amministrativa in senso stretto sarebbe solo quella volta a infliggere una pena al trasgressore, non considerando tali le sanzioni ripristinatorie, le quali sarebbero dirette a ripristinare uno *status quo ante* rispetto all'illecito amministrativo [si pensi alle sanzioni ripristinatorie a tutela del territorio, del paesaggio e dell'ambiente; in dottrina, Saitta, 2009, 41; Sandulli M.A. (1), 2012, 1229].

La distinzione tra sanzioni punitive e sanzioni ripristinatorie rileva soprattutto in riferimento al carattere del procedimento posto in essere prima di giungere al provvedimento finale. Infatti, il procedimento per la sanzione ripristinatoria ha un carattere oggettivo che esclude l'indagine sui profili soggettivi del trasgressore, ovvero sull'elemento psicologico soggettivo dell'autore dell'illecito. Di contro, la sanzione amministrativa afflittiva implica un procedimento volto ad accertare e a valutare la condotta illecita del trasgressore [Licciardello (2), 2012, 336]. Proprio la diversa natura e il differente scopo delle due tipologie di sanzioni ha fatto sì che la dottrina abbia escluso le sanzioni ripristinatorie dalla categoria delle sanzioni amministrative in senso stretto, secondo una considerazione che è stata poi confermata, se pur implicitamente, dalla l. n. 689/1981.

Tale distinzione, inoltre, rileva sotto il profilo giurisdizionale [Gotti, 2009, 2519]. Infatti, le sanzioni punitive, per le quali è esclusa una discrezionalità in riferimento alla loro irrogazione, vedrebbero la giurisdizione del giudice ordinario (Cass., sez. un., 28 ottobre 2005, n. 20994; CGA, sez. giurisd., 21 novembre 1997, n. 497); di contro, quelle ripristinatorie, avendo il fine di ripristinare l'interesse pubblico leso da un comportamento antigiuridico e prevedendo l'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione in merito alla scelta della misura più idonea per ripristinare l'interesse pubblico leso, rientrerebbero nella giurisdizione del giudice amministrativo [sul punto, v. Tar Sicilia, Catania, sez. II, 12 maggio 2008, n. 900; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1624].

In caso di concorso in alternativa o in caso di cumulo di sanzioni pecuniarie e sanzioni ripristinatorie, secondo un primo orientamento della Corte di Cas-

sazione (Cass., sez. un., 24 febbraio 1978, n. 926), si sarebbe dovuta applicare la disciplina processuale delle sanzioni ripristinatorie anche per quelle pecuniarie. Tuttavia, tale orientamento è stato successivamente oggetto di rivisitazione (Cass., sez. un., 26 giugno 2001, n. 8746) e si è ritenuto che sussista la giurisdizione del giudice ordinario in merito all'opposizione all'ordinanza-ingiunzione con cui siano irrogate cumulativamente sanzioni pecuniarie e sanzioni ripristinatorie; mentre, nel caso in cui l'amministrazione sia chiamata all'esercizio di un potere discrezionale di scelta tra una sanzione pecuniaria e una ripristinatoria, si configurerebbe la giurisdizione del giudice amministrativo [Tar Basilicata, sez. I, 13 luglio 2009, n. 455; su questi profili cfr., *infra*, il contributo di Grüner e le conclusioni di Goisis].

3. *Il carattere personale della sanzione amministrativa e la sua intrasmissibilità agli eredi.*

Un altro carattere tipico delle sanzioni amministrative è quello della personalità della sanzione [su cui cfr., *infra*, il contributo di Dinelli] da cui deriva, come corollario, quello dell'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligazione sanzionatoria, ai sensi dell'art. 7, l. n. 689/1981, mentre il medesimo articolo nulla dispone in riferimento agli obbligati in solido.

Il carattere dell'intrasmissibilità agli eredi è inteso come un principio generale, di evidente ispirazione penalistica [Scalese, 2006, 42], applicabile a tutte le sanzioni amministrative consistenti nel pagamento di una somma di denaro, le quali, dato il tipico carattere afflittivo, incidono in modo negativo nella sfera giuridica soggettiva del solo autore dell'illecito [in questi termini, *ex multis*, Cass., sez. trib., 28 maggio 2008, n. 13894, in *Giust. civ.*, Mass., 2008, 819]. Pertanto, per una pacifica interpretazione dottrinale e giurisprudenziale dell'art. 7 citato, il decesso del trasgressore implica l'estinzione dell'obbligazione di pagare e tale effetto è da estendere, pur senza profili critici, anche al soggetto obbligato in solido (Cass., sez. lav., 21 gennaio 2008, n. 1193, in *Giust. civ.*, Mass., 2008, 72).

Tale orientamento prende le mosse dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 della l. n. 689/1981. Infatti, l'art. 6 dispone, per l'obbligato in solido che abbia pagato, «il diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione»; tuttavia, non è possibile avviare tale azione di regresso proprio in caso di decesso dell'obbligato principale, azione impossibilitata anche nei confronti degli eredi ai quali non si trasmette l'obbligazione derivante dalla sanzione. Da qui segue la necessità della previsione dell'estinzione dell'obbligazione solidale in caso di morte del trasgressore e quindi, sul piano processuale, vi sarà una pronuncia

che dichiarerà la cessazione della materia del contendere, sia in riferimento alla responsabilità, sia in merito all'entità della sanzione.

Tale orientamento giurisprudenziale, in assenza di una disciplina legislativa di carattere generale, da una parte ha indotto il legislatore ad adottare disposizioni più specifiche sulla responsabilità solidale in caso di decesso del trasgressore e, dall'altra, è stato oggetto di considerazioni critiche da una parte della dottrina. Quest'ultima [Cerbo (1), 2012, 209] ha sottolineato il paradosso del sistema che esclude la sanzionabilità del soggetto che probabilmente ha beneficiato dell'illecito amministrativo commesso da un altro soggetto, oltre ad evidenziarne il contrasto con quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene non rilevante, ai fini della legittimità del provvedimento sanzionatorio emanato nei riguardi dell'obbligato in solido, l'esatta individuazione dell'autore dell'illecito amministrativo. Proprio per ovviare a tali possibili contraddizioni di sistema, il legislatore ha previsto espressamente, ma in specifiche previsioni di legge, la responsabilità dell'obbligato in solido «anche quando l'autore della violazione non è stato identificato ovvero quando lo stesso non è più perseguibile». Il riferimento è all'art. 59, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, per le violazioni amministrative in materia di antiriciclaggio.

Pone un ulteriore profilo critico il caso della morte del responsabile in solido, sempre in riferimento al problema qui trattato della trasmissibilità dell'obbligazione sanzionatoria di tipo pecuniario. Il debitore solidale è tenuto al pagamento della stessa somma dovuta dall'autore dell'illecito e, ad una prima analisi, parrebbe di poter dire che il suo decesso abbia gli stessi effetti di quello dell'autore dell'illecito e quindi anche in questo caso si configurerebbe l'estinzione dell'obbligazione solidale e quindi la non trasmissibilità agli eredi.

Tuttavia, tale conclusione rischierebbe di sacrificare i profili funzionali della l. n. 689/1981, ossia la necessità di garantire il pagamento della somma dovuta dall'autore dell'illecito a favore della pubblica amministrazione destinataria di tale pagamento, prevedendo la presenza di un altro soggetto tenuto al pagamento della sanzione amministrativa, responsabile in solido e con il diritto di regresso, qualora la sanzione pecuniaria sia stata già pagata dal soggetto direttamente responsabile dell'illecito. Da qui seguirebbe l'impossibilità di accomunare le conseguenze del decesso dell'autore dell'illecito e quello del responsabile in solido, non potendo determinare in questo secondo caso l'intrasmissibilità della sanzione agli eredi prevista per il primo, in assenza di specifiche previsioni di legge di segno contrario.

Tuttavia, proprio per il risultato incerto che produce, l'analisi della prospettiva funzionale della responsabilità solidale che deriva dalla l. n. 689/1981 ha fatto sottolineare alla giurisprudenza i caratteri strettamente afflittivi della respon-

sabilità solidale, la quale, in definitiva, non differirebbe da quella diretta dell'autore dell'illecito (Cass., sez. V, 11 giugno, n. 15379; Cass., sez. V, 28 maggio 2008, n. 13894). Pertanto, si è concluso nei termini di una sostanziale assimilazione delle conseguenze del decesso del responsabile dell'illecito e dell'obbligato in solido, prevedendo in ogni caso l'applicazione del carattere dell'intrasmissibilità agli eredi e la cessione della materia del contendere sotto il profilo processuale (Cass., sez. II, ord. 13 marzo 2007, n 5880). Inoltre, la formulazione dell'art. 7, l. n. 689/1981, nel prevedere l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligazione del pagamento di una sanzione amministrativa, presuppone il decesso di una persona fisica, non trovando così applicazione in riferimento alle persone giuridiche per le quali, di contro, è prevista la trasmissibilità dell'obbligazione [De Gioia, Scavonetto, 2009, 23; in giurisprudenza, v. Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 17 luglio 2007, n. 6500].

Bibliografia

Bertolini F., *Il Codice delle depenalizzazioni*, Piacenza, 2001;

Bobbio N., *Sanzione*, in *Nov. Dig.it.*, 1980, 530 ss.;

Casetta E. (1), *Sanzioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997;

Casetta E. (2), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013;

Cerbo P. (1), *Il principio di solidarietà*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di Cagnazzo A., Toschei S., Torino, 2012, 208 ss.;

Cerbo P. (2), *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999;

Cerbo P. (3), *Sanzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., Milano, 2006, 5424;

De Goia V., Scavonetto L., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 2009;

Giovagnoli R., Fratini M., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009;

Gotti P., *Sanzioni amministrative e problemi di giurisdizione. La Cassazione ribadisce il suo noto indirizzo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, 2519 ss.;

Licciardello S. (1), *Le sanzioni interdittive*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 344 ss.;

Licciardello S. (2), *Le sanzioni ripristinatorie*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 333 ss.;

Morzenti Pellegrini R., Monzani S., *La sanzione amministrativa pecuniaria*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit., 382 ss.;

Pagliari G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988;

Paliero C.E., Travi A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, 1989, 346 ss.;

Saitta F., *Le sanzioni amministrative nel Codice dell'ambiente: profili sistematici e riflessioni critiche*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 41 ss.;

Sandulli M.A. (1), a cura di, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1229 ss.;

Sandulli M.A. (2), *Confisca*, in *Enc. giur.*, 2001, 23 ss.;
Sandulli M.A. (3), *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, 1981;
Sandulli M.A. (4), *Le sanzioni amministrative pecuniarie*. *Profili sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983;
Sandulli M.A. (5), *Sanzione (Sanzioni amministrative)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, 1 ss.;
Scalese V., *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, 2006;
Tesauro A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925;
Traina D.M., *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 396 ss.;
Travi A. (1), *Sanzione amministrativa e pubblica amministrazione*, Padova, 1983;
Travi A. (2), *Concorso di sanzioni penali ed amministrative e nuovi limiti alla legislazione regionale*, in *Le regioni*, 1987, 1089 ss.;
Zanobini G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.

IV. Principio di legalità e *favor rei* nelle sanzioni amministrative

Pasquale Pantalone

Sommario: 1. Premessa. – 2. Principio di legalità e sanzioni amministrative. – 3. Il *favor rei* e la sua (pretesa) inapplicabilità alle sanzioni amministrative. – 4. (*segue*) Le ragioni di un "cambio di rotta". – 5. La concreta applicazione del *favor rei* alle sanzioni amministrative. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Con il presente lavoro, dopo aver inquadrato il tema del principio di legalità in materia di sanzioni amministrative, si analizzerà una questione specifica che solleva talune criticità, le quali meritano di essere esaminate alla luce della rilevanza delle conseguenze giuridiche implicate. E ciò con particolare riferimento alla "latitudine" delle garanzie apprestate dall'ordinamento a tutela dei cittadini che sono colpiti da una sanzione amministrativa [su cui cfr. Siniscalco, 1995].

Più specificamente, ci si propone di indugiare sul problema relativo all'applicabilità alle sanzioni amministrative (nel cui ambito sono, naturalmente, ricomprese anche le sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti) del principio penalistico del *favor rei*, tenendo conto anche degli orientamenti sviluppatisi in contesti diversi dall'ordinamento nazionale. Una volta enucleate le ragioni a sostegno della dovuta "estensione" di siffatto principio anche al sistema sanzionatorio amministrativo, ci si soffermerà sulla concreta "operatività" dello stesso nell'ambito di cui ci si occupa, cercando di trarre alcune soluzioni *de iure condendo*.

2. *Principio di legalità e sanzioni amministrative.*

In mancanza di una compiuta disciplina a livello costituzionale, i principi generali in tema di sanzioni amministrative sono essenzialmente ricavabili dalla legge e, in particolare, dalle prime dodici disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689 [Casetta, 1997], considerata il riferimento legislativo principa-

le dell'intero sistema sanzionatorio amministrativo [per un approfondimento, v. Dolcini - Giarda - Mucciarelli - Paliero - Riva Crugnola, 1982].

L'art. 1, comma 1, l. n. 689/1981, stabilisce che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione». Il comma 2 della medesima disposizione prevede, altresì, che «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati».

Già da una rapida lettura dell'art. 1 cit., appare dunque evidente come la sua formulazione sia pressoché identica a quella dell'art. 25, comma 2, della Costituzione, il quale – come noto – sancisce il principio di stretta legalità in materia penale. La sostanziale assimilazione delle due previsioni normative, seppure collocate in fonti normative distinte, ha come conseguenza, secondo la dottrina, l'applicabilità anche alle sanzioni amministrative dei tre corollari del principio di legalità previsto per la materia penale, ossia: la riserva di legge, la tassatività e la determinatezza della fattispecie sanzionatoria, l'irretroattività della medesima [Paliero - Travi, 1989; M.A. Sandulli, 1983].

In ossequio al corollario della riserva di legge, le fonti degli illeciti amministrativi e delle relative sanzioni sono rappresentate dalle leggi statali in senso formale, dagli atti aventi forza di legge, oppure dalle leggi regionali (queste ultime nell'ambito delle materie di competenza concorrente e/o residuale *ex* art. 117, commi 2 e 3 Cost.). Non esiste, dunque, una riserva di legge statale come accade, invece, in ambito penale, in forza dell'art. 117, comma 1, lett. *l*), Cost.

Un problema si pone, tuttavia, per le fonti di rango secondario: più in particolare, il nodo che occorre sciogliere concerne il carattere – assoluto o relativo – della riserva fissata dall'art. 1, l. n. 689/1981.

Spazi di flessibilità interpretativa della disposizione, nel senso della non esclusione *a priori* delle fonti regolamentari, sono stati concessi dalla giurisprudenza, senza con ciò sminuire la valenza garantistica insita nella riserva di legge. Infatti, ad avviso dei giudici, «il principio della riserva di legge fissato nella materia delle sanzioni amministrative dalla l. 24 novembre 1981 n. 689, all'art. 1, impedisce che l'illecito amministrativo e la relativa sanzione siano introdotti direttamente da fonti normative secondarie. La norma non esclude, tuttavia, che i precetti della legge, sufficientemente individuati, siano eterointegrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare» [cfr., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 dicembre 2012, n. 10620]. In questo senso, mutuando le conclusioni raggiunte dalla dottrina penalistica, si è opportunamente parlato di riserva «tendenzialmente assoluta» [Paliero - Travi, cit.].

Ancorché la riserva di legge in tema di sanzioni amministrative sia scolpita all'interno di una disposizione di rango primario (l'art. 1, l. n. 689 cit.) e, in

quanto tale, sia quindi potenzialmente derogabile da una legge successiva in virtù del criterio della *lex posterior*, la *ratio* di garanzia in essa contenuta risulta nondimeno "protetta" dall'art. 23 Cost. [Cerbo, 1999], sebbene non con lo stesso livello di tutela richiesto dall'art. 25, comma 2, Cost. per gli illeciti e le sanzioni penali [sul quale, secondo Goisis, 2013, dovrebbero ormai convergere anche le sanzioni amministrative].

Il secondo corollario del principio di legalità è costituito dal principio di tassatività e di determinatezza della fattispecie sanzionatoria (art. 1, comma 2, l. n. 689/1981). In relazione ad esso, non si possono che estendere anche al diritto sanzionatorio amministrativo le soluzioni elaborate per il diritto penale, ossia: tassatività intesa come divieto di interpretazione analogica delle norme sanzionatorie (v. art. 14 delle Preleggi) e determinatezza (o tipicità) intesa come adeguata descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria [Paliero - Travi, cit.]. Circa quest'ultimo profilo, non si può non rilevare come la funzione di garanzia propria della riserva di legge sarebbe gravemente compromessa se il legislatore si limitasse ad individuare la fonte delle norme sanzionatorie amministrative, disinteressandosi, invece, della loro tecnica di formulazione [sulla valorizzazione del corollario della determinatezza della fattispecie sanzionatoria, cfr., ad es., Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 13 febbraio 2008, n. 321].

In proposito, la Corte costituzionale ha fornito chiare indicazioni al legislatore nel preciso intento di valorizzare la portata precettiva del principio di legalità in senso sostanziale. In particolare, con la sentenza 7 aprile 2011, n. 115, la Corte ha sottolineato «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (…). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Ciò vale, a maggior ragione, quando l'azione amministrativa è diretta ad incidere sulle libertà dei cittadini attraverso, ad esempio, l'irrogazione di un'ingente sanzione amministrativa pecuniaria.

Il terzo ed ultimo corollario del principio di legalità è l'irretroattività della fattispecie sanzionatoria sfavorevole all'autore della violazione, secondo il quale un soggetto non può essere punito con una sanzione amministrativa in forza di una legge entrata in vigore dopo la commissione della violazione. Tale corollario, come è stato evidenziato [Paliero - Travi, cit.; Cerbo, cit.], risponde sia a una *ratio* di garanzia, che di certezza del diritto.

Un profilo sul quale è necessario riflettere è quello relativo alla "crisi" della portata precettiva del principio di legalità dell'azione amministrativa, che si traduce in una diversa concezione, rispetto all'impostazione tradizionale, del rapporto tra amministrazione e legge [cfr. Salvatore, 2007], con ciò investendo anche il tema dei poteri sanzionatori.

Tale mutazione è dovuta ad una serie di ragioni.

In primo luogo, al decisivo accrescimento, soprattutto negli ultimi decenni, del ruolo del Governo nella promozione ed attuazione del proprio indirizzo politico e nell'assunzione di decisioni essenziali in ordine all'azione pubblica, avendo esso a disposizione strumenti giuridico-politici in grado di condizionare fortemente l'organo legislativo [Bassi N., 2001].

In secondo luogo, alla asserita incompatibilità fra il principio di legalità e la struttura del c.d. Stato sociale: si sostiene, più precisamente, che la regola istituzionale della legalità dell'azione amministrativa non acquisterebbe una particolare rilevanza in un contesto nel quale l'attività dell'amministrazione non sia contraddistinta dal tradizionale carattere autoritativo, bensì si risolva essenzialmente nell'erogazione di servizi [per una critica a tale tesi, v. Mazzamuto M., 2004].

L'affievolimento della portata precettiva del principio in questione è, inoltre, dovuto allo spostamento di rilevanti poteri decisionali dall'organo legislativo nazionale a centri di competenza normativa collocati su diversi livelli istituzionali (Regioni, istituzioni sovranazionali e internazionali etc. …), per cui la funzione legislativa risulterebbe distribuita tra molteplici soggetti, fondandosi non più sul criterio gerarchico (ormai recessivo), bensì su quello della competenza [Salvatore, cit.].

Un altro fattore di "crisi" del principio di legalità è rappresentato dall'avvento delle Autorità amministrative indipendenti. Tali soggetti, la cui attività è prevalentemente tesa alla realizzazione di un mercato concorrenziale improntato al corretto svolgimento delle libertà economiche, sono portatori, secondo una parte della dottrina [Salvatore, cit.], di una nuova legalità chiamata "regolazione", che si caratterizza per il fatto di affrancarsi dallo schema della tipizzazione dell'attività tipica della legalità amministrativa tradizionale per abbracciare un tipo di normazione tesa alla realizzazione di valori e principi dai contorni vaghi e indefiniti. In questi casi, l'esigenza del rispetto puntuale del principio di legalità dell'azione amministrativa viene ridimensionata per soddisfare un'altra esigenza, contrastante con la prima: quella, cioè, di conseguire un effettivo risultato, anche a prescindere dalla stretta conformità al dato normativo [v. Spasiano, 2003].

Da quanto sopra, emerge dunque che spesso la legalità non sia più riducibile ad un mero giudizio di conformità dell'azione amministrativa al dettato legislativo, ma esprima e sintetizzi una situazione di mera compatibilità dell'agire che

ha come termini di comparazione valori, principi, regole, spesso legati alla scienza economica [Dogliani, 2008].

La tendenza a svilire la portata precettiva del principio di legalità è ormai una costante del nostro attuale sistema giuridico. Per evitare che tale principio venga svuotato del suo pregnante valore garantistico, occorre che esso venga inteso nella sua accezione più rigorosa e adattato all'evoluzione del nostro ordinamento, soprattutto in presenza di poteri dal carattere eminentemente ablatorio, come quelli sanzionatori.

3. *Il* favor rei *e la sua (pretesa) inapplicabilità alle sanzioni amministrative.*

Né l'art. 1, l. 689/1981, né altre disposizioni legislative o regolamentari – fatte salve talune eccezioni: cfr., ad esempio, l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 472/1997 e l'art. 23 bis, d.p.r. n. 148/1988, rispettivamente, in materia di sanzioni tributarie e valutarie – richiamano un altro importante corollario del principio di legalità, valevole, invece, per la materia penale e sancito dall'art. 2, commi 2-4, c.p.: ossia, l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole al reo.

La dottrina [Paliero - Travi, cit.; Pagliari, 1988], a eccezione di un orientamento rimasto minoritario [Sandulli M.A., cit.], nega che alle sanzioni amministrative possa essere estesa l'applicabilità del corollario squisitamente penalistico del *favor rei*, con la conseguenza che all'autore della violazione dovrà applicarsi la disciplina vigente al momento della commissione della medesima, anche se il fatto non sia più previsto come illecito amministrativo o, rispetto ad esso, sia intervenuta una disciplina più favorevole.

Dello stesso avviso è la giurisprudenza prevalente (cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 17 giugno 2013, n. 15120; Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5746; Cass., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374; Cass., sez. un., 12 aprile 2012, n. 5756; Tar Lazio, Roma, sez. III, 21 marzo 2012, n. 2685; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 aprile 2010, n. 963; Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3497).

Le ragioni della tesi dominante possono essere essenzialmente riassunte nel fatto che il sistema sanzionatorio amministrativo è autonomo rispetto a quello penale [su tale profilo, si rinvia al contributo di Vernile pubblicato in questo volume] e che, in assenza di una specifica disposizione normativa, non può applicarsi in via analogica alle sanzioni amministrative il disposto di cui all'art. 2, commi 2-4 c.p., in quanto norma di carattere eccezionale (art. 14 Preleggi).

Né vale a "scalfire" tale orientamento l'assunto secondo il quale il principio di retroattività della disciplina più favorevole all'autore della violazione avrebbe trovato ingresso nell'ordinamento con riferimento a particolari fattispecie sanzio-

natorie [v. *supra*], per cui la sua applicazione generalizzata a qualunque sanzione amministrativa consentirebbe di scongiurare il rischio di una ingiustificata disparità di trattamento [Virga, 2000]. Sul punto, la Corte costituzionale ha, infatti, statuito che «in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire, in caso di successione di leggi nel tempo, un vincolo imposto al legislatore nel senso dell'applicazione della legge posteriore più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore – nel rispetto del limite della ragionevolezza – modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore a seconda delle materie oggetto di disciplina; ciò comporta che non può ritenersi irragionevole che, in riferimento a particolari tipologie di illeciti amministrativi, sia stato espressamente introdotto, anche in materia di sanzioni amministrative, il principio di applicabilità retroattiva della legge più favorevole, valevole in generale nella materia penale» (Corte cost., ord. 24 aprile 2002, n. 140).

A conclusioni diverse non si giunge neanche considerando il preciso momento in cui entra in vigore lo *ius superveniens*, atteso che la giurisprudenza non distingue affatto dal caso in cui il procedimento sanzionatorio sia ancora pendente o, diversamente, sia già sfociato in un provvedimento "restrittivo" finale. In proposito, si è, ad esempio, esclusa l'applicabilità del principio del *favor rei* anche nel caso in cui la norma in vigore al momento della commissione del fatto vietato fosse già stata abrogata alla data della contestazione dell'illecito: in uno stadio temporale, quindi, perfino antecedente all'avvio del procedimento amministrativo (Cons. Stato, n. 5746/2012, cit.). Nella stessa direzione si è orientata la Corte di Cassazione, la quale ha considerato irrilevante la sopravvenuta disposizione di favore che sia entrata in vigore anteriormente all'emanazione del provvedimento sanzionatorio (cfr. Cass., sez. II, 28 gennaio 2008, n. 1789; sez. lav., 5 luglio 2003, n. 10631).

In definitiva, secondo l'approccio assolutamente maggioritario, si applica la norma vigente al momento della commissione della violazione, restando irrilevante la sopravvenienza di una disciplina più favorevole all'autore dell'illecito amministrativo, indipendentemente dal fatto che essa consista in una vera e propria abrogazione della disciplina precedente, oppure che si tratti di un mero mutamento, in senso favorevole al "reo", del suo contenuto.

4. (segue) *Le ragioni di un "cambio di rotta".*

L'orientamento sin qui descritto merita, tuttavia, di essere rivisitato.

Indicazioni in tal senso provengono, in primo luogo, dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo [così anche Provenzano, 2012], la cui rilevanza è oggi divenuta indiscutibile a seguito delle senten-

ze "gemelle" della Corte costituzionale (Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349), con le quali si è riconosciuto alle disposizioni della Convenzione – nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo – il valore di "parametro interposto" ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost. [sul rapporto tra CEDU e ordinamento interno, cfr., di recente, Deodato, 2013].

Il "corposo" orientamento cui si fa riferimento tende a ricondurre all'ambito di applicazione degli artt. 6 e 7 Cedu – che prevedono, rispettivamente, le garanzie dell'equo processo e il principio di irretroattività in materia penale – anche le sanzioni amministrative, previo accertamento della loro natura "penale" in base agli autonomi criteri di qualificazione elaborati a partire dalla sentenza *Engel* del 1976 [v. Allena, 2012].

I criteri in questione sono tre: la qualificazione dell'illecito operata dal diritto interno; la natura dell'illecito; la gravità della sanzione.

La mancata qualificazione dell'illecito come "penale" non è determinante per escludere l'applicazione degli artt. 6 e 7 Cedu, atteso che occorre accertare la presenza, in via alternativa, degli altri due criteri, ossia la natura e la gravità della sanzione [cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*]. In ordine alla "natura", è necessario che la sanzione sia caratterizzata da un contenuto sostanzialmente punitivo e/o da una dimensione intrinsecamente afflittiva [cfr. Corte eur. dir. uomo, 25 agosto 1987, *Luth c. Germania*], mentre il criterio della "gravità" impone di valutare l'entità della sanzione e le sue ripercussioni sul soggetto che la subisce [cfr. Corte eur. dir. uomo, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*].

La concreta applicazione ad opera della CEDU dei criteri *Engel*, ispirati – come si è visto – ad un approccio scevro da derive formalistiche, ha avuto come effetto quello di ricondurre nella sfera "penale" anche le sanzioni amministrative, purché esse non siano meramente ripristinatorie [su quest'ultimo punto, cfr. Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Tre Traktorer Aktiebolag c. Svezia*; in ordine alla distinzione tra misure ripristinatorie e misure afflittive, v. Casetta, cit., 602].

In particolare, secondo la giurisprudenza della CEDU, sono "penali" le sanzioni amministrative di carattere pecuniario, senza che possa rilevare in senso contrario la concreta entità delle medesime [cfr. Allena, cit. e Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini c. Italia*; 21 marzo 2006, *Valico srl c. Italia*; 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*]. Stesso "destino" spetta a talune misure di carattere reale o interdittivo, le quali possono rientrare nell'alveo "penale" della Convenzione [cfr. Goisis, cit. e Corte eur. dir. uomo, 30 maggio 2006, *Matyjek c. Polonia*].

Dalla sostanziale equiparazione tra sanzioni amministrative dal contenuto afflittivo e sanzioni penali consegue, come già anticipato, l'applicazione alle prime dei principi contenuti negli artt. 6 e 7 della CEDU (cfr., in tal senso, Corte

cost., 4 giugno 2010, n. 196, che ha evidenziato come «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (…) si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto»).

Invero, ciò che qui più interessa è verificare se, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale formatasi con riferimento particolare all'art. 7 cit. – secondo cui «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso» [cfr. Goisis, cit., e, di recente, Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, con cui è stata ritenuta contraria al divieto di retroattività della pena più sfavorevole al reo la c.d. dottrina *Parot*, che dal 2006 obbligava, per taluni reati considerati particolarmente gravi, a calcolare i benefici penitenziari dei detenuti rispetto ad ognuna delle condanne subite e non in base al cumulo delle stesse] – possa ricomprendersi all'interno dell'ambito applicativo di siffatta disposizione il principio del *favor rei*, per poi, eventualmente, estendere la sua efficacia anche alle sanzioni amministrative "punitive", secondo quanto illustrato sopra.

In senso affermativo al predetto quesito depone la sentenza "Scoppola" [Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*], la quale opera un deciso capovolgimento di fronte rispetto all'orientamento precedente, che negava l'operatività nell'ambito della Convenzione del principio di retroattività della disciplina più favorevole al reo [così, ad esempio, cfr. Corte eur. dir. uomo, 5 dicembre 2000, *Le Petit c. Regno Unito*].

A conforto del proprio "cambio di rotta", la Corte richiama la vigenza del principio del *favor rei* sia nel diritto internazionale (v., ad esempio, l'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo e l'art. 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici), sia nell'ordinamento dell'Unione europea (v. art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; cfr., anche, Corte di Giustizia Ce, 3 maggio 2005, nn. 387/02, 391/02 e 403/02). Essa osserva, inoltre, che occorre interpretare e applicare le norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo in senso favorevole all'imputato, anche al fine di soddisfare il principio della «prevedibilità delle sanzioni» di cui all'art 7 cit.

Da ciò ne deriva che «l'art. 7, § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le

cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato» [Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, cit.; più di recente, lo stesso principio è stato espresso da Corte eur. dir. uomo, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia* e, seppur incidentalmente, da Corte eur. dir. uomo, 24 gennaio 2012, *Mihai Toma c. Romania*].

Alla luce di quanto detto, il principio del *favor rei* troverebbe, quindi, applicazione anche rispetto alle sanzioni amministrative di carattere afflittivo, secondo l'interpretazione estensiva – sommariamente esposta *supra* – degli artt. 6 e 7 CEDU [alle stesse conclusioni giunge Provenzano, cit.; cfr., altresì, le motivazioni di una recente ordinanza di una corte di merito, con la quale si è sollevata eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l. 689/1981, nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole, in relazione agli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo con riguardo all'art. 7 Cedu, all'art. 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici e all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Trib. Cremona, sez. I, ord. 11 settembre 2013, n. 447].

Pertanto, nonostante l'assenza di una disposizione espressa che estenda anche alle sanzioni amministrative il principio della retroattività della disciplina più favorevole all'autore della violazione, il predetto principio dovrebbe ritenersi ad esse nondimeno applicabile. Ciò significa che sia i giudici, sia la stessa pubblica amministrazione, dovrebbero applicare, in luogo della disciplina vigente al momento della commissione del fatto sanzionato, quella successiva più favorevole, in virtù dell'obbligo di interpretazione conforme della legislazione interna – nel caso di specie, l'art. 1, comma 1, l. n. 689/1981 – all'art. 7 CEDU, nel significato attribuitogli dalla Corte di Strasburgo [cfr. Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007, cit. e Deodato, il quale parla di «interpretazione "convenzionalmente" orientata» cit.].

A tal fine, a parere di chi scrive, non si reputa necessaria una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1, l. n. 689 cit., nella parte in cui non prevede il principio del *favor rei* per le sanzioni amministrative. Ciò, in quanto, nel silenzio della legge, tale principio dovrebbe intendersi implicitamente riconosciuto nel più ampio principio di legalità delle sanzioni amministrative sancito dall'art. 1 cit., costituendone uno dei principali corollari [v. *supra* e Sandulli M.A., cit.].

A favore dell'"estensione" del principio del *favor rei* anche alle sanzioni amministrative milita un ulteriore argomento ricavato dall'ordinamento dell'Unione europea e non ancora adeguatamente valorizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale.

Più precisamente, si intende far riferimento all'art. 2, par. 2, secondo periodo, del Regolamento n. 2988/95/Ce, relativo alla tutela degli interessi finanziari dell'allora Comunità (e ora Unione), secondo cui «In caso di successiva modifica

delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose» [su cui, v. Giovagnoli - Fratini, 2009; Cerbo, cit.].

Il regolamento citato, benché fissi alcuni principi generali in tema di sanzioni amministrative "europee" – tra cui, appunto, il principio di retroattività della disciplina più favorevole all'autore della violazione [sul punto, v. Corte di Giustizia UE, 1 luglio 2004, n. 295/02] – non gode della "solidità" propria delle fonti primarie dell'Unione.

Tuttavia, la Corte di Giustizia non ha mancato di precisare che «il principio di applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, cosicché esso deve considerarsi un principio generale del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve applicare» (Corte di Giustizia UE, 11 marzo 2008, n. 420/06; Corte di Giustizia UE, 3 maggio 2005, cit.). In particolare, «tale principio trova espressione (…) all'art. 2, n. 2, seconda frase, del regolamento n. 2988/95, ai sensi del quale spetta alle autorità competenti applicare retroattivamente ad una fattispecie le sanzioni previste da una norma di settore qualora le stesse siano meno rigorose» (Corte di Giustizia UE, 8 marzo 2007, n. 45/06; Corte di Giustizia UE, 1 luglio 2004, n. 295/02). Si consideri, inoltre, che il predetto principio – come già ricordato – è stato accolto anche nell'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, la quale è, peraltro, provvista dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6, par. 1, TUE).

Il principio europeo del *favor rei*, sebbene sorto e applicato rispetto alla sopravvenienza di "pene" più lievi, deve informare anche le sanzioni amministrative.

A tal proposito, bisogna anzitutto tener conto dell'avvenuta tipizzazione – suggellata dalla giurisprudenza appena richiamata – di siffatto principio con riferimento specifico alle sanzioni amministrative irrogate nell'ambito europeo [cfr. art. 2, par. 2, Reg. n. 2988 cit.].

In secondo luogo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia tende a far propria un'interpretazione lata del termine "pena", tale da includere anche le sanzioni amministrative, almeno quelle dal contenuto sostanzialmente afflittivo [v., ad esempio, Corte di Giustizia UE, 8 marzo 2007, cit., che descrive il principio in analisi come il «principio dell'applicazione retroattiva della "sanzione" più lieve», con ciò ricomprendendo nel suo ambito di applicazione ogni tipologia di sanzione, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica: nel caso di specie, si trattava dell'applicazione retroattiva di una sanzione pecuniaria meno rigorosa rispetto a quella vigente al momento della commissione del fatto].

Anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale *Kokott* presentate l'8 settembre 2011 in relazione alla causa n. 17/10 può desumersi come questi propenda per un'interpretazione estensiva del principio generale del *favor rei*, affermando come esso "indubbiamente" obblighi l'autorità amministrativa (nella specie, un'autorità garante della concorrenza nazionale) a valutare la condotta antigiuridica di un soggetto sulla scorta della disciplina successiva a quella vigente al momento della commissione della violazione, qualora ciò comporti «l'esenzione dalla pena o una sanzione più lieve». In questo modo, aggiunge l'Avvocato generale, si «consente all'interessato di beneficiare delle nuove valutazioni del legislatore e, quindi, di essere punito in modo più lieve di quanto previsto al momento della commissione del fatto».

Infine, giova evidenziare come l'adozione di una diversa soluzione interpretativa rispetto a quella sin qui prospettata si porrebbe in contrasto con quanto affermato dalla giurisprudenza della CEDU in ordine alla sostanziale equiparazione di disciplina tra sanzioni penali in senso stretto e sanzioni amministrative di carattere afflittivo [v. *supra*]. La Corte di Giustizia non ha, peraltro, negato che talune sanzioni amministrative – come, ad esempio, quelle *antitrust* – siano assoggettate alle garanzie prescritte dalla CEDU [cfr. Allena, cit. e la giurisprudenza ivi richiamata]. Si tenga presente, inoltre, che, ai sensi dell'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione europea, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» e che tale disposizione acquisirà ancor più valore allorché l'UE avrà aderito alla Convenzione (art. 6, par. 2, TUE).

Alla luce di quanto detto, la qualificazione del principio del *favor rei* alla stregua di un principio generale del diritto dell'Unione europea comporta che lo stesso sia utilizzabile come un vero e proprio «parametro di legittimità» [cfr. De Pretis, 2012; Tesauro, 2010] dell'attività amministrativa di carattere sanzionatorio dell'Unione [su cui v. il contributo di Valaguzza nel presente volume].

Il rispetto del principio *de quo* deve, tuttavia, essere assicurato non solo nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione (per una sua applicazione pratica, cfr. Corte di Giustizia UE, n. 669/11; Corte di Giustizia UE, 17 luglio 1997, n. 354/95), ma anche all'interno degli ordinamenti nazionali qualora, in quest'ultimo caso, la fattispecie concreta sia "collegata" direttamente o indirettamente al diritto europeo.

In ordine alle situazioni di mero diritto interno, pare nondimeno potersi estendere la portata precettiva del "principio generale" in questione, sebbene non ci siano unanimità di vedute sul punto [cfr. Adinolfi, 1994].

E ciò per le seguenti ragioni.

In primo luogo, si ravvisa la necessità di evitare situazioni di disparità di trattamento ogni volta in cui dall'applicazione di un principio europeo – come

quello in esame – consegua un trattamento giuridico di maggior favore rispetto a quello riservato alla medesima situazione dal diritto interno [Chiti M.P., 1999]. In secondo luogo, si evidenzia la difficoltà per la giurisdizione nazionale di tener conto di parametri di giudizio diversi a seconda del diritto – nazionale o europeo – applicato [De Pretis, cit.].

Dirimente alla soluzione positiva del "recupero" dei principi generali del diritto dell'UE – in specie, del principio del *favor rei* – con riferimento ai procedimenti amministrativi "meramente interni" appare, però, il rinvio "mobile" contenuto nell'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990 [La Rosa, 2013], in base al quale l'attività amministrativa si conforma ai principi europei così come risultano dall'evoluzione del contesto sovranazionale e dai loro successivi sviluppi [della Cananea, 2011].

Il principio di retroattività della disciplina più favorevole all'autore della violazione dovrebbe, dunque, ritenersi vigente all'interno del nostro ordinamento non solo in virtù dell'art. 7 CEDU, ma anche grazie all'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990, che consente di "iniettare" nel diritto nazionale un principio generale formatosi in seno all'ordinamento europeo, che produce la sua efficacia anche nei confronti dell'amministrazione nazionale, condizionandone l'attività.

5. *La concreta applicazione del favor rei alle sanzioni amministrative.*

Dimostrata l'astratta operatività del principio in analisi anche nei casi in cui si debba applicare una sanzione amministrativa, occorre chiarire quali siano le conseguenze concrete della sua applicazione.

Prima di far ciò, pare opportuno ricordare – seppure per brevissimi cenni – il contenuto del disposto di cui all'art. 2, commi 2 e 4 c.p.

Come noto, mentre il comma 2 dell'art. cit. disciplina l'ipotesi della c.d. *abolitio criminis*, secondo cui «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali», il comma 4 contempla l'ipotesi di successione di leggi penali modificative della disciplina, stabilendo che «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

Dal tenore letterale della disposizione risulta evidente che il comma 2 attribuisce all'abolizione del reato una retroattività "illimitata", nel senso che ne risulterebbe travolto anche il giudicato, mentre il comma 4 trova applicazione solo nei limiti in cui non sia ancora stata pronunciata una sentenza irrevocabile [Marinucci - Dolcini, 2012].

Alla luce delle predette indicazioni, si ravvisa, quindi, la necessità di "adattare" il *favor rei* – come sancito dai commi 2 e 4 dell'art. 2 c.p. – al contesto peculiare delle sanzioni amministrative.

La risoluzione di siffatta questione intercetta l'annoso tema dell'impatto dello *ius superveniens* sui procedimenti amministrativi ancora in corso [sul punto, v. Comporti, 2001] e su quelli già conclusi. Pertanto, parrebbe opportuno esaminare la questione distinguendo, in primo luogo, la situazione in cui la disciplina più favorevole all'autore della violazione intervenga nelle more del procedimento, da quella in cui, invece, sopraggiunga dopo la notificazione al soggetto interessato del provvedimento sanzionatorio. In secondo luogo, bisogna verificare cosa si intenda per "sentenza irrevocabile" ai fini dell'art. 2, comma 4, c.p., in modo da stabilire in che limiti possa trovare applicazione in ambito amministrativo la disciplina di cui al comma 2 e quella *ex* comma 4. In merito a quest'ultimo profilo, si può fin d'ora rilevare come la dottrina abbia già da tempo opportunamente ravvisato nel "giudicato" di cui all'art. 2, c.p. la speculare situazione nel diritto amministrativo della inoppugnabilità del provvedimento sanzionatorio o del passaggio in giudicato della sentenza resa su di esso [cfr. Sandulli M.A., cit.].

Andando per ordine, se la *lex mitior* – comprendente sia l'ipotesi di abrogazione dell'illecito amministrativo sia la sua modificazione in senso più favorevole all'agente – entra in vigore nelle more del procedimento sanzionatorio, basterebbe, ai fini della sua immediata operatività, che l'autorità procedente applichi correttamente il principio del *tempus regit actum* (inteso, si badi, non come *tempus regit "factum"*), per cui rileverebbe la disciplina in vigore al momento dell'irrogazione della sanzione, e non quella vigente al momento della commissione della violazione. Lo stesso discorso, naturalmente, non può essere valido qualora la norma successiva sia più sfavorevole all'agente, atteso che il principio del *tempus regit actum* incontrerebbe, in questo caso, il limite della irretroattività delle sanzioni amministrative di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 689/1981 [v. *supra*].

Diversamente, se la *lex mitior* interviene una volta concluso il procedimento e notificato al soggetto interessato il relativo provvedimento sanzionatorio, occorrerebbe, anzitutto, accertare se quest'ultimo sia divenuto inoppugnabile o sia passata in giudicato la sentenza resa su di esso. In caso negativo, il "giudicato" non sarebbe formato e, dunque, troverebbe applicazione non solo l'ipotesi di *abolitio* dell'illecito amministrativo, ma anche quella di modifica della disciplina in senso più favorevole all'autore della violazione. Di conseguenza, se la sanzione viene impugnata dal soggetto che la subisce, il giudice dovrebbe ritenere applicabile la norma più favorevole (si pensi, ad esempio, al caso di rideterminazione al ribasso ad opera del giudice amministrativo – sulla base di una norma entrata in vigore nelle more del processo – di una sanzione pecuniaria irrogata da una autorità amministrativa indipendente).

Infine, nella situazione in cui il provvedimento sanzionatorio sia divenuto inoppugnabile, ovvero sia passata in giudicato la decisione giurisdizionale resa sul medesimo, è pacifico che non potrebbe trovare applicazione, per quanto detto sopra, l'ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 2 c.p. Tuttavia, nel caso di *abolitio criminis* il codice penale – come anticipato – prevede la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della condanna, ancorché divenuta irrevocabile. Adattando ai nostri fini la predetta ipotesi, parrebbe ragionevole la soluzione individuata dalla dottrina [Sandulli M.A., cit.], che individua nel provvedimento di rimozione (*rectius* abrogazione: v. La Rosa, cit.) lo strumento mediante il quale "eliminare" gli effetti esecutivi delle sanzioni amministrative, qualora gli stessi siano idonei a protrarsi nel tempo (come accade, ad esempio, per le sanzioni interdittive). Non sarebbero, invece, suscettibili di essere "rimosse" le sanzioni ad esecuzione immediata, come le sanzioni pecuniarie [Sandulli M.A., cit.], per le quali lo stesso legislatore – con riferimento, ad esempio, alle sanzioni in materia tributaria e valutaria – ha chiarito che il debito residuo derivante dalla loro irrogazione si estingue, ma non è ammessa la ripetizione di quanto già pagato [cfr. art. 3, comma 2, d.lgs. n. 472/1997 e art. 23 *bis*, comma 2, d.p.r. n. 148/1988].

6. *Conclusioni.*

Da tutto quanto si è sin qui detto emerge dunque che la retroattività della disciplina più favorevole all'autore dell'illecito amministrativo costituisce un «principio di civiltà giuridica» [Virga, cit.], di cui il nostro ordinamento non può più prescindere. Oltre alla sua consacrazione in ambito internazionale e sovranazionale [v. *supra*], esso è, infatti, espressione di quel più generale principio, immanente al testo costituzionale, del *favor libertatis*, la cui portata precettiva non pare più possa essere discrezionalmente (e irragionevolmente) limitata, in virtù di argomenti formalistici ormai vetusti, ai soli illeciti penali o a taluni illeciti amministrativi.

Occorrerebbe, pertanto, riconsiderare la tesi maggioritaria ancora valida in seno alla giurisprudenza nazionale, al fine di "rivitalizzare" le garanzie apprestate dall'ordinamento in favore del cittadino che subisca le conseguenze di ogni potestà punitiva, indipendentemente dal fatto che la matrice della stessa sia penalistica o amministrativistica.

Bibliografia

Adinolfi A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994;

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo,* Napoli, 2012;

Bassi N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001;

Casetta E., *Sanzione amministrativa* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997;

Cerbo P., *Le sanzioni amministrative,* Milano, 1999;

Chiti M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999;

Comporti G.D., Tempus regit actionem. *Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001;

De Pretis D., *I principi del diritto amministrativo europeo*, in Renna M., Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012;

della Cananea G., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011;

Deodato C., *L'efficacia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'ordinamento italiano. La questione della disapplicazione: un problema sopravvalutato?*, in *www.giustamm.it*, 2013;

Dogliani M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima,* in *Dir. pubbl.*, 2008, 1;

Dolcini E., Giarda A., Mucciarelli F., Paliero C.E., Riva Crugnola E., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982;

Giovagnoli R., Fratini M., *Le sanzioni amministrative,* Milano, 2009;

Goisis F., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU. Nota a Tar Lazio, Roma, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 682*, in *Foro amm. Tar*, 4, 2013, 1228;

La Rosa G., *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013;

Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012;

Mazzamuto M., *Amministrazione e privato*, in *Dir. e soc.*, 2004, 51;

Pagliari G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988;

Paliero C.E., Travi A., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1989;

Provenzano P., *La retroattività* in mitius *delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, 877;

Salvatore P., *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisdiz. amm.,* 2007, 97;

Sandulli M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983;

Siniscalco M., *Dall'illecito penale all'illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto fra potere e cittadini*, Bologna, 1995;

Spasiano M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003;

Virga P., *Arriva il* favor rei*, ma non per tutte le sanzioni amministrative*, in *www.giustamm.it*, 2000.

V. La colpevolezza nelle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti

Federico Dinelli

Sommario: 1. La colpevolezza nella l. n. 689/1981 e nel diritto penale. – 2. La personalità della responsabilità e la responsabilità solidale della persona giuridica. – 3. La presunzione di colpevolezza nell'interpretazione giurisprudenziale. – 4. La colpevolezza come mera consapevolezza della offensività della condotta. – 5. L'esimente della buona fede e la relativa prova nella casistica giurisprudenziale. – 6. La presunzione di colpevolezza e la personalità della responsabilità nella sentenza del Tribunale di primo grado dell'UE, sez. I, 13 luglio 2011, n. 39/07.

1. *La colpevolezza nella l. n. 689/1981 e nel diritto penale.*

La struttura dell'illecito amministrativo – secondo la dottrina più autorevole [Paliero, Travi, 1988; Casetta, 1993] – è quella di un illecito tipico, antigiuridico e colpevole. Si tratta di caratteristiche del tutto analoghe a quelle dell'illecito penale, tanto è vero che una ampia parte degli illeciti amministrativi deriva, come è noto, da ipotesi di c.d. depenalizzazione.

Proprio della depenalizzazione si occupa, del resto, la legge di riferimento in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, i cui principi sono costantemente richiamati dalla giurisprudenza amministrativa in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti: si allude, ovviamente, alla legge n. 689 del 1981, che, nel suo articolo 3, in ordine all'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo, stabilisce quanto segue: «Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. // Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa».

Questa disposizione riprende, pressoché pedissequamente, quella di cui all'art. 42, c. 4, del codice penale, secondo cui: «Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa».

Tale ultima norma deve, a sua volta, essere interpretata alla luce del primo comma dell'art. 42 c.p., comma 1, secondo cui «Nessuno può essere punito per

una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà».

L'interpretazione di questa disposizione ha impegnato notevolmente la dottrina penalistica. L'affermazione secondo cui la condotta deve essere cosciente e volontaria, infatti, rischia di ingenerare equivoci su cosa il legislatore abbia realmente voluto intendere. Ciò in quanto, nel linguaggio di uso comune, per condotta cosciente e volontaria si è soliti intendere una condotta che il soggetto agente ha consapevolmente tenuto e, per l'appunto, voluto.

Se così fosse, però, la condotta cosciente e volontaria finirebbe per coincidere con il dolo, il che, evidentemente, non può essere.

La migliore dottrina penalistica [Antolisei, Mantovani, 2003, 340 ss.], pertanto, ha ricostruito questo concetto in termini di *suitas*, cioè nel senso di comportamento che è suscettibile di essere dominato da un impulso della volontà: in questo modo divengono sanzionabili anche condotte che non sono state poste in essere volontariamente dal soggetto, ma che egli avrebbe potuto evitare mantenendo più alta la soglia dell'attenzione.

Quanto al dolo e alla colpa, pure richiamati dall'art. 3 della legge n. 689/1981, essi consistono, come è noto, il primo nella circostanza per cui il soggetto ha preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione la condotta sanzionabile; la seconda, nell'aver agito con negligenza, imprudenza o imperizia (c.d. colpa generica), ovvero nell'aver violato leggi, regolamenti, ordini o discipline (c.d. colpa specifica).

Poste queste basi, deve ora cercarsi una risposta ad alcuni interrogativi che introducono direttamente al tema qui affrontato, cioè quello della colpevolezza nella commissione degli illeciti amministrativi sanzionabili ad opera delle Autorità amministrative indipendenti.

2. *La personalità della colpa e la responsabilità solidale della persona giuridica.*

Il primo interrogativo sorge dalla constatazione per cui, normalmente, le sanzioni erogate dalle Autorità amministrative indipendenti hanno come destinatarie persone giuridiche, rappresentate, per lo più, da società di capitali: ci si domanda, conseguentemente, come possa essere ascritta una condotta connotata in termini di coscienza e volontà, dolosa o colposa, a soggetti impersonali, sprovvisti di una psiche alla quale ricondurre simili atteggiamenti.

La legge n. 689/1981, all'art. 6, si fa in qualche modo carico di affrontare il problema, prevedendo che «Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incomben-

ze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligata in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta».

Questa disposizione, che secondo autorevole dottrina [Casetta, 1993, 10] prevede certamente una ipotesi di responsabilità oggettiva, è senz'altro applicabile – almeno teoricamente – anche a tutti gli illeciti suscettibili di sanzione ad opera delle Autorità amministrative indipendenti: ciò è stato confermato di recente anche dal Consiglio di Stato (cfr. sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5785), secondo cui «il Codice del consumo, in relazione alle pratiche commerciali scorrette, configura per questa materia la diretta – e non solidale con chi ha materialmente agito per suo conto: art. 6, terzo comma, l. n. 689 del 1981 – responsabilità della persona giuridica per l'illecito amministrativo. È un'ipotesi eccezionale, perché normalmente si assume che il sistema sanzionatorio di questo genere di illecito, analogamente a quello penale, non ammette una diretta responsabilità della persona giuridica (es. Cass., 30 ottobre 1986, n. 6369; 5 luglio 1997, n. 6055; 30 maggio 2001, n. 7351; 6 luglio 2004, n. 12321; 28 aprile 2006, n. 9880; 13 maggio 2010, n. 11643)».

Dopo questa premessa, il Consiglio di Stato tiene a precisare che «ad evitare indebite disparità di trattamento occorre adattare il riferimento che il ricordato art. 11 (e per riflesso, l'art. 23, undicesimo comma), l. n. 689 del 1981, fa alla personalità dell'autore dell'illecito ai fini della quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria: e questo riferimento, ragionevolmente, consiste anzitutto nel comportamento generale, specie pregresso, dell'impresa in relazione al tipo di illeciti di cui si verte nell'episodio, o analoghi».

Nonostante queste acquisizioni, occorre tuttavia rilevare che, in realtà, è assai raro che la giurisprudenza si ponga nell'ottica di distinguere fra chi ha agito in nome e per conto della società e la società medesima. L'elemento della colpevolezza, come si vedrà, risulta prevalentemente incentrato sulla condotta dell'impresa complessivamente considerata, non su quella di chi ha agito nel suo interesse. Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha, in più occasioni, ribadito che «il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative» [Corte cost., sent. n. 159 del 1994 e sent. n. 363 del 1995; critici, sul punto, Riondato e Zancani, 2003, 129 ss.], e comunque la Corte di Cassazione (sez. I, 6 maggio 1991, n. 4995) ha rilevato che la responsabilità solidale dell'ente o dell'impresa resta ferma anche nel caso in cui non sia stato individuato l'autore materiale dell'illecito, non avendo rilevanza l'impossibilità di esperire un'azione di regresso nei confronti di quest'ultimo [Cerbo, 1999, 76 ss.].

Inoltre, la giurisprudenza ha affermato anche (cfr. Cons. Stato sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 306) che «nella materia delle sanzioni amministrative, deve ritenersi che la previsione in ordine alla responsabilità solidale della persona giuridica, nel caso di violazione commessa da loro rappresentanti o dipendenti (art. 6

comma 3, l. n. 689 del 1981), includa non soltanto i soggetti legati alla persona giuridica o all'ente da un formale rapporto organico ovvero da un rapporto di lavoro subordinato, ma anche tutti i casi in cui i rapporti siano caratterizzati in termini di affidamento o di avvalimento (inteso come attività di cui il committente si giova), a condizione che l'attività dal cui esercizio sia scaturita la condotta sanzionabile sia comprovatamente riconducibile all'iniziativa del beneficiario nella sua veste di committente (arg. *ex* Cass., sez. II, 21 dicembre 2009, n. 26927)».

In questi casi, però, più che una ipotesi di responsabilità solidale, dovrebbe esservi, a ben vedere, un'ipotesi di concorso nell'illecito, con conseguente punibilità di tutti coloro che vi hanno preso parte contribuendo alla sua realizzazione, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 689/1981.

3. *La presunzione di colpevolezza nell'interpretazione della giurisprudenza.*

Per quanto riguarda l'accertamento in sede giurisdizionale della colpa o del dolo, la giurisprudenza è granitica – sebbene, in passato, non siano mancate delle oscillazioni (cfr. Cass., 23 aprile 1992, n. 4900) – nell'affermare che la legge n. 689 del 1981 pone una presunzione *juris tantum* in ordine alla sussistenza della colpevolezza una volta che sia stata realizzata la condotta materiale corrispondente alla fattispecie sanzionatoria. Ciò con la conseguenza per cui è il soggetto che impugna la sanzione a dover dimostrare l'assenza dell'elemento soggettivo, allegando circostanze che valgano a provare la sussistenza di un errore scusabile o almeno della buona fede [assai critici, sul punto, si mostrano Paliero e Travi, 1988].

In altri termini, la sola realizzazione dell'elemento materiale dell'illecito fa scattare una presunzione di colpevolezza suscettibile di prova contraria.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato (cfr. sez. VI, 21 giugno 2011, n. 3719), «in tema di sanzioni amministrative è necessaria e al tempo stesso sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa. Ne deriva che l'esimente della buona fede, applicabile anche all'illecito amministrativo disciplinato dalla legge n. 689 del 1981, rileva come causa di esclusione della responsabilità amministrativa solo quando sussistano elementi positivi idonei a ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso».

4. *La colpevolezza come mera consapevolezza della offensività della condotta.*

La questione della buona fede, e quindi dell'ignoranza di aver agito in violazione di una regola, torna anche in altre pronunce, ove si afferma che per la realizzazione di un illecito concorrenziale non è necessario aver agito con la consapevolezza di violare le regole, essendo piuttosto sufficiente la consapevolezza circa la idoneità del proprio comportamento a determinare una restrizione del libero gioco della concorrenza (così CGCE, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82. 104/82, 105/82 e 110/82, *IAZ*, nonché, a livello di giurisprudenza nazionale, Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199). È sufficiente, in altri termini, la consapevolezza della offensività del fatto, non già della sua antigiuridicità [v. Giovagnoli - Fratini, 2009]. I principi ora esposti trovano conferma nell'interpretazione degli organi della giustizia comunitaria.

È stato più volte affermato dal Tribunale di primo grado dell'UE, infatti, che «affinché una violazione delle regole di concorrenza possa considerarsi intenzionalmente commessa, non è necessario che l'impresa abbia avuto consapevolezza di contravvenire a dette regole; piuttosto, dimostrandosi sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva per oggetto di restringere la concorrenza nel mercato comune» (cfr. sentenze del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, *DanskPelsdyravlerforening*/Commissione, punto 157 e 14 maggio 1998, causa T-347/94, *Mayr-Melnhof*/Commissione, punto 375).

Ora, è evidente che – se si pone mente alla gran parte delle sanzioni erogate dalle Autorità amministrative indipendenti – prima fra tutte l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le fattispecie materiali della condotta illecita appaiono sovente molto poco tipizzate: prova ne sia che si utilizzano concetti giuridici indeterminati quali «intesa restrittiva della concorrenza», «abuso di posizione dominante», «pubblicità ingannevole», «pratica commerciale scorretta». Sono tutte ipotesi in cui la condotta materiale dell'illecito può assumere le forme più disparate: in un simile contesto, forse l'elemento soggettivo potrebbe effettivamente essere valorizzato come valvola di sicurezza, per recuperare quello che, in termini di garanzia, si perde sul piano della indeterminatezza della fattispecie.

Questo però non sembra avvenire se non in casi eccezionali, dove effettivamente l'impresa sottoposta a sanzione è riuscita a dimostrare la propria incolpevolezza e ad evitare, così, di essere sanzionata.

5. *L'esimente della buona fede e la relativa prova nella casistica giurisprudenziale.*

Occorre premettere che la regola della buona fede viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che, per potervi essere errore sulla liceità della condotta,

non è sufficiente una mera percezione in tal senso dell'agente, ma occorre un elemento positivo, estraneo all'autore dell'infrazione, che sia stato idoneo ad ingenerare in lui la convinzione della liceità della sua condotta.

Ciò è accaduto, ad esempio, in un caso molto importante, quello risolto dalla nota sentenza Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2006, n. 1271, che ha riguardato plurime fattispecie di abuso di posizione dominante imputate a Telecom Italia, con conseguente applicazione di una sanzione da 76 milioni di euro a carico di tale società.

In questa sentenza è stato affrontato il problema del riparto di competenze fra Autorità garante delle comunicazioni e Autorità garante della concorrenza e del mercato in relazione al mercato dei servizi di telefonia, il quale è sottoposto alla potestà regolatoria dell'Agcom.

Il Consiglio di Stato ha affermato che la circostanza per cui tale mercato è sottoposto alla vigilanza e alla regolazione dell'Agcom non esclude la competenza generale dell'Agcm, ma, in base al diritto positivo, implica soltanto che l'Agcm, quando vi interviene, debba acquisire il parere, obbligatorio ma non vincolante, dell'Agcom.

Ad ogni modo, fra i vari abusi contestati a Telecom vi era quello di aver inserito all'interno delle offerte contrattuali indirizzate alla clientela *business* delle clausole abusive, in quanto finalizzate ad escludere altri operatori e a fidelizzare la clientela.

Queste clausole, di cui il Consiglio di stato ha accertato, confermando la valutazione dell'Agcm, il carattere abusivo, erano state tuttavia autorizzate, nell'esercizio della propria funzione di vigilanza e di regolazione, dall'Agcom.

Ebbene, mentre l'Agcm non aveva riconosciuto alcuna importanza a questa circostanza, il Consiglio di Stato, al contrario, l'ha ampiamente valorizzata, riconoscendo che «l'Agcm doveva considerare l'incidenza dell'autorizzazione in ordine all'elemento soggettivo dell'abuso e alla gravità di esso. Pertanto, avrebbe dovuto ritenere che l'intervenuta autorizzazione escludesse il carattere doloso della condotta e la gravità di essa, e dunque comminare solo la sanzione della diffida, e non anche quella pecuniaria».

Nell'ambito di questa sentenza ne viene citata un'altra molto significativa, quella della Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-198/2001, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Agcm*, la quale non è sfuggita all'attenzione della dottrina [ne sono prova i commenti di Cassese, Libertini, Napolitano, 2003]. In essa il giudice comunitario ha affermato che, in presenza di una normativa nazionale che impone alle imprese comportamenti anticoncorrenziali – nella fattispecie si trattava della normativa italiana che aveva istituito una forma di monopolio nel settore della produzione dei fiammiferi, con la creazione di un Consorzio al quale

dovevano obbligatoriamente aderire le imprese produttrici, le quali si ripartivano poi le quote della produzione –, che si pongono in contrasto con gli articoli 81 e ss. del Trattato, l'Autorità per la concorrenza nazionale, se, da un lato, è tenuta a disapplicare questa normativa per contrasto con il diritto comunitario, tuttavia, dall'altro, non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi; può infliggere sanzioni alle imprese interessate solo per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti; ancora, può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito.

In sostanza, dunque, quando la normativa nazionale abbia imposto una condotta anticoncorrenziale, non possono essere inflitte sanzioni alle imprese che hanno tenuto una simile condotta, per esigenze legate alla certezza del diritto e alla necessità di evitare forme di responsabilità oggettiva delle imprese medesime.

Si badi che queste affermazioni della Corte di Giustizia si inscrivono all'interno di una cornice giurisprudenziale che non sembra totalmente chiara in ordine ai profili della colpevolezza nell'applicazione delle sanzioni amministrative: si consideri, in particolare, che nella sentenza 11 luglio 2002, C-210/00, la Corte ha affermato che solo alle sanzioni penali è applicabile il principio «*Nulla poena sine culpa*» codificato nell'art. 6, par. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, per sanzioni penali la Corte di Giustizia non intende quelle che all'interno del nostro ordinamento si considerano tali: è noto che in Italia si adotta un criterio formale per distinguere le sanzioni penali, giacché esse sono rappresentate dalla reclusione, dalla multa, dall'arresto e dall'ammenda. Il concetto di sanzione penale adottato dalla Corte di Giustizia guarda, invece, allo scopo della sanzione stessa: se lo scopo è quello di reprimere una condotta rispetto alla quale deve essere espresso un giudizio di biasimo etico-sociale, quella è una sanzione penale.

Ad ogni modo, la Corte si preoccupa di precisare che una sanzione, anche di carattere non penale, può essere inflitta solo qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivocabile. Peraltro, secondo giurisprudenza costante, le disposizioni di diritto comunitario devono essere conformi al principio di proporzionalità.

Una pronuncia interessante, nella quale è stata esclusa la colpevolezza dell'impresa sanzionata, è anche quella del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2742, nella quale il giudice amministrativo si è trovato ad esaminare una

ipotesi di ritardo nella dismissione di un ramo d'azienda prescritta dall'*Antitrust* come condizione per autorizzare una concentrazione.

In questo caso, il giudice amministrativo, dopo aver ricordato che, in linea di diritto, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie irrogate *ex* art. 19, l. 10 ottobre 1990, n. 287 – per operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 18, c. 1, o per inottemperanza alle prescrizioni adottate dall'Agcm ai sensi dell'art. 18, c. 3, necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva e a eliminare gli effetti distorsivi –, la disposizione normativa di cui al citato art. 19, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ancora il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità la fattispecie tipica dell'illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza, afferma che «Tale regola di distribuzione dell'onere probatorio resta avvalorata, sul piano sistematico, sia dall'applicazione dei principi in tema di ricostruzione/analisi degli elementi (costitutivi, impeditivi, modificativi e/o estintivi) della fattispecie di diritto sostanziale dedotta in giudizio (integrando, invero, la scusante escludente la colpevolezza un fatto impeditivo della pretesa sanzionatoria dell'Autorità), sia dall'applicazione del criterio della vicinanza della prova alla parte che ne è onerata (rientrando, di norma, gli elementi di fatto fondanti l'esimente in esame, unitamente alle relative fonti di prova, nella sfera di conoscenza/disponibilità dello stesso trasgressore)».

Alla luce di questi principi, in caso di ritardo nell'adempimento alle prescrizioni dell'Autorità, l'impresa imputata dell'illecito antitrust dovrà, in particolare, provare in modo pieno e rigoroso: *i)* di aver adottato tutte le misure esigibili secondo la miglior scienza ed esperienza da un operatore di mercato del settore, idonee ad ottemperare, nel termine prefissato, alla prescrizione dell'Autorità medesima; *ii)* di non aver potuto prevenire, secondo lo stesso metro di giudizio, il ritardo nell'adempimento, imputabile a fattori imprevedibili e inevitabili estranei alla sua sfera di responsabilità (ad es., imprevedibili sviluppi del mercato, comportamenti di terzi, ecc.).

Ciò posto, osserva il Consiglio di Stato che «qualora la prescrizione dell'Autorità abbia ad oggetto la dismissione di un ramo d'azienda o di un'impresa intera […] entro un termine prestabilito, a condizioni economiche tali che permettano la continuazione dell'esercizio dell'impresa (da dismettere) in condizioni concorrenziali, l'eventuale violazione del termine dovrà essere valutata *cum grano salis* e con una certa flessibilità, in quanto la sua pendenza può fungere essa stessa da elemento incidente in senso distorsivo sui rapporti di forza contrattuale in-

tercorrenti tra impresa tenuta alla dismissione e potenziali acquirenti, i quali, in prossimità della scadenza del termine, saranno portati *naturaliter* a speculare sullo "stato di soggezione" in cui si trova ad agire l'impresa obbligata alla cessione, onde dettare, da una tendenziale posizione di forza contrattuale, condizioni d'acquisto a sé favorevoli».

In questa fattispecie, il Consiglio di Stato ha effettivamente escluso la colpevolezza dell'impresa, avendo essa dimostrato che il ritardo di circa sei mesi nell'adempimento delle prescrizioni imposte dall'Autorità era stato determinato da circostanze imprevedibili e ad essa estranee, rispetto alle quali non poteva muoversi nei suoi confronti alcun tipo di rimprovero. Tali sono state considerate, tra le altre, la difficoltà di reperire acquirenti a motivo delle criticità connotanti l'assetto economico-finanziario dell'impresa; l'esigenza di provvedere al rifinanziamento/ripianamento/ristrutturazione dell'assetto finanziario/economico/aziendale dell'impresa stessa, con esborso di notevoli mezzi finanziari; il fallimento delle trattative contrattuali avviate con terzi interessati all'acquisizione, nell'imminenza della scadenza del termine stabilito dall'Autorità, a motivo della formulazione di condizioni contrattuali inaccettabili ad opera dei potenziali acquirenti; l'imprevedibile sviluppo del mercato delle materie prime proprio nelle fasi più delicate di negoziazione, caratterizzato da un aumento anomalo dei prezzi cui conseguiva un correlativo abbattimento della redditività e del margine di profitto delle imprese attive nel settore.

Questa sentenza dimostra come le decisioni dell'Autorità *antitrust* – pur teleologicamente orientate ad evitare o a sanzionare alterazioni della concorrenza – possano costituire esse stesse fonte di una distorsione del mercato, nella misura in cui si mostrano idonee ad incidere sui rapporti di forza intercorrenti fra le imprese che vi operano. Il principio di colpevolezza, in questi casi, può essere utilizzato come un fattore di riequilibrio dell'alterazione determinata, ponendo l'impresa al riparo dalle indebite pressioni che su di essa possono essere esercitate dalle sue concorrenti.

6. *La presunzione di colpevolezza e la personalità della responsabilità nella sentenza del Tribunale di primo grado dell'UE, sez. I, 13 luglio 2011, n. 39/07.*

Molto interessante, per i principi che vengono affermati in ordine alla personalità e alla colpevolezza della responsabilità delle imprese che si rendono responsabili di condotte lesive della concorrenza, è anche la sentenza del Tribunale di primo grado dell'UE, sez. I, sent., 13-07-2011, n. 39/07, nella quale il giudice comunitario ha affrontato la problematica dell'applicazione delle sanzioni con ri-

ferimento ai gruppi di impresa, nella fattispecie ENI s.p.a. ed una sua controllata al 100 per cento. In particolare, il nodo centrale della questione esaminata è se la società controllante possa essere ritenuta solidalmente responsabile per gli illeciti concorrenziali imputabili all'impresa controllata.

Secondo la difesa di ENI, non esisterebbe una presunzione secondo cui una società controllante la totalità del capitale della sua controllata eserciti un'influenza determinante sul suo comportamento. Il Tribunale di primo grado, però, smentisce questa affermazione, rilevando che il diritto comunitario in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese e che «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento». In altri termini, la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche.

Corollario di ciò – secondo il Tribunale – è che «il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche. Infatti, ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa». Così, prosegue il giudice europeo, «il fatto che una società controllante e la propria controllata costituiscano una sola impresa consente alla Commissione di emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione».

Per questi motivi, riguardo al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata che abbia infranto le norme comunitarie in materia di concorrenza, «esiste una presunzione relativa secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata. Alla luce di tali considerazioni, è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, non fornisca suf-

ficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato».

La conclusione del Tribunale di primo grado, dunque, è nel senso che esiste, contrariamente a quanto affermato dall'ENI, una presunzione relativa secondo cui una società controllante che detenga il 100% del capitale della propria controllata esercita un'influenza determinante sul suo comportamento.

Bibligrafia

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 340 ss.;
Bani E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti,* Torino, 2000;
Cagnazzo A. - Toschei S., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012;
Casetta E., *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 10 ss.;
Cassese S., *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2003, 1132 ss.;
Cerbo P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 76 ss.;
Cimini S., *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, con particolare riferimento alla Parte seconda, capitolo V, § 6, 328 ss.;
Colla G. - Manzo G., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001;
Fratini M., *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011;
Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 372 ss.;
Giovagnoli R. - Fratini M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2009, 67 ss. e 1193 ss.;
Libertini M., *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2003, 1135 ss.;
Mantovani F., *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, § 3;
Napolitano G., *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, *Giorn. dir. amm.*, 11/2003, 1138 ss.;
Paliero C.E. - Travi A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Milano, 1988;
Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;
Riondato S. - Zancani S., *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, a cura di Cavaleri P. - Dalle Vedove G. - Duret P., Padova, 2003, 129 ss.;
Sandulli M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983;
Travi A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983;
Zanobini G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.

VI. I criteri di determinazione delle sanzioni

Michela Colapinto

Sommario: 1. Inquadramento. – 2. La legge n. 689/1981 e l'art. 6 della CEDU. – 3. Il principio di proporzionalità. – 4. L'art. 11 della legge n. 689/1981 e i criteri di determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Inquadramento*.

Non è sempre agevole comprendere il concetto di sanzione, a maggior ragione quando si parla di sanzioni delle Autorità indipendenti.

È stato osservato che il termine sanzione trae origine dal verbo "sancire", che significa riconoscere. La sanzione, quindi, presuppone un'attività logica di riconoscimento, che precede l'eventuale conseguenza che deriva dall'irrogazione della sanzione stessa [D'Agostino, 1989, 303 ss.].

Una tappa significativa nella costruzione della moderna teoria sanzionatoria è, senza dubbio, rappresentata da Cesare Beccaria il quale, nel suo «Dei delitti e delle pene», introduce il concetto di funzionalizzazione della sanzione all'utile sociale, con la conseguente necessità di graduare le pene (sulla scia del proporzionalismo), creando così uno spazio preventivo per le sanzioni di carattere amministrativo.

Nel secondo dopoguerra si sviluppa, poi, un apparato di sanzioni non penali ma punitive nelle mani dell'amministrazione, fenomeno questo che non trova una consacrazione costituzionale espressa e, per anni, non verrà approfondita né da amministrativisti né, tantomeno, da penalisti [Cuocolo, 2003, 531 ss.].

Quanto alla difficoltà di approccio del tema sanzionatorio parametrato alla figura delle Autorità indipendenti, questo è dovuto alla mancanza, soprattutto nel panorama europeo, di un quadro normativo comune sulle Autorità indipendenti che permetta di ridurre a unità i diversi fenomeni che, tradizionalmente, confluiscono nei soggetti sopracitati. Quello che, sicuramente, le accomuna tutte, seppure con le dovute intensità e differenze, è la possibilità di svolgere funzioni normative, funzioni esecutive e funzioni che potrebbero definirsi simili a quelle giurisdizionali.

In disparte il discorso se il fatto che un soggetto eserciti i poteri normalmente suddivisi tra Parlamento, Governo e ordine giudiziario violi per ciò solo il princi-

pio di separazione dei poteri o se, invece, questi restino separati pur se esercitati da un medesimo soggetto, resta da capire a quale di questi poteri siano riconducibili le sanzioni e, cioè, comprendere se nel momento di irrogazione delle stesse un'Autorità stia esercitando un potere esecutivo o un potere paragiurisdizionale [Caianiello, 1998, 239 ss.]. Quesito, questo, di non immediata intellegibilità e risoluzione se si tiene conto che, da una parte, l'attività esercitata al momento di comminare una sanzione ben si assimila a quella di qualsiasi pubblica amministrazione che eserciti un potere sanzionatorio e, dall'altra, la stessa non si discosta tanto neanche dall'attività tipica di un giudice il quale, dopo aver sussunto il caso concreto nella fattispecie astratta, irroghi la sanzione prevista per una determinata violazione.

Tale dicotomia, in realtà, non fa altro che far emergere un'evidente anomalia concettuale e sostanziale nella previsione di un potere punitivo demandato a una pubblica amministrazione e mette ancor più in evidenza due diverse concezioni della funzione amministrativa, una più classica che la contrappone a quella repressiva demandata all'ordine giudiziario e una più moderna che, invece, tende a dotare le amministrazioni pubbliche, a maggior ragione se indipendenti, di poteri sanzionatori di natura afflittiva.

Quello che è certo è che le sanzioni che possono essere irrogate sono solo quelle amministrative e non anche quelle penali.

Alle Autorità indipendenti è attribuito il potere di irrogare alle imprese sia sanzioni ripristinatorie che sanzioni afflittive. A differenza di queste ultime che sono dirette a punire in modo diretto e immediato il comportamento illecito del soggetto agente, le cd. misure ripristinatorie non hanno un vero e proprio carattere sanzionatorio, posto che mirano a soddisfare interessi pubblici [Casetta, 1997, 598 ss.]. È pur sempre vero, infatti, che le sanzioni amministrative pecuniarie, ontologicamente differenti da quelle meramente ripristinatorie, volte a reintegrare un interesse pubblico leso da qualsivoglia attività o comportamento, hanno un carattere spiccatamente afflittivo e punitivo [Bani, 2000; sui caratteri generali del potere sanzionatorio cfr., *supra*, il contributo di Leonardi].

Si pensi anche, a mero scopo esemplificativo, che la stessa legge n. 689/1981 in tema di sanzioni amministrative è rubricata «Modifiche al sistema penale». La vera differenza, allora, tra la sanzione di un'autorità amministrativa e una sanzione penale è che la prima non può incidere in alcun modo sulla libertà di un soggetto (fatto salvo il caso di talune sanzioni irrogate dall'amministrazione militare).

Se questo è vero per le persone fisiche, però, la distinzione viene a cadere nel momento in cui il soggetto da "sanzionare" è una persona giuridica: in questo caso, i provvedimenti sanzionatori delle autorità amministrative avranno un grado di afflittività uguale o addirittura maggiore rispetto a quelli irrogati da un giudice.

Va da sé che anche alle sanzioni amministrative, allora, dovrebbe applicarsi l'apparato di garanzie proprie della pena, a cominciare da un fondamento costituzionale di tale potere punitivo pubblicistico [Cuocolo, cit.].

Ed invece, spesso, ci si imbatte in ipotesi sanzionatorie caratterizzate da eccessiva vaghezza, in un ventaglio di previsioni comprese tra un minimo e un massimo edittale talmente ampio da far vacillare anche il principio di tassatività della norma sanzionatoria.

In linea generale, certamente, può affermarsi che la potestà sanzionatoria di ogni autorità amministrativa mira a garantire e ad assicurare l'effettività di un precetto: la stretta correlazione che intercorre tra precetto e sanzione serve a far sì che in caso di violazione del primo vengano conseguentemente applicate sanzioni efficaci, effettive, proporzionate e dissuasive.

2. *La legge n. 689/1981 e l'art. 6 della CEDU.*

Per quanto specificatamente attiene al procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti, giova ribadire che esistono una varietà di modelli e soluzioni all'interno dell'ordinamento: tale varietà è da ascriversi, anche, all'assenza di previsioni specifiche ed univoche all'interno della Carta costituzionale; la relativa disciplina sarà, quindi, di volta in volta affidata alla normazione primaria o, anche, a quella secondaria.

Questo è quanto concretamente accaduto nel panorama italiano, dove le leggi istitutive di ciascuna Autorità, fonte primaria, hanno poi demandato a successivi regolamenti di attuazione, fonte secondaria, la concreta definizione di regole procedimentali particolari e diverse per ogni singolo soggetto. Accanto a queste previsioni normative, specifiche e speciali, si è utilizzato pure il rinvio alla normativa generale contenuta nella legge n. 689/1981 per la generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie, in quanto applicabile.

Il richiamo alla riferita normativa generale e ai principi in essa contenuti consente di riportare a unità i diversi procedimenti sanzionatori delle singole Autorità indipendenti, attraverso l'applicazione di principi comuni per qualsivoglia sanzione amministrativa pecuniaria.

Come affermato nel paragrafo precedente, risulta interessante interrogarsi sull'effettiva qualificazione, penalistica o amministrativistica, delle sanzioni amministrative, stante la stretta correlazione esistente tra una sanzione amministrativa afflittiva e la classica sanzione penale [su questi profili cfr., *infra*, il contributo di Vernile].

In linea generale, è stato affermato [Zanobini, 1924, 38 ss.] che la sanzione amministrativa, pur se qualificabile in ragione del carattere intrinseco di stretta

punitività come «pena in senso tecnico», si caratterizza essenzialmente per essere irrogata da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa. La sanzione amministrativa viene comminata dall'autorità amministrativa a mezzo di propri provvedimenti, laddove, invece, quella penale, è irrogata dall'autorità giudiziaria, perché fa capo allo Stato nella sua funzione di giustizia e non riguarda l'amministrazione.

Con l'introduzione della legge n. 689/1981, la quale dettava una disciplina generale e organica della sanzione amministrativa, si metteva in luce come la funzione sanzionatoria fosse stata affidata alla medesima amministrazione chiamata alla cura degli interessi protetti in una data materia; le sanzioni amministrative pecuniarie divenivano, così, uno degli strumenti per la cura dell'interesse pubblico. Il legislatore, in altre parole, dettando una disciplina propria per le sanzioni amministrative pecuniarie, sembrava voler conferire autonomia a tale categoria rispetto ai rimedi penalistici.

Non può essere revocato in alcun dubbio, però, che il sistema delineato dal legislatore nella legge del 1981, seppur dotato di autonomia, si sia in gran parte ispirato a principi penalistici, portando con sé l'intrinseca necessità che il procedimento sanzionatorio, per quanto amministrativistico, riflettesse quanto più possibile il modello del processo, con tutte le relative garanzie a tutela dei soggetti coinvolti [Siniscalco, 1995].

Gli orientamenti della Corte di Strasburgo sono stati da subito in questo senso, in ordine, cioè, alla natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative aventi una finalità deterrente e punitiva [su questo aspetto cfr., *supra*, l'introduzione di Allena e Cimini].

Alla luce di tale qualificazione, seppure con le opportune cautele, dovute all'intrinseca diversità ontologica tra i due sistemi, amministrativistico e penalistico, e alla differente finalità che mirano a realizzare, oltre che i distinti interessi che devono tutelare, l'autorità amministrativa e, nel caso che ci occupa, l'Autorità amministrativa indipendente, quando chiamata ad irrogare una sanzione, quale conseguenza di un illecito, dovrà attenersi quanto più possibile ai principi generali e garantistici contenuti all'interno della CEDU in materia di giusto procedimento sanzionatorio.

In ossequio a ciò, le singole leggi istitutive delle diverse Autorità indipendenti, nel prevedere autonomi sistemi sanzionatori, hanno cercato – forse non riuscendoci del tutto, come sarà meglio specificato nei successivi paragrafi, – di rifarsi ai principi sanciti dalla CEDU e, quindi, di prevedere dei criteri di determinazione delle sanzioni che fossero aderenti al sistema delineato a livello comunitario, inserendo garanzie del giusto processo già nella fase, non ancora processuale, ma solo procedimentale, di irrogazione della sanzione.

A tal fine notevole importanza sembrano rivestire le garanzie partecipative della trasparenza e del contraddittorio, quale momento fondamentale di legittimazione e giustificazione dell'indipendenza delle Autorità dal potere di indirizzo politico-amministrativo [Passaro, 1996, 245 ss.].

La partecipazione è volta a garantire ai soggetti destinatari della sanzione di poter fornire, già in fase procedimentale, elementi tali da convincere l'Autorità a non irrogare la sanzione o, comunque, a minimizzarne gli effetti afflittivi. Il contraddittorio difensivo, quindi, dovrebbe essere sempre garantito anche qualora non espressamente previsto dalle normative di settore; una conferma di questo la ritroviamo anche all'art. 41, comma 2, della Carta di Nizza, laddove viene specificato che rientra nel diritto ad una buona amministrazione quello che ogni persona ha «di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio».

Analizzando le diverse normative di settore delle singole Autorità, emerge come queste non offrano maggiori garanzie di quelle generali delineate dalla legge n. 689/1981, richiamata, seppure parzialmente, dalle varie leggi istitutive delle *Authorities*, presentando, semmai, a tratti, dei profili di maggiore criticità e debolezza.

Le richiamate leggi istitutive, come dianzi specificato, hanno riservato alla normazione secondaria, anche regolamentare, la definizione dei propri procedimenti, ivi compreso quello sanzionatorio. Spesso è stato lo stesso legislatore a richiamare principi della CEDU: questo avrebbe fatto immaginare e propendere per un'impostazione più garantista di questo sistema; tuttavia, al di là delle aspettative, tale apodittica affermazione di principio rischiava, e di fatto lo è stato in concreto, di essere smentita dalla realtà: nelle singole Autorità, così, in linea di massima, sembra essere prevalsa la convinzione che un sistema troppo garantista e improntato a una maggiore tutela dei soggetti coinvolti, in termini di partecipazione a un procedimento che deve essere il più possibile trasparente avrebbe, inevitabilmente, finito con l'ostacolare l'effettività e l'efficienza della potestà sanzionatoria, diminuendo l'efficacia dell'azione delle Autorità, con una singolare eterogenesi dei fini.

Alla fine, di fatto, un vero e proprio contraddittorio o non è stato in alcun modo previsto, o è stato subordinato all'autorizzazione dell'Autorità interessata.

3. *Il principio di proporzionalità.*

La descritta rilevanza del momento sanzionatorio porta con sé come naturale corollario un indispensabile effetto dissuasivo e deterrente dei comportamenti antigiuridici.

Tuttavia, bisognerebbe scongiurare il rischio che si avrebbe ove le imprese, sulla base di una previa valutazione della sanzione massima applicabile, definiscano la propria politica aziendale e, quindi, eventualmente, anche la possibilità di porre in essere un comportamento antigiuridico, dopo aver operato un bilanciamento tra i costi che deriverebbero dall'applicazione della sanzione e dall'eventuale condanna al risarcimento del danno e i benefici conseguibili attraverso una condotta antigiuridica ed elusiva di una determinata norma, per arrivare a decidere se "rischiare" un comportamento illecito: così facendo si arriverebbe al paradosso di avere una sottodeterrenza della sanzione [Sabbatini, 2010].

Problema questo tipico del vecchio Continente e, invece, sconosciuto agli Stati Uniti, grazie all'elevata consistenza delle sanzioni irrogate per gli illeciti, per esempio, antitrust (dove la somma delle sanzioni e dei danni risarciti sono pari a circa il 150% del danno causato dai relativi cartelli) e dei risarcimenti ottenuti dai danneggiati: questo, sicuramente, consente di realizzare un grado di deterrenza maggiore [Saitta, 2009, 41 ss.].

Se ciò è vero, non può, però, essere dimenticato che in un sistema come il nostro, la sanzione che può essere applicata, deve essere congrua e idonea al raggiungimento dello scopo, ma al contempo essere anche proporzionata e adeguata. Si dovrà, quindi, costantemente operare un equo bilanciamento tra l'interesse perseguito con l'applicazione della misura sanzionatoria e l'oppressione della sfera soggettiva e personale del destinatario della stessa, in modo da evitare che diritti fondamentali, anche economici, vengano sacrificati da aggressioni sproporzionate e in alcun modo giustificate.

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, è pressocché unanime nel ritenere il principio di proporzionalità, quale fondamento dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica del cittadino, oltre che della graduazione della sanzione, articolato in tre fasi, distinte, ma tutte convergenti verso la medesima finalità, ovvero quella di garantire effettività al sistema, ma al contempo non creare nocumento a fondamentali princìpi, quale ad esempio quello di adeguatezza o di congruità. La sanzione, nelle parole dei Giudici di Palazzo Spada, deve, così, rispecchiare tre parametri: «a) idoneità, ossia nel rapporto tra il mezzo adoperato e il fine perseguito, l'esercizio del potere sarà legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo; b) necessarietà, ovvero l'assenza di qualsivoglia altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo: la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei, dovrà ricadere su quella che comporti il minor sacrificio; c) adeguatezza, cioè tollerabilità della restrizione che comporta per il privato: alla luce di questo parametro, l'esercizio del potere, sebbene idoneo e necessario, sarà legittimo solo se rispecchia una ponderazio-

ne armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta andrà rimessa in discussione» (tra le tante, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736).

Diversamente opinando, l'inflizione di una pena sproporzionata rispetto all'oggettiva entità, oltre che alla gravità del fatto commesso, anche alla luce del danno arrecato, sarebbe comunque oggettivamente ingiusta e, quindi, in contrasto con i fondamentali principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Sebbene la teoria economica individui la sanzione ottima e perfetta in quella di entità pari al danno diviso la probabilità di condanna, siffatto calcolo, spesso, risulta essere complesso e aleatorio, rischiando di giungere a una determinazione finale in conflitto con il principio di proporzionalità.

4. *L'art. 11 della legge n. 689/1981 e i criteri di determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.*

Il paradigma normativo rilevante quanto alla determinazione delle misure afflittive irrogabili da ciascuna Autorità, deve integrarsi con la previsione di cui all'art. 11 della legge n. 689/1991, in materia di criteri di determinazione della generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie, il quale, espressamente, prevede quattro parametri cui l'Amministrazione deve attenersi per determinare il *quantum* della sanzione tra il minimo e il massimo edittale previsto dalla legge e, cioè, la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche di quest'ultimo.

Ovviamente, questi parametri riguardano, esclusivamente, la graduazione della sanzione tra il minimo e il massimo, non consentendo in alcun modo di scendere al di sotto del minimo edittale.

La sanzione amministrativa articolata tra un minimo ed un massimo risponde perfettamente ai requisiti di razionalità e garanzia cui deve essere improntata la discrezionalità dell'organo chiamato ad irrogare le sanzioni. In questa cornice di pena edittale invalicabile per l'organo giudicante, si pome comunque uno spazio intermedio apprezzabile ma non troppo ampio entro il quale il riferito organo può determinare l'esatta entità della pena con riferimento ai suddetti criteri previsti e stabiliti dall'art. 11 [Cagnazzo - Toschei, 2012]. Così facendo si riesce a garantire *ex lege* la ragionevolezza dello spazio discrezionale affidato all'organo giudicante, che risulta così costretto entro limiti monetari assoluti nonché entro una proporzione tra minimo e massimo.

Il riferito art. 11, pacificamente ritenuto in linea generale applicabile alle sanzioni comminate dalle Autorità indipendenti, è norma espressiva di un principio generale di proporzionalità, il quale, se su un piano generale è teso a massi-

mizzare la tutela dell'interesse pubblico con il minimo sacrificio possibile dell'interesse privato, su quello meramente sanzionatorio, va inteso come principio di giusta retribuzione da osservare nella reintegrazione dell'ordine giuridico violato. La suddetta norma, in altre parole, altro non è che uno strumento di garanzia nei confronti del trasgressore nell'ambito del procedimento di irrogazione della sanzione ad opera dell'autorità competente, nonché in quello giurisdizionale di opposizione, in cui il giudice procede alla rideterminazione della sanzione alla luce dei parametri contenuti sempre nell'art. 11 i quali, nel complesso, rispecchiano la natura sostanzialmente punitiva, e non risarcitoria o ripristinatoria, della sanzione amministrativa pecuniaria, in una prospettiva di prevenzione generale o speciale.

Tradizionalmente è stato ritenuto che non vi sia una vera discrezionalità nelle sanzioni amministrative, ma mera discrezionalità giudiziale, come tale diretta a realizzare, nel caso concreto, la giustizia ordinamentale. Sulla base di tali considerazioni, i provvedimenti sanzionatori vengono liberati dai caratteri della discrezionalità amministrativa e, quindi, dell'autoritatività [Riva Crugnola, 1982, 475 ss].

Tuttavia, siffatto potere discrezionale non pare discostarsi dalla discrezionalità amministrativa *tout court*, dal momento che nella discrezionalità sulla commisurazione della sanzione siamo di fronte a un potere di scelta da esercitare non soltanto in vista di astratte finalità di giustizia, tra le quali, sicuramente, spicca quella social-preventiva. Quest'ultima mira a evitare che l'incolpato reiteri l'illecito, restando fortemente connessa con il bene giuridico tutelato dal legislatore attraverso la fattispecie sanzionatoria: la prevenzione, cioè, non è fine a se stessa, ma ricollegata alla tutela del bene giuridico protetto [Goisis (1), 2013, 79 ss. e, *infra*, nel presente lavoro collettaneo].

Se il riferimento alla gravità della violazione – la quale va riferita al fatto concreto e desunta globalmente da elementi oggettivi e soggettivi, quindi non in astratto – appare di per sé compatibile con una visione essenzialmente retributivistica, parimenti non può dirsi del richiamo alla personalità dell'agente oltre che alle sue condizioni economiche, i quali, invece, mirano a una rieducazione del sanzionato, inducendolo a non commettere più l'illecito in futuro [Mezzanotte, 2010, 203 ss.].

Con precipuo riferimento al requisito della personalità dell'agente il legislatore ha voluto attribuire autonomo rilievo, ai fini della determinazione della sanzione, non solo al comportamento dell'agente anteriore alla trasgressione di cui si tratta, ma ad ogni circostanza soggettiva ritenuta pertinente e utile, quali le qualità sociali o morali, nonché il grado di istruzione e/o cultura.

Il criterio delle condizioni economiche dell'agente, invece, in modo maggiore rispetto agli altri criteri, denota chiaramente la sua finalità di prevenzione speciale e generale in quanto, da una parte, mira a evitare che condizioni economiche floride rendano vano il carattere afflittivo e punitivo della sanzione stessa (prevenzione speciale), dall'altra impedisce che i consociati possano fare affida-

mento sulle proprie disponibilità finanziarie per ritenere la commissione di una violazione conveniente rispetto alle conseguenze che ne derivano (prevenzione generale) [Paliero - Travi, 1989].

Quanto, invece, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, questa sembra ricollegarsi a finalità di cura dell'interesse pubblico violato: se sotto la minaccia della sanzione, l'agente elimina o attenua la lesione dell'interesse pubblico, l'amministrazione ridurrà la severità della risposta sanzionatoria. In tal modo, l'amministrazione riuscirà a utilizzare la potestà sanzionatoria per imporre alcuni comportamenti al cittadino, in vista della migliore preservazione dell'interesse pubblico. Con riferimento a quest'ultimo parametro, giova precisare che lo stesso assume un valore significativo anche a prescindere dagli utili risultati conseguiti concretamente: in sostanza, non è necessario che l'agente abbia effettivamente eliminato o attenuato il danno, essendo all'uopo sufficiente che egli si sia attivato a tale precisa finalità attraverso strumenti idonei, mancando lo scopo per fattori a lui non imputabili [Dolcini, 1982, 73].

Punire, in altre parole, è un modo diverso di tutelare vari interessi pubblici: una sanzione di carattere afflittivo ben può essere, al tempo stesso, strumento di cura in concreto dell'interesse pubblico.

In disparte l'esistenza di una discrezionalità "giudiziale" o amministrativa vera e propria nella determinazione del *quantum* della sanzione, appare interessante soffermarsi sull'*an*, ovvero sul criterio del "se punire".

La regola generale appare improntata sull'esistenza di un vincolo all'applicazione della sanzione, ove ricorrano tutti gli elementi soggettivi e oggettivi previsti dalla norma che impone e commina una sanzione. Tale vincolatività dell'*an* sembra rispondere a un generale principio di imparzialità dell'amministrazione, a fronte di comportamenti ugualmente illeciti [Sandulli, 1983, 199 ss.].

Sulla base di ciò, la Giurisprudenza di Legittimità (Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14657) ha cercato di ricollegare alla vincolatività dell'*an* una conseguente mancanza di autoritatività; ma se autoritatività significa capacità di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del cittadino, la sanzione amministrativa è, senza dubbio alcuno, pienamente autoritativa.

5. *Considerazioni conclusive.*

Alla luce di quanto finora detto, va da sé che alle singole normative di settore contenute in ciascuna legge istitutiva delle diverse Autorità, si affiancheranno anche i principi generali sul procedimento amministrativo contenuti nella legge

n. 241/1990 e, con precipuo riferimento al momento sanzionatorio, quelli contenuti nella legge n. 689/1981, in particolare nell'art. 11 della suddetta legge, in quanto applicabili.

Così i criteri di determinazione delle singole sanzioni saranno valutati caso per caso attraverso una comparazione tra quanto previsto dalle norme speciali con quanto, invece, stabilito in quelle generali, di volta in volta richiamate.

Si potrà, cioè, fare riferimento ai criteri previsti in linea generale dall'art. 11 della legge n. 689/1981 per la generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie, salvo quanto diversamente stabilito.

E nella determinazione in concreto delle singole sanzioni si dovrà, comunque, far riferimento ai principi di proporzionalità e adeguatezza sanciti a livello comunitario nonché a livello costituzionale oggi più che in passato, dove il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni è, sicuramente, un sindacato forte, all'interno del quale il giudice potrà sostituire la propria valutazione a quella dell'organo tecnico e non debole, cioè, volto a verificare solamente la correttezza del procedimento seguito e la logicità, nonché coerenza, del provvedimento adottato [Caranta, 2006, 245 ss.]. In tale tipo di sindacato, i giudici di volta accerteranno, in un giudizio di compatibilità con il sistema delineato dall'art. 6 della CEDU, gli elementi di fatto e di diritto posti a base della sanzione, l'uso dei poteri discrezionali in relazione alle peculiarità del caso concreto, nonché la fondatezza e proporzionalità delle sanzioni irrogate, anche in relazione all'applicazione di nozione di ordine tecnico, potendo procedere, eventualmente, a una riquantificazione delle stesse [Goisis (2), 2013, 669 ss.].

In altre parole, il Giudice investito del sindacato su una opposizione all'ordinanza ingiunzione irrogativa di una sanzione amministrativa non valuterà propriamente la motivazione dell'atto, ma sarà chiamato a rideterminare la sanzione stessa applicando direttamente i criteri di applicazione, senza possibilità di discostarsene nell'esercizio di un potere equitativo. Nell'ipotesi in cui l'opponente si sia limitato a dolersi dell'eccessività della sanzione, senza, però, dedurre elementi specifici che possano indurre ad apprezzare la violazione con minor rigore, il Giudice potrà ritenere congrua una somma prossima alla metà del massimo edittale.

Il messaggio che arriva dai Giudici di Strasburgo sembra essere inequivocabile e, cioè, un monito per le Autorità indipendenti a non utilizzare il criterio della loro specializzazione tecnica, a loro tanto caro, per provare a scongiurare e limitare il sindacato del giudice. Il punto di bilanciamento tra le opposte esigenze di efficienza dell'azione amministrativa e la garanzia del diritto a una tutela giurisdizionale piena sembra tendere sempre di più verso quest'ultimo obiettivo.

Bibliografia

Bani E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti,* Torino, 2000;

Caianiello V., *Il difficile equilibrio delle Autorità indipendenti,* in *Il dir. dell'econ.,* 1998, 239 ss.;

Cagnazzo A. - S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali,* Torino, 2012;

Caranta R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del marcato,* in Ferrari E., Ramajoli M., Sica M. (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati,* Torino, 2006, 245 ss.;

E., *Sanzione amministrativa,* in *Digesto delle discipline pubblicistiche,* XIII, Torino, 1997, 598 ss.;

Cuocolo L., *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva,* in *Quad. Reg.,* 2003, 531 ss.;

D'Agostino F., *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. dir.,* Milano, 1989, 303 ss.;

Dolcini E., *Commentario delle Modifiche al sistema penale, sub art. 11,* Milano, 1982, 73;

Goisis F. (1), *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.;

Goisis F. (2), *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.;

Merusi F., Passaro M., *Autorità indipendenti,* in *Enc. dir.,* VI Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

Mezzanotte F., *L'allocazione convenzionale del rischio "da illecito",* in *Riv. dir. civ.,* 2010, 203 ss.*;*

Paliero C.E. - Travi A., voce *Sanzioni amministrative,* in *Enc. dir.,* vol. XLI, Milano, 1989, 369;

Passaro M., *Le amministrazioni indipendenti,* Torino, 1996;

Riva Crugnola E., *La determinazione della misura delle sanzioni amministrative, comunicazione al XXVI Covegno di studi di scienza dell'amministrazione,* in *Le sanzioni amministrative,* Milano, 1982, 475 ss.;

Sabbatini P., *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust,* relazione al Convegno dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 12 febbraio 2010, Roma, 3-4;

Saitta F., *Le sanzioni amministrative nel codice dell'ambiente: profili sistematici e riflessioni critiche,* in *Riv. giur. ambiente,* 2009, 41 ss.;

Sandulli M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983;

Siniscalco M., *Depenalizzazione e garanzia,* Bologna, 1995;

Zanobini G., *Le sanzioni amministrative,* Torino, 1924.

VII. Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti tra diritto amministrativo e diritto penale

Scilla Vernile

Sommario: 1. Introduzione: il diritto penale amministrativo. – 2. Funzione e finalità delle sanzioni amministrative. – 3. Il principio di specialità tra illecito penale e illecito amministrativo. – 4. Argomenti a sostegno della tesi dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio: la depenalizzazione. – 5. La successione impropria tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: il diritto penale amministrativo.*

Con l'espressione "diritto penale amministrativo" si fa riferimento al sistema punitivo creato dal legislatore mediante l'introduzione di numerose sanzioni amministrative derivanti talvolta dal processo di depenalizzazione, talaltra dalla necessità di garantire il rispetto di specifiche previsioni amministrative [Nuvolone, 1968; Ruffo, 2004]. Ciò avviene in diverse aree del diritto amministrativo, ma soprattutto in importanti settori di rilevanza economica, ed è proprio in questo contesto che si collocano le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti, oggetto del presente studio.

Sebbene il lavoro complessivo sia dedicato allo studio del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti e delle sue peculiarità, in questa sede si tratterà in generale del tema delle sanzioni amministrative e del loro rapporto con il diritto penale: sotto questo profilo, infatti, le sanzioni delle *Authorities* non paiono presentare elementi di spiccata specialità, se non per il fatto che la loro portata afflittiva risulta acuita dalla misura spesso ingente delle pene applicate, tanto che, come si vedrà, soprattutto con riguardo a questa specifica tipologia di sanzioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha espresso la necessità di estendere le garanzie proprie del diritto penale.

Le misure punitive adottate dalle Autorità indipendenti, al pari di quelle irrogate dagli altri enti pubblici, partecipano, infatti, di molti dei caratteri delle sanzioni penali: da ciò deriva la necessità di affrontare la questione del rapporto tra potere sanzionatorio amministrativo e potere sanzionatorio penale.

Prima di procedere in tal senso, un'ulteriore specificazione si rende necessaria al fine di delimitare l'ambito della ricerca che ci si propone di svolgere. Le san-

zioni amministrative cui si farà riferimento sono esclusivamente quelle che presentano caratteristiche tipiche del potere punitivo e che, di conseguenza, sembrano le sole a rientrare in quella categoria definita dalla dottrina in termini di «sanzioni amministrative pure» [Sandulli M.A., 1983], in virtù della loro portata afflittiva anziché riparatoria. Nonostante esulino dall'oggetto della trattazione, si deve, infatti, dare contezza dell'esistenza anche di misure ripristinatorie, volte sì a sanzionare il mancato rispetto di un precetto, ma soprattutto finalizzate a rimuovere le conseguenze derivanti da detta violazione.

Tuttavia, al di là delle difficoltà sollevate in dottrina [Casetta, 1997] circa la possibilità di inquadrare i provvedimenti volti a ripristinare lo stato antecedente la commissione di un determinato fatto nel novero delle sanzioni, nel presente contributo ci si soffermerà sulle misure precipuamente punitive, le uniche a poter essere ricondotte al così definito "diritto penale amministrativo", con l'ovvia precisazione che si tratterà, perlopiù, di misure che incidono sul patrimonio del trasgressore [Pagliari, 2012], più che di misure restrittive della libertà personale dell'autore dell'illecito (si consideri, infatti, che vi sono casi particolari, come nell'ambito dell'amministrazione militare, nei quali pure l'amministrazione può irrogare sanzioni detentive).

D'altra parte, solo le sanzioni amministrative pecuniarie, e non anche quelle riparatorie, appaiono rispondere a finalità di carattere prettamente deterrente e afflittivo, venendo così in rilievo la comunanza di scopi tra il potere sanzionatorio amministrativo e quello penale. In entrambi i casi l'effetto voluto dal legislatore sembra consistere nella punizione del trasgressore di un determinato precetto, anche al fine di evitare una ripetizione del comportamento illecito (in ciò consiste la funzione special-preventiva) e di garantire in tal modo l'osservanza delle regole poste a tutela di interessi ritenuti prevalenti dall'ordinamento (in ciò consiste la funzione general-preventiva).

Se l'effetto prodotto è essenzialmente punitivo e deterrente sia nell'uno che nell'altro caso, maggiori perplessità sorgono in ordine all'individuazione delle ragioni dell'attribuzione di un simile potere e dell'interesse protetto dalle diverse tipologie di sanzioni, penali e amministrative, e alle conseguenze che ne derivano.

La trattazione successiva sarà, dunque, volta a vagliare le diverse posizioni sostenute in dottrina circa la specifica funzione del potere sanzionatorio amministrativo e ad esaminare gli argomenti, tanto di diritto positivo, quanto frutto dell'interpretazione giurisprudenziale, addotti a suffragio delle stesse, senza trascurare le possibili conseguenze che derivano dall'accoglimento delle varie tesi.

2. *Funzione e finalità delle sanzioni amministrative.*

L'individuazione della funzione svolta dalle sanzioni amministrative è strettamente correlata alla tipologia di interesse protetto.

Fermo restando quanto si è detto in precedenza, in relazione all'effetto punitivo prodotto sia dalle sanzioni penali sia da quelle amministrative (almeno da quelle pecuniarie), è necessario interrogarsi su quale sia l'interesse perseguito dal legislatore con l'attribuzione del potere sanzionatorio alle pubbliche amministrazioni, almeno ogniqualvolta la sanzione abbia natura meramente afflittiva e non ripristinatoria.

Secondo una prima ricostruzione, le sanzioni amministrative, pur presentando un carattere punitivo, sarebbero principalmente espressione di una potestà amministrativa, distinguendosi in questo dalle sanzioni irrogate dall'autorità giudiziaria [Zanobini, 1924; Tesauro, 1925]. La linea di demarcazione dovrebbe, infatti, essere individuata proprio nel diverso potere di cui le sanzioni costituiscono manifestazione.

La possibilità riconosciuta alle pubbliche amministrazioni di adottare, in determinate fattispecie, misure afflittive non rappresenterebbe una mera deroga alla competenza normalmente attribuita all'autorità giudiziaria, ma troverebbe il suo fondamento nell'esercizio di un potere amministrativo [Santi Romano, 1930].

Viceversa, secondo altra dottrina, sarebbe diverso l'interesse protetto dalle due tipologie sanzionatorie. In particolare, le sanzioni amministrative sarebbero volte a tutelare il solo ordinamento amministrativo, di natura "derivata" e dotato di un sistema punitivo autonomo rispetto all'ordinamento generale, a presidio del quale sarebbero, invece, preposte le sanzioni penali [Ottaviano, 1958].

La diversità di interessi in gioco appare ancora più marcata nelle ricostruzioni di chi ha ricollegato l'esercizio del potere sanzionatorio al perseguimento dell'interesse specifico affidato alla cura di un dato ente pubblico. A detta tesi, peraltro, sembra debbano essere ricondotte sia le posizioni di chi ha inquadrato il fenomeno sanzionatorio nell'ambito del più generale potere di autotutela [Benvenuti, 1959], sia le interpretazioni che attribuiscono al potere in esame natura complementare agli altri poteri amministrativi.

Il potere sanzionatorio, infatti, sarebbe finalizzato in maniera diretta al soddisfacimento dello specifico interesse affidato al soggetto pubblico, collocandosi in una posizione di strumentalità rispetto ai poteri di amministrazione attiva di cui l'ente già dispone per tutelare quel particolare interesse [Travi, 1983].

Le sanzioni amministrative si configurerebbero, dunque, come uno strumento ulteriore per la realizzazione dell'interesse pubblico, in aggiunta alle altre funzioni già svolte dall'amministrazione preposta alla cura dello stesso. Secon-

do questa tesi, l'autorità amministrativa, attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio, non perseguirebbe un interesse generale all'osservanza dei precetti posti dall'ordinamento, ma si farebbe portatrice di un interesse suo proprio, quello specifico ad essa attribuito dalla legge [Travi, 1983].

Il potere sanzionatorio contribuirebbe, così, a garantire l'effettività dell'azione amministrativa [Pagliari, 2012], non ponendosi come obiettivo la mera punizione di chi abbia violato l'ordine giuridico, bensì la piena attuazione dell'interesse pubblico, che si otterrebbe anche tramite misure volte a evitare l'elusione delle regole dettate a protezione dell'interesse in rilievo.

La sanzione amministrativa non troverebbe, allora, il suo fondamento esclusivamente nella violazione di un precetto, ma nella lesione di un interesse di cui l'amministrazione sarebbe titolare. Quest'ultima non sarebbe portatrice di un generico interesse all'osservanza delle prescrizioni normative, ma avrebbe un interesse particolare all'esercizio del potere sanzionatorio, in virtù della sua complementarietà rispetto alle altre funzioni amministrative [Travi, 1983].

Ne consegue che le sanzioni amministrative pecuniarie non potrebbero essere valutate esclusivamente alla luce di una prospettiva propria del diritto penale, strettamente connessa alla finalità preventiva e punitiva perseguita, poiché in tal caso andrebbero semplicemente a "completare" il sistema punitivo penale, restando amministrative soltanto da un punto di vista formale, in quanto attribuite alla competenza di un'autorità amministrativa. In questo modo, infatti, si rischierebbe di confondere il "contenuto" della sanzione con la finalità [Paliero - Travi, 1988].

Le sanzioni amministrative, invece, afferirebbero all'attività della pubblica amministrazione di perseguimento e di realizzazione di un dato interesse, dovendosi conseguentemente escludere una distinzione troppo netta tra misure punitive e ripristinatorie, essendo entrambe espressione del medesimo potere attribuito allo scopo esclusivo di dare piena attuazione all'interesse pubblico tutelato [Travi, 1983].

All'autorevole tesi appena richiamata si contrappone, però, l'opinione per cui il potere sanzionatorio amministrativo svolgerebbe la medesima funzione dell'equivalente penale [Sandulli M.A., 1983]. La soddisfazione dello specifico interesse pubblico affidato alla cura di una data amministrazione sarebbe, invero, esclusivamente indiretta, dovendosi ravvisare il *proprium* del fenomeno sanzionatorio nella portata afflittiva dei relativi provvedimenti, al fine di garantire il rispetto dell'ordine giuridico.

A seguire questa impostazione, l'attribuzione del potere di adottare misure punitive all'autorità giudiziaria ovvero agli enti pubblici dipenderebbe, quindi, in via esclusiva dal disvalore riconosciuto dal legislatore a un comportamento anti-

giuridico, discendendone conseguenze differenti in ordine al trattamento del trasgressore. E anzi, sarebbero proprio le specifiche conseguenze repressive che seguono la commissione dell'illecito a determinarne la riconducibilità nell'ambito del penalmente rilevante ovvero nell'ambito dei campi civile o amministrativo, non assumendo rilievo l'identificazione degli interessi lesi o tutelati [Casetta, 1999].

La qualificazione in termini penali ovvero amministrativi della sanzione deriverebbe, pertanto, esclusivamente dalla valutazione sostanziale dell'infrazione da parte del legislatore e, in particolare, dalla valutazione del tipo di responsabilità che si riconosce in capo all'autore dell'illecito, a seconda della rilevanza all'interno dell'ordinamento dello specifico precetto violato [Sandulli M.A., 1983].

Tanto le sanzioni penali che quelle amministrative sarebbero volte a punire l'autore dell'illecito, con finalità preventive e deterrenti, e non assicurerebbero in maniera diretta la realizzazione dell'interesse pubblico, fermo restando che tramite la misura repressiva di natura amministrativa si dimostrerebbe la "riprovazione" dell'inosservanza di un dovere posto a garanzia dell'ordine giuridico amministrativo e, in particolare, dell'interesse di volta in volta protetto [Sandulli M.A., 1983].

Infine, pure non riconoscendo piena omogeneità tra sanzioni penali e amministrative, queste ultime si distinguerebbero dagli altri atti amministrativi, posto che la finalità repressiva degli illeciti contribuirebbe a conferire ai provvedimenti sanzionatori una certa autonomia rispetto agli altri poteri amministrativi, evidenziandone, invece, i profili comuni ai diversi strumenti di reazione alle violazioni dell'ordinamento, siano essi penali o civili [Cabiddu, 2004].

La tesi dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio sembra, peraltro, suffragata dalle previsioni contenute nella legge 24 novembre 1981, n. 689, che ha rappresentato e rappresenta tuttora il testo normativo più completo in materia di sanzioni amministrative pecuniarie e che ha imposto l'applicazione al potere sanzionatorio delle pubbliche amministrazioni di una serie di garanzie tipiche del diritto penale, proprio in ragione della portata afflittiva che le accomuna.

In ogni caso, nonostante siano trascorsi oltre trent'anni dall'entrata in vigore della legge da ultimo citata, il dibattito sul rapporto tra potere sanzionatorio amministrativo e penale continua a essere attuale, anche in forza di nuove considerazioni giurisprudenziali e dottrinali.

L'unitarietà del fenomeno sanzionatorio pare, infatti, trovare sostegno in molte pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha più volte manifestato l'esigenza di superare le qualificazioni formali e interne ai singoli ordinamenti, in favore di una lettura sostanziale delle misure afflittive.

Il ragionamento dei giudici di Strasburgo muove dall'affermazione dell'indifferenza della qualificazione nazionale delle sanzioni come penali ovvero amministrative, al fine di evitare facili elusioni della Convenzione da parte dei singoli

Stati e di promuovere una equiparazione sostanzialistica delle misure di portata afflittiva. Secondo la Corte EDU, infatti, la mancata qualificazione in termini penalistici della sanzione all'interno del singolo ordinamento non esclude la necessità di applicare gli artt. 6 e 7 della Convenzione, rispettivamente dedicati all'equo processo e al principio di irretroattività. Ciò che rileva è, dunque, soltanto la portata intrinsecamente afflittiva della sanzione (cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila v. Finlandia*).

D'altra parte, fin dalla sentenza *Engel ed altri v. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che la qualificazione interna di una sanzione come "penale" rileva solo da un punto di vista formale e relativo, richiedendosi alla Corte un accertamento che va ben oltre. Le garanzie previste in materia penale devono, infatti, essere assicurate sempre quando l'illecito abbia natura sostanzialmente afflittiva, ossia incida pesantemente nella sfera soggettiva del destinatario, per es., perché la pena prevista sia particolarmente gravosa.

La tesi sembra, peraltro, oggi accolta anche dalla giurisprudenza costituzionale. Nella sentenza n. 196 del 2010, si legge, infatti, che dall'esame delle pronunce della Corte EDU «si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto».

Sulla scia di detti approdi giurisprudenziali, anche la dottrina più recente è tornata, dunque, sulla questione del rapporto tra sanzioni penali e amministrative, con nuove suggestioni.

In particolare, la negazione di una distinzione sostanziale tra le diverse sanzioni muoverebbe, altresì, dalla identità della valutazione effettuata dall'autorità giudiziaria e da quella amministrativa in sede di determinazione della sanzione [Goisis, 2013].

Non vi sarebbe, infatti, alcuna differenza, se non su un piano soggettivo, tra la discrezionalità "giudiziale" e quella amministrativa. E invero le due attività si sarebbero nel tempo ulteriormente accomunate: da un lato, perché i criteri stabiliti dall'art. 133 c.p. per determinare il *quantum* della pena non sono idonei a rendere la valutazione del giudice penale più prevedibile di una decisione amministrativa; dall'altro, perché sono state ampliate le garanzie proprie del diritto amministrativo, così riducendo i margini di scelta dell'amministrazione, chiamata a motivare le decisioni adottate e, in ogni caso, a rispettare importanti principi giuridici, oggi richiamati dall'art. 1, l. n. 241/1990 [Goisis, 2013].

E ancora, la comunanza di funzioni tra sanzioni penali e amministrative sarebbe, altresì, dimostrata dal fatto che entrambe appaiono finalizzate alla cura di un dato interesse. La retribuzione non rappresenterebbe, infatti, l'unico scopo del potere sanzionatorio penale che non sarebbe esercitato per mere ragioni di giusti-

zia, ma anche per realizzare obiettivi di interesse pubblico e, in particolare, quello social-preventivo. Seppure in via indiretta, dunque, la prevenzione speciale perseguita dalle sanzioni si ricollegherebbe sempre alla tutela di un dato bene giuridico [Goisis, 2013].

Ricostruite così le diverse tesi sul rapporto tra sanzioni penali e amministrative, si procederà, nel prosieguo della trattazione, all'esame di ulteriori argomenti che appaiono idonei a supportare la tesi dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio [per lo studio dell'estensione delle garanzie sancite dal nostro sistema penale anche alle sanzioni amministrative cfr., *infra*, il contributo di Pantalone].

3. *Il principio di specialità tra illecito penale e illecito amministrativo.*

L'art. 9 della l. n. 689/1981 è rubricato «principio di specialità».

Ai sensi della citata norma, «quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale».

L'articolo in commento riproduce un principio generale dell'ordinamento giuridico, in base al quale se una stessa condotta è disciplinata da più disposizioni deve trovare applicazione quella di maggior dettaglio, al fine di evitare inutili sovrapposizioni. Espressione del divieto di *bis in idem* sostanziale, il principio di specialità è previsto nel sistema penale dall'art. 15 c.p., per cui se la medesima condotta è regolata da più norme penali prevale quella speciale, pure laddove disponga l'applicazione di una sanzione meno grave.

Si configura, infatti, in questi casi un concorso apparente di norme, perché l'unica previsione applicabile è quella che introduce elementi specializzanti rispetto alla norma generale [Marinucci - Dolcini, 2006]. La controprova del rapporto di specialità è data dal fatto che in assenza della disposizione di dettaglio la condotta sarebbe comunque sanzionata, rientrando nella previsione generale.

Nessuna difficoltà si riscontra nel comprendere le ragioni alla base della codificazione del principio di specialità nell'ambito del diritto penale. Il legislatore ha inteso evitare che il medesimo fatto venga punito più volte: infatti, pure in presenza di un comportamento che integra gli estremi di più disposizioni, la violazione è unica e unica, pertanto, deve essere la punizione [Conti, 1958].

L'estensione del principio anche al caso in cui la stessa condotta sia presa in considerazione da disposizioni di natura differente, penale e amministrativa, riporta, però, in luce la questione della funzione svolta dal potere sanzionatorio amministrativo. La configurabilità di un rapporto di specialità anche tra illeci-

ti penali e illeciti amministrativi sembra, infatti, idonea a confermare l'unitarietà del sistema punitivo e l'identità tra le due misure sanzionatorie, almeno da un punto di vista sostanziale [Sandulli M.A., 1992; Id., 2013].

Solo ammettendo che le sanzioni penali e amministrative svolgano la medesima funzione deterrente e punitiva può giustificarsi l'individuazione e l'applicazione di un rapporto di specialità. Laddove, invece, si ritenesse che le sanzioni amministrative, pure non ripristinatorie, perseguano un interesse diverso da quello proprio del potere penale, dovrebbe sostenersi che la medesima condotta vada assoggettata alle conseguenze previste da entrambe le branche del diritto, al fine di tutelare interessi differenti [Colucci - Dima, 2012].

La scelta del legislatore di ritenere un *bis in idem* anche il caso in cui il medesimo fatto sia considerato tanto dalla legge penale che da quella amministrativa è, invece, indicativa del riconoscimento di una natura comune, favorendo l'interpretazione a sostegno dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio.

4. *Argomenti a sostegno della tesi dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio: la depenalizzazione.*

Un ulteriore argomento a supporto della tesi dell'unitarietà del potere sanzionatorio si individua nel fenomeno della depenalizzazione, per il quale un fatto, in precedenza previsto come reato, viene escluso dall'ambito del penalmente rilevante.

La depenalizzazione può, però, esplicarsi secondo due modalità differenti. Nel primo caso si rende lecito ciò che prima non lo era; nel secondo, di gran lunga più frequente, il legislatore si limita a "trasferire" una determinata fattispecie dal campo dell'illecito penale a quello dell'illecito amministrativo, sicché la condotta conserva il carattere *contra ius*, ma mutano le conseguenze previste dall'ordinamento per il compimento di quel determinato fatto.

Nell'ultima ipotesi considerata, la condotta mantiene una portata offensiva, dovendosi pertanto continuare a pretendere una "reazione" da parte dell'ordinamento che, però, non è più di tipo penale, ma di tipo amministrativo.

Alla luce di una serie di ragioni, che spaziano dalla necessità di adeguare la "punizione" all'evoluzione dei valori etico-sociali alla constatazione, almeno in alcuni settori, della maggiore efficacia deterrente delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali [Siniscalco, 1995], il legislatore, pure continuando a riconoscere l'antigiuridicità di un fatto, ne muta le conseguenze, escludendo l'applicazione di sanzioni di natura penale, comminate dall'autorità giudiziaria, in favore di misure di natura amministrativa, di competenza degli enti pubblici.

Il passaggio dell'illecito dall'ambito del penalmente rilevante a quello amministrativo non sembra idoneo a far venir meno la funzione afflittiva della pre-

visione di una conseguenza sfavorevole per chi abbia tenuto una condotta antigiuridica.

Vero è, infatti, che la scelta dell'amministrazione competente a irrogare le sanzioni deriva dal compito alla stessa affidato di curare proprio l'interesse pubblico messo a repentaglio dalla condotta illecita e che, di conseguenza, l'applicazione delle sanzioni consente di tutelare, quantomeno in maniera indiretta, lo specifico interesse in rilievo. Tuttavia, non sembra si possa sostenere che la portata precipuamente punitiva della misura sanzionatoria venga meno per il sol fatto che è mutata la sua qualità.

Tutte le sanzioni, siano esse penali, amministrative o, non si dimentichi, civili, hanno carattere eminentemente afflittivo, rappresentando la conseguenza del comportamento antigiuridico posto in essere [Casetta, 1997]. Tutti i provvedimenti che puniscono il trasgressore di un dato precetto possono, infatti, essere ricondotti al novero delle sanzioni in senso tecnico, restando escluse soltanto le misure ripristinatorie che non contengono una componente afflittiva.

L'essenza del potere sanzionatorio amministrativo sta, dunque, nel punire, e prima ancora prevenire, le condotte che siano potenzialmente idonee a porre in pericolo il bene finale, differenziandosi dal diritto penale solo per la natura dell'interesse tutelato. Mentre, infatti, le sanzioni penali rispondono in via generale alla necessità di garantire l'ordine pubblico, nel caso del potere sanzionatorio amministrativo l'interesse protetto è quello specifico affidato alla cura dell'amministrazione che esercita il relativo potere.

L'effetto che si produce è solo di prevedere conseguenze di natura differente per la violazione del medesimo precetto. Non viene meno, invece, la finalità di prevenire e punire la commissione di un determinato fatto.

Il passaggio dalla categoria delle sanzioni penali a quelle amministrative consegue, infatti, esclusivamente a un giudizio di valore legato alle contingenze etico-sociali. La qualificazione in termini di illecito amministrativo di una fattispecie prima prevista come reato rappresenta solo il risultato di una diversa ponderazione del legislatore (in relazione anche al momento storico), senza che si perda la finalità punitiva.

5. *La successione impropria tra sanzioni penali e sanzioni amministrative.*

In stretta connessione con il fenomeno della depenalizzazione, si pone la questione della successione impropria tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, ossia il problema di comprendere quale sia il regime applicabile allorquando la depenalizzazione intercorra a seguito della commissione dell'illecito, ma prima della conclusione del procedimento penale.

Il discorso si interseca fortemente con lo studio del principio del *favor rei,* previsto espressamente solo in materia penale dall'art. 2 c.p. (ma, in via interpretativa, esteso anche alle sanzioni amministrative – sul punto si v., *infra*, il contributo di Pantalone), e dell'irretroattività delle misure sanzionatorie, sia penali sia amministrative.

Si dà, infatti, il caso che, nelle more del giudizio penale, il fatto previsto come reato al momento della sua commissione venga depenalizzato mediante la sua "trasformazione" da illecito penale a illecito amministrativo.

Nessun dubbio sul fatto che non possa più trovare applicazione la disposizione penale in vigore quando è stata posta in essere la condotta. Il principio del *favor rei*, che postula l'applicazione della legge più favorevole al reo, esclude, nel caso in cui non sia ancora concluso il procedimento penale, che possano irrogarsi le pene previste al momento della commissione del fatto di reato.

Allo stesso modo, nessuna difficoltà si riscontrerebbe, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, allorché, invece che di depenalizzazione, si parlasse di mero affievolimento della pena. Il fatto continua ad essere previsto come reato, ma il legislatore ha ritenuto di dovere mitigare le conseguenze per il responsabile della violazione del precetto.

Tuttavia, nel caso che si propone, il fatto precedentemente previsto come reato cessa di avere rilevanza penale e assume valore esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento amministrativo. A un illecito penale che "scompare" segue l'introduzione di un illecito amministrativo "nuovo".

La peculiarità della vicenda trova d'altra parte conferma nell'esigenza, avvertita dal legislatore del 1981, di disciplinare in maniera espressa la fattispecie, descrivendo all'art. 40 della legge n. 689/1981 il regime transitorio applicabile. In particolare, si è stabilito con la norma richiamata che «le disposizioni di questo Capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento non sia stato definito».

Se, dunque, in occasione dell'adozione di una legge che, si ricordi, aveva come obiettivo proprio la depenalizzazione di diversi reati, il legislatore ha ritenuto di dovere assicurare la retroattività dell'illecito amministrativo, al fine di evitare un vuoto di tutela, anche in virtù dell'unicità di scopo dei due ordinamenti, lo stesso problema deve essere affrontato e risolto dall'interprete in assenza di una puntuale disposizione normativa.

Vero è che da una stretta interpretazione del principio di legalità (e del suo corollario rappresentato dal principio di irretroattività, sancito per le sanzioni amministrative dall'art. 1, l. n. 689/198) deriva che nessuno può essere assoggettato a una sanzione amministrativa che non sia già prevista al momento della

commissione del fatto. Tuttavia, laddove non si ammettesse un'interpretazione diversa, riprendendo il caso che si intende analizzare, il trasgressore della violazione del precetto, originariamente punito penalmente, non verrebbe assoggettato né alla sanzione penale né a quella amministrativa. Con riferimento alla prima opererebbe, infatti, il principio del *favor rei*, garantito peraltro dall'art. 25 Cost.; per quel che concerne la seconda, invece, troverebbe applicazione il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, ancorché previsto esplicitamente solo a livello di legge ordinaria.

La soluzione dell'impunibilità dell'autore dell'illecito nel caso descritto, adottata di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 28 giugno 2012, n. 25457, ha dato nuova linfa al dibattito sull'unitarietà del fenomeno sanzionatorio. In particolare, nel caso di specie, la Suprema Corte ha affermato che l'autorità giudiziaria che pronuncia l'assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, non è tenuta a rimettere gli atti all'autorità amministrativa competente a sanzionare l'illecito amministrativo, allorquando la normativa depenalizzatrice non contenga norme transitorie analoghe a quelle di cui all'art. 40, l. n. 689/1981 (in senso conforme, *ex multis*, Cass., sez. III, 15 dicembre 2011, n. 1400; sez. V, 5 marzo 2004, n. 21064; SS.UU., 16 marzo 1994, n. 7394; sez. III, 21 giugno 1996, n. 2724; 3 maggio 1996, n. 5617; *Contra*: SS.UU., 27 ottobre 2004, n. 1327; sez. II, 25 gennaio 2006, n. 7180).

Ad avviso del Collegio, il divieto di irretroattività delle sanzioni amministrative, sancito dall'art. 1 della l. n. 689/1981, non può essere interpretato come riferito esclusivamente all'introduzione di previsioni amministrative sanzionatorie di fatti prima del tutto leciti. Il principio deve, invece, operare anche laddove, a seguito di una diversa valutazione del disvalore sociale del fatto, venga meno la rilevanza penale, senza però che l'ordinamento rinunci a punire il comportamento antigiuridico, introducendo un illecito amministrativo del tutto nuovo, per il quale devono trovare applicazione, in assenza di deroghe espresse, tutte le previsioni dettate dalla legge in materia di sanzioni amministrative.

D'altra parte, laddove si ammettesse la soluzione contraria, il cittadino si troverebbe a subire delle sanzioni amministrative «(che, come nel caso in esame potrebbero comportare esborsi pecuniari ben più gravosi rispetto alle precedenti pene pecuniarie) per atti o fatti compiuti quando, non essendovi ancora una legge che tali sanzioni prevedesse, non aveva avuto la possibilità di autodeterminarsi responsabilmente in riferimento ad esse».

La decisione ha suscitando reazioni differenti in dottrina.

Secondo alcuni Autori sarebbe, invero, illogico rendere impunibile una condotta che resta antigiuridica nel passaggio da illecito penale a illecito amministrativo [Cangelli, 2013].

La depenalizzazione o decriminalizzazione di cui si discute si limiterebbe, infatti, a mutare le conseguenze derivanti dalla commissione di un determinato fatto, che mantiene la sua carica offensiva, assumendo soltanto un diverso "grado" di disvalore, senza che si possa rinunciare all'esercizio della funzione punitiva, seppure la competenza sia "trasferita" all'ente pubblico.

In un'ottica di unitarietà del sistema punitivo, comprensivo tanto delle sanzioni penali, tanto di quelle amministrative, parrebbe più coerente individuare un rapporto di continuità tra il "vecchio illecito penale" e il "nuovo illecito amministrativo", dovendosi ravvisare nella depenalizzazione una vicenda meramente modificativa delle conseguenze previste per la violazione di un determinato precetto [Bianchi, 2012].

Diversamente si creerebbe una "frattura" tra il sistema sanzionatorio penale e quello amministrativo, potenzialmente idonea a dare adito a fenomeni di disparità di trattamento tra chi abbia commesso il fatto prima della depenalizzazione (senza, però, che il procedimento penale sia stato concluso) oppure solo in seguito.

Alla tesi appena esposta si oppone la visione di quanti, invece, condividono l'interpretazione offerta da ultimo dalle Sezioni Unite, ribadendo la piena autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale ed escludendo, in tal modo, l'estensione analogica al primo delle categorie generali elaborate espressamente solo per il secondo [Scarcella, 2013].

Altrimenti, infatti, sarebbe compromessa l'esigenza di certezza del diritto, nonché vanificata la volontà legislativa di privare di qualsiasi rilevanza un fatto commesso prima dell'introduzione dell'illecito amministrativo, in assenza di un'espressa disposizione che consenta la retroattività della nuova sanzione amministrativa [Scarcella, 2013].

L'unitarietà del sistema punitivo, pure avvalorata dal fenomeno della depenalizzazione, non potrebbe mai giustificare un'elusione del principio della necessaria prevedibilità delle conseguenze giuridiche della commissione di un determinato fatto.

Ciò anche in virtù della constatazione che l'irretroattività delle sanzioni amministrative, per quanto prevista espressamente solo all'interno di una legge ordinaria, sembra trovare ancoraggio pure nel dettato costituzionale e, in particolare, nell'art. 25.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha, invero, assunto nel tempo posizioni molto diverse in proposito (cfr. Cerbo, 2012), tracciando una traiettoria che ha condotto a ritenere applicabile l'art. 25 Cost. anche alle sanzioni amministrative.

Più nel dettaglio, prima dell'entrata in vigore della l. n. 689/1981, l'art. 25 era stato interpretato in maniera estensiva, come facente riferimento alle norme

punitive in genere, senza distinzione tra la materia penale e quella amministrativa (cfr. Corte cost., 3 luglio 1967, n. 78; 23 marzo 1966, n. 66). A seguito, però, dell'introduzione di un'apposita disciplina delle sanzioni amministrative, la Corte ha mutato il proprio orientamento, ritenendo che l'art. 25 Cost., e nello specifico il principio di irretroattività, fosse riferito in via esclusiva alle sanzioni di natura penale (Corte cost., 31 marzo 1994, n. 118; 14 aprile 1988, n. 477; 14 marzo 1984, n. 68).

Di recente, soprattutto sotto l'influenza delle interpretazioni fornite dai giudici europei, la Corte costituzionale è nuovamente tornata sui suoi passi.

Con la già citata pronuncia del 4 giugno 2010, n. 196, infatti, la Corte ha sostenuto un'interpretazione letterale del testo dell'art. 25, che non distingue tra le diverse tipologie sanzionatorie, affermando, come già ricordato, la necessità di assoggettare alla medesima disciplina tutte le misure che presentino un carattere punitivo-afflittivo: «Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, c. II, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione ("Nessuno può essere punito") – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio (…) è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionatorio»".

6. *Considerazioni conclusive.*

In una prospettiva di sintesi, alla luce dei più recenti approdi giurisprudenziali, sia interni sia europei, appare arduo negare che il sistema sanzionatorio amministrativo persegua primariamente una finalità punitiva del trasgressore di un determinato precetto.

Se, da un lato, deve necessariamente riconoscersi l'idoneità delle misure afflittive a tutelare, seppure in via indiretta, lo specifico interesse pubblico affidato a una data amministrazione, emerge con chiarezza la forza punitiva delle sanzioni amministrative e la loro idoneità a incidere in maniera significativa sulla sfera di interessi del destinatario della misura sanzionatoria.

Peraltro, non può trascurarsi in questa sede come la particolare attitudine afflittiva delle sanzioni amministrative sia emersa e sia stata evidenziata dalla giurisprudenza europea proprio con riferimento ai provvedimenti adottati dalle *Authorities*, che spesso impongono il pagamento di cifre talmente gravose per le imprese da comprometterne la stabilità (cfr. Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini v. Italia*, che ha riconosciuto la portata sostanzialmente penalistica di una sanzione comminata dall'Agcm in virtù della sua gravità. Nel caso di specie, infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva applicato una san-

zione di sei milioni di euro che, secondo i giudici di Strasburgo, aveva «natura repressiva in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta». Cfr. anche 11 settembre 2009, *Dubus S.A. v. Francia*, e 27 agosto 2002, *Didier v. Francia*¸ su tali pronunce cfr., *infra*, il contributo di Allena).

Tanto l'obiettiva gravità economica delle misure adottate dalle Autorità indipendenti, quanto la loro idoneità a porre in dubbio la credibilità commerciale dell'autore dell'illecito, paiono, allora, indicative della loro natura sostanzialmente penale [Goisis, 2013].

E invero, si rinvengono abitualmente nelle sanzioni comminate dalle *Authorities* entrambi i criteri, elaborati dalla Corte EDU nella già richiamata sentenza *Engel ed altri v. Paesi Bassi,* in alternativa alla qualificazione in termini penalistici da parte dei singoli ordinamenti interni, ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione.

È chiaro, peraltro, che, nonostante ciò risulti con maggiore evidenza nelle sanzioni delle amministrazioni indipendenti, normalmente caratterizzate da un grado di severità piuttosto elevato, le stesse valutazioni valgono anche con riferimento alle misure punitive di competenza degli altri enti pubblici.

Alla luce di quanto finora sostenuto deve, allora, concludersi per l'unitarietà del fenomeno sanzionatorio, seppure siano diverse le autorità competenti e i procedimenti seguiti per la loro irrogazione. Ciò che rileva, infatti, è esclusivamente che, a fronte della medesima portata sostanzialmente afflittiva, siano riconosciute le medesime garanzie [Pietrosanti, 2013; Provenzano, 2012].

Come già ricordato, infatti, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha più volte affermato la necessità di assicurare anche in sede di applicazione delle sanzioni amministrative le garanzie proprie dell'equo processo o, almeno, di recuperarle in sede processuale (Corte EDU, 25 novembre 1995, *Bryan v. United Kingdom*; in dottrina, v. Allena, 2012), nonché di estendere alle sanzioni amministrative pecuniarie il principio del *favor rei* (sul punto si rinvia, ancora una volta, al contributo di Pantalone).

Peraltro, proprio la necessità di assicurare in maniera effettiva le principali garanzie penalistiche anche alle sanzioni amministrative fa sì che non possa accogliersi la tesi della retroattività dell'illecito amministrativo, pure laddove costituisca semplicemente il risultato di un fenomeno di depenalizzazione.

In assenza di una disposizione espressa, l'unitarietà della funzione sanzionatoria non sembra, infatti, consentire il superamento del principio della irretroattività delle sanzioni amministrative, seppure espressamente previsto solo all'interno di una legge ordinaria. Ne consegue che, nonostante la depenalizzazione non faccia venire meno l'antigiuridicità della condotta posta in essere, non possa su-

perarsi in via interpretativa il limite della necessaria prevedibilità delle conseguenze (in questo caso sul piano amministrativo) derivanti dalla commissione di un determinato fatto.

Tuttavia, l'evidente vuoto di tutela che viene così a crearsi, in contrasto, peraltro, con la visione dell'unitarietà del potere sanzionatorio, sembra richiedere una maggiore attenzione da parte del legislatore. La soluzione più semplice parrebbe, infatti, di disciplinare il regime transitorio applicabile in occasione di ogni intervento di depenalizzazione, esattamente come avvenuto con l'art. 40 della l. n. 689/1981. In questo modo, infatti, si aggirerebbe il problema della irretroattività delle sanzioni amministrative e, al contempo, non si rischierebbe di lasciare impuniti comportamenti che mantengono la loro antigiuridicità nel passaggio dall'illecito penale a quello amministrativo.

Tra l'altro, l'intervento normativo sarebbe idoneo anche a evitare che la punizione in via amministrativa di un fatto originariamente previsto come reato sia legata a una valutazione interpretativa dell'autorità giudiziaria. L'assenza di una specifica disciplina transitoria ha dato origine, infatti, come si è visto a un contrasto giurisprudenziale ancora non sopito.

Tuttavia, non sembra che la soluzione possa essere ricercata in un indirizzo univoco della Corte di legittimità, come pure auspicato [Gallucci, 2011]. Esigenze, da un lato, di certezza della pena, dall'altro, di giustizia sostanziale impongono, infatti, l'intervento del legislatore che, nel disporre il passaggio di un fatto dall'ambito del penalmente rilevante a quello dell'illecito amministrativo, confermi l'applicabilità retroattiva delle nuove sanzioni amministrative, in un'ottica di unitarietà del sistema sanzionatorio.

Bibliografia

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, 2012, spec. 123 ss.;

Bianchi D., *La c.d. "successione impropria": una questione di garanzie*, in *Diritto penale e processo*, 2012 ss., 1211;

Cabiddu M.A., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle autorità indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 3, 257;

Cangelli F., *Depenalizzazione: ancora sull'unitarietà della funzione afflittiva. La discutibile soluzione delle Sezioni Unite penali*, in *Cass. pen.*, 2013, 1398;

Casetta E., *Sanzione amministrativa* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997;

Cerbo P., *Il principio di irretroattività*, in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012;

Colucci M. - Dima D., *Il principio di specialità*, in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012;

Conti L., *Concorso apparente di norme* (voce), in *Nss. D.I.*, vol. II, Torino, 1958;

Fiandaca G. - Musco E., *Diritto penale - Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009;

Gallucci E., *Leggi di depenalizzazione e mancanza di disciplina transitoria: perdura il contrasto tra sezioni penali e sezioni civili della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, f3960 ss.;

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2013, fasc. 1;

Id., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. Tar*, 2013, 1228;

Id., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali 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, 669 ss.;

Nuvolone P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968;

Ottaviano V., *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958;

Pagliari G., *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa*, Torino, 2012;

Paliero C.E. - Travi A., *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988;

Pietrosanti A., *Sull'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 43, d.lgs. n. 28 del 2011 in materia di incentivi agli impianti fotovoltaici*, in *Foro amm. Tar*, 2013, 1973 ss.;

Provenzano P., *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 877 ss.;

Ruffo M.A., *Diritto penale amministrativo*, Padova, 2004;

Sandulli M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983;

Id., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *www.federalismi.it*;

Id. *Sanzione amministrativa* (voce), in *Enc. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992;

Id., *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in *www.giustamm.it*;

Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930;

Scarcella A., *Illecito penale "depenalizzato" ed esclusione della postuma sanzionabilità amministrativa del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2013, 1372 ss.;

Siniscalco M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, II ed., 1995;

Travi A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983;

Zanobini G., *Le sanzioni amministrative,* Torino, 1924.

VIII. Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti

Michele Trimarchi

Sommario: 1. La sanzione amministrativa in generale: contenuto afflittivo e funzione preventiva. Cenni. – 2. Funzione di regolazione delle Autorità indipendenti e potere sanzionatorio. – 3. (*segue*) Rilievi critici. – 4. Attività di *rule-making* e potere sanzionatorio. – 5. Il potere sanzionatorio come fonte di regole.

1. *La sanzione amministrativa in generale: contenuto afflittivo e funzione preventiva. Cenni.*

La sanzione amministrativa è tradizionalmente concepita come un provvedimento dell'amministrazione che incide sfavorevolmente nella sfera del destinatario (profilo contenutistico) e che consegue alla violazione da parte di questi di un precetto giuridico (profilo funzionale) [Tesauro, 1925, 90 ss.].

A questa stregua – è stato osservato – «il provvedimento sanzionatorio, per quanto concerne l'ordine degli effetti, sarebbe un provvedimento con contenuto ablatorio; rispetto ai provvedimenti ablatori tipici, si differenzierebbe per la relazione con l'accertamento di una infrazione» [Paliero - Travi, 1989, 350].

Ciò che distingue secondo tale impostazione la sanzione amministrativa dagli altri mezzi di coazione dell'amministrazione è quindi il collegamento con la violazione di un precetto. Dal momento tuttavia che le forme di reazione dell'amministrazione alla violazione di un precetto sono varie, tale caratteristica non consente di costruire la sanzione amministrativa come categoria rigorosa e omogenea al suo interno.

Di questa esigenza si fa carico un altro orientamento, anch'esso tradizionale, secondo il quale la specificità della sanzione rispetto alle altre forme di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto deve essere rinvenuta nel suo contenuto afflittivo: la sanzione amministrativa è una «pena in senso tecnico» e, come tale, non può essere accomunata a misure ripristinatorie e/o conservative [Zanobini, 1924, 38; Casetta, 1997, 598 ss.].

La nozione ristretta di sanzione amministrativa è accolta dalla dottrina prevalente a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 689/1981, in cui sono contenuti i principi generali che regolano il potere sanzionatorio dell'amministrazione.

Si ritiene infatti che questi principi presuppongano la concezione della sanzione intesa come pena, ossia come misura avente carattere afflittivo e funzione di prevenzione generale e speciale [Paliero - Travi, cit., 351 ss.; Casetta, cit., 599; Pellizzer - Buranello, 2012, 6 ss.].

L'omogeneità funzionale tra la sanzione amministrativa e quella penale viene desunta da diversi indici normativi.

In primo luogo, dalla circostanza che il conflitto tra fattispecie sanzionatoria penale e fattispecie sanzionatoria amministrativa che si realizza quando lo stesso fatto è punito da entrambe deve essere risolto alla luce del criterio di specialità (art. 9, c. 1, l. n. 689/1981): ed infatti «se gli scopi fossero, sia pure in parte, diversi dovrebbero trovare coerentemente applicazione entrambe le sanzioni, anche qualora le rispettive fattispecie avessero, per ipotesi, identico contenuto» [Paliero - Travi, cit., 410].

Un simile ragionamento è stato proposto più recentemente con riferimento all'art. 187-*terdecies,* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediazione finanziaria, in base al quale se per uno stesso fatto è stata applicata al reo o all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria, «la esazione della sanzione penale è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa» [Cerbo, 2006, 5424].

È stato rilevato inoltre che la l. n. 689/1981 richiede come presupposti per l'applicazione della sanzione la capacità di intendere e volere del trasgressore (art. 2) e la coscienza o volontà dell'azione (art. 3): come dimostra anche l'intrasmissibilità agli eredi (art. 7), la sanzione amministrativa può dunque essere comminata solo nei confronti di un soggetto «rimproverabile»: quella «rimproverabilità» che costituisce il presupposto antropologico della funzione special e generalpreventiva della pena [Casetta, cit., 509; Cerbo, cit., 5426].

La giurisprudenza ha sostanzialmente avallato questa costruzione. La Cassazione, ad esempio, pronunciandosi con riferimento ai criteri di commisurazione della sanzione amministrativa pecuniaria *ex* art. 11, l. n. 689/1981, ha ritenuto che essi comportano «valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commissione delle pene inflitte per i reati […] coerenti con il modello di sanzione punitiva di tipo essenzialmente penalistico adottato dal legislatore» (Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489) [su questi profili cfr., *infra*, le conclusioni di Goisis].

Si ritiene, in definitiva, che l'entrata in vigore della l. n. 689/1981 abbia accentuato le peculiarità dell'attività sanzionatoria rispetto alle altre attività svolte

dalla pubblica amministrazione: mentre le seconde vengono esercitate per la cura di interessi pubblici, la prima si caratterizza «per la portata punitiva nei confronti del responsabile della violazione medesima e per la finalità di prevenzione speciale e generale, in modo del tutto analogo alla sanzione penale» [Cerbo, cit., 5424].

Da quest'ultima si distingue, oltre che per il dato formale di essere adottata da un'autorità amministrativa, per la minor rilevanza degli interessi presidiati [Sandulli M.A. (1), 1982, 17; *contra* Casetta, cit., 599] o, secondo una diversa lettura, per il fatto di non poter in alcun caso risolversi in una restrizione della libertà personale, restrizione che, in base all'art. 13 Cost. può essere disposta solo dal giudice [Cerbo, cit., 5425].

2. *Funzione di regolazione delle Autorità indipendenti e potere sanzionatorio.*

L'art. 12 circoscrive il raggio di operatività della l. n. 689/1981 alle sanzioni pecuniarie e precisa che, anche all'interno di questo ambito, le disposizioni in essa contenute si osservano «in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito».

Per quanto la presenza di una duplice clausola di riserva complichi l'opera dell'interprete nell'individuare l'ambito di applicazione della l. n. 689, si può osservare in termini generali che i principi in essa contenuti hanno progressivamente acquisito una funzione paradigmatica all'interno della disciplina del potere sanzionatorio dell'amministrazione [Pellizzer - Buranello, cit., 8-12]: al punto che, sebbene previsti da una legge ordinaria e quindi formalmente non vincolanti per la legislazione successiva, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima una norma la quale, consentendo all'amministrazione di irrogare la sanzione a prescindere dalla individuazione certa dell'autore della violazione, si poneva in contrato con il principio di personalità, sancito dall'art. 3, l. n. 689/1981 (Corte cost. 27/2005).

Ciò ovviamente costituisce un forte argomento per ribadire il carattere fondamentalmente unitario della categoria delle sanzioni amministrative pur in presenza di un complesso di discipline speciali sopravvenute che hanno introdotto non secondarie deroghe a quanto previsto dalla l. n. 689 [Cerbo, cit., 5430].

Nondimeno, secondo una parte consistente della dottrina il modello sanzionatorio a caratterizzazione afflittiva e funzione preventiva tratteggiato dalla l. n. 689/1981 non si attaglia alle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti nell'esercizio della c.d. funzione di regolazione, le quali non avrebbero di mira tanto la punizione del trasgressore quanto la tutela dell'interesse pubblico specifico di volta in volta affidato all'Autorità (il mercato concorrenziale, l'efficienza dei servi-

zi pubblici, la tutela del risparmio, etc. etc.) [Bani, 2000, *passim*; Licciardello, 2012, 333-336; Titomanlio, 2007, *passim*].

Secondo questa impostazione, la sanzione irrogata dalle Autorità indipendenti è strumentale ad un intervento pubblico in economia basato sul principio della sussidiarietà dello Stato rispetto al mercato, con il quale è tuttavia compatibile la previsione da parte del settore pubblico di modelli di condotta posti a tutela di soggetti e interessi deboli o poco protetti e, appunto, di apparati sanzionatori finalizzati a rendere tali precetti effettivamente vincolanti [sulla nozione di regolazione la letteratura è vastissima e non univoca; senza pretesa di completezza: Cassese (1), 2000, 13 ss.; Cassese (2), 2002, 266 ss.; Clarich (1), 2005, 17 ss., 88 ss.; D'Alberti (1), 2000, 172; D'Alberti (2), 2007, 33; Frego Luppi, 1999, 137 ss.; Giani, 2002, 227 ss.; La Spina - Capotorto, 2008, 19 ss.; Napolitano, 2001, 636 ss.; Ramajoli (1), 2008, 56 ss.; Ramajoli (2), 1998, 510 s.; Rangone, 2006, 5057 ss.; Sorace, 2007, 75 ss.; Torchia (1), 1992, 430 ss.; Torchia (2), 1996; Troise Mangoni, 2012].

Concepito in termini strumentali alla regolazione, il potere di irrogare le sanzioni costituisce l'elemento di chiusura dell'intervento delle singole Autorità indipendenti nel settore di competenza: un intervento che pertanto tende ad assumere quel carattere della compiutezza tipico degli ordinamenti giuridici sezionali [su cui Giannini, 1991, 9 ss.].

A sostegno di questa tesi si rileva che l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità indipendenti costituisce una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità [per la Consob, Troise Mangoni, cit., 21); la sanzione, in altri termini, è complementare agli altri strumenti di controllo e vigilanza sul settore di riferimento e concorre ad esercitare un'azione deterrente nei confronti dei comportamenti contrari ai principi della regolazione (ad es.: sana e prudente gestione, trasparenza e di correttezza nei rapporti tra privati, concorrenza, etc.) [per l'Agcm, Licciardello, cit., 334].

La ridotta autonomia del momento sanzionatorio rispetto a quello del controllo diffuso emerge in taluni casi anche sotto il profilo organizzativo; per esempio, mentre la l. n. 689/1981 (artt. 17 e 18), ispirandosi alla struttura del processo penale [Bani, cit., 93], ripartisce tra organi diversi i compiti di accertare la violazione e di applicare la sanzione, il d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) li concentra in capo al Collegio (artt. 6 e 14, comma 9) [Licciardello, cit., 335; nonché, *infra*, il contributo di Guzzi].

La propensione regolatoria dell'apparato sanzionatorio delle Autorità indipendenti è accentuata da recenti innovazioni legislative – che peraltro costituiscono la recezione in Italia di istituti e tendenze del diritto globale.

L'art. 14-*ter* l. n. 287/1990, introdotto con il d.l. n. 223/2006, disciplina l'istituto degli impegni nel diritto *antitrust*, prevedendo che, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 (intese restrittive della concorrenza) e 3 (abuso di posizione dominante) della stessa legge, le imprese si possono impegnare a rimuovere i profili anticoncorrenziali delle intese [su questi profili cfr., *infra*, il contributo di Leone].

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ove valuti positivamente l'idoneità della proposta, può concludere il procedimento senza accertare l'infrazione, rendendo tuttavia obbligatori gli impegni assunti dall'impresa (con delibera del 6 settembre 2012, n. 23863, l'Agcm ha adottato una comunicazione nella quale si precisa che «deve ritenersi non opportuna l'adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione»; in questo senso già Cintioli, 2010, 62); corollario del sopravvenuto carattere vincolante degli impegni assunti è che l'impresa, se non li rispetta, può essere sanzionata.

L'istituto degli impegni è previsto anche in materia di pratiche commerciali scorrette: anche qui opera ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale; inoltre, trova applicazione nei procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas (Art. 45, comma 3, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93), e dell'Agcom (14-*bis* d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248; Allegato A alla delibera 194/12/CONS – regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS e successive modificazioni, coordinato con le modifiche apportate dalla delibera n. 194/12/CONS; delibere 130/08/CONS e 131/08/CONS).

Salvo alcune differenze in questa sede trascurabili, lo schema operativo è sempre il medesimo.

Si consente all'impresa di proporre all'Autorità una sorta di «baratto» tra l'irrogazione della sanzione e l'assunzione dell'impegno a rimuovere la situazione anticoncorrenziale o comunque antigiuridica; e all'Autorità, correlativamente, di rinunciare alla sanzione pure nell'ipotesi in cui sia altamente probabile la presenza dell'illecito, a condizione che l'impresa fornisca la garanzia (e si assuma la responsabilità) di porvi rimedio.

Sul piano della ricostruzione della funzione dell'apparato sanzionatorio si tratta di previsioni molto rilevanti dalle quali si può desumere che l'ordinamento

non è interessato tanto a punire chi commette l'illecito quanto a ristabilire l'ordine concorrenziale violato.

Ma la dimensione regolatoria del sistema sanzionatorio risulta forse ancor più evidente se si prende in considerazione un altro istituto recente, questa volta tipico del diritto *antitrust*: i c.d. programmi di clemenza (*leniency programmes*) che il comma 2-*bis* dell'art. 15 l. n. 287/90, introdotto con l. 4 agosto 2006, n. 248, ha consentito di avviare anche in Italia [Ziotti, 2012, 575].

Si tratta di meccanismi in base ai quali è concessa l'immunità, o la riduzione dell'entità della sanzione, «al membro del cartello che, dissociandosi per primo dal "*pactum sceleris*", denuncia gli altri componenti del cartello e si trasforma in un "collaboratore di giustizia"» [Clarich (2), 2007, 266 ss.].

Non diversamente da quanto avviene quando l'istruttoria si conclude con l'accettazione degli impegni proposti dall'impresa, l'Agcm, applicando i programmi di clemenza, rinuncia a concludere il procedimento e ad irrogare la sanzione a fronte di un comportamento (la dichiarazione del cartello da parte di un suo componente) che immediatamente fa cessare i rischi anticoncorrenziali contenuti nell'operazione.

Se ne può desumere – ancora una volta – che, anche all'interno del procedimento sanzionatorio, l'interesse istituzionalmente affidato all'Autorità è preminente rispetto a quello a punire il trasgressore [Pantalone, 2011, 15 s.].

La dimensione regolatoria dell'istituto risulta ancor più evidente se si considera che, oltre a favorire atteggiamenti collaborativi da parte dei trasgressori, i programmi di clemenza, introducendo motivi di diffidenza reciproca tra le imprese che partecipano ai cartelli (ciascuna delle quali sospetta che l'altra possa farsi «collaboratrice di giustizia»), ne disincentivano la costituzione di nuovi e dunque indirettamente favoriscono il mercato concorrenziale [Clarich (2), cit., 266 ss.].

Adottando una prospettiva più generale, sembra potersi dire che in questo settore l'atteggiamento complessivamente assunto dall'ordinamento non è tanto di minacciare l'irrogazione della sanzione nei riguardi dei trasgressori, quanto di indurre i medesimi a comportamenti virtuosi prefigurando loro la possibilità di non essere sanzionati (viene in gioco così la categoria delle sanzioni positive, collegata alla funzione promozionale del diritto: v. Bobbio, 1977, 33 ss.).

Secondo la dottrina, poi, la connessione tra funzione di regolazione del mercato e potere sanzionatorio dell'Autorità emerge con ancora maggiore evidenza nelle sanzioni strumentali irrogate dall'Agcm (Bani, cit., 86), misure (pecuniarie e interdittive) che mirano a colpire l'inottemperanza delle imprese alla diffida a rimuovere l'illecito anticoncorrenziale (art. 15, primo comma, l. n. 287/1990; quando giudica l'infrazione «grave», l'Agcm accompagna la diffida con una sanzione pecuniaria), ovvero ad assicurare all'Autorità l'acquisizione dei dati neces-

sari all'attività di controllo (per esempio l'art. 14, l. n. 287/1990 prevede che l'Agcm commina una sanzione pecuniaria ai soggetti che si rifiutino od omettano senza giustificato motivo di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti nel corso dell'attività di indagine avviata nei casi di presunta infrazione degli articoli 2 e 3, ovvero forniscano informazioni o esibiscano documenti non veritieri. In materia di pratiche commerciali scorrette, sono previste sanzioni per l'inottemperanza alla richiesta rivolta al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica di fornire informazioni circa l'identità del committente, alla richiesta rivolta a terzi di fornire informazioni e documenti in loro possesso rilevanti ai fini dell'accertamento dell'infrazione, al divieto di diffusione o continuazione della pratica, all'ordine di pubblicare la delibera di divieto o un'apposita dichiarazione rettificativa; nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni: art. 27, comma 12, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 – Codice del consumo).

In queste ipotesi – si ritiene – la sanzione «finisce in qualche modo per essere attratta al potere di autotutela, funzionalizzandosi con esso» [Brancasi, 1990, 83; Licciardello, cit., 335].

Una conferma della «strumentalità dei tratti afflittivi delle sanzioni antitrust agli interessi al cui soddisfacimento è chiamata l'Autorità garante della concorrenza e del mercato» [Licciardello, cit., 336] è ravvisata nella circostanza che, nel determinare l'entità della sanzione di cui all'art. 15, comma 2 l. ult. cit., l'Autorità è titolare di un potere discrezionale [Bani, cit., 45], esercitando il quale tiene conto, tra l'altro, «degli interessi della concorrenza e del mercato, valutando le conseguenze che l'illecito ha provocato o avrebbe potuto provocare sul mercato, la durata dell'infrazione, la capacità contributiva dell'impresa» (Bani, cit., 88; in giurisprudenza Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52; Cass., sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882; Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667, dove le sanzioni dell'Agcm sono considerate espressione della funzione pubblica e, quindi, strumento di cura degli interessi pubblici demandati all'Autorità; *contra* Sandulli (2), 2010, 4 ss., che mette in luce i «connotati punitivi» delle sanzioni *antitrust*, insistendo sulla necessaria proporzionalità della misura rispetto all'entità del danno). Discorsi analoghi sono stati fatti con riferimento alle sanzioni irrogate dall'Isvap: anche in questo settore la discrezionalità dell'amministrazione nella determinazione della misura della sanzione è stata considerata un indice della strumentalità della sanzione alla regolazione (Cass., sez. un., 29 novembre 2007, n. 24816).

In questa prospettiva può esser riguardato anche l'orientamento giurisprudenziale che riconosce all'Agcm il potere di comminare ammende anche per le condotte illecite già cessate, allo scopo di evitare che l'impresa che ha trasgredi-

to una volta le regole della concorrenza abbia a ricommettere l'infrazione (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092) [Freni E., 2011, 810]. La mancata corrispondenza tra illecito e sanzione è tipica dei *punitive damages* di origine statunitense: la sanzione non dismette la propria funzione punitiva ma, in ragione del parziale sganciamento dall'illecito, diviene preminente la funzione di indirizzo dei comportamenti futuri dei soggetti che la subiscono.

Considerazioni analoghe, infine, possono farsi a proposito della recente scelta del legislatore di rinunciare all'indicazione di una cornice edittale entro la quale l'Autorità può muoversi per determinare l'entità della sanzione e di indicare solo un valore massimo. In questo modo si è consentito all'Agcm di irrogare sanzioni pecuniarie anche meramente simboliche allo scopo «invitare» le imprese a rimuovere le infrazioni evitando di incorrere in misure più gravose [Clarich (2), cit.].

3. (segue) *Rilievi critici.*

Le considerazioni sin qui svolte e gli istituti richiamati (impegni, programmi di clemenza) depongono per una connotazione in senso non meramente punitivo del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: l'interesse al corretto svolgimento delle attività regolate e al rispetto dei principi di funzionamento dei settori di intervento corre parallelo nel corso del procedimento all'interesse a identificare e punire i trasgressori, ed in alcuni casi prevale su quest'ultimo.

Indubbiamente, quindi, «le autorità indipendenti possono essere considerate, in qualche misura, un settore nel quale si sperimentano modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio» [Clarich (3), 2011, XXXIV].

Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente a dimostrare l'esattezza della tesi secondo cui le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti si discostano radicalmente dal modello delineato dalla l. n. 689/1981, connotandosi sul piano funzionale per la strumentalità alla funzione di regolazione. Le osservazioni che seguono, infatti, consigliano una certa prudenza.

Non sarà passato inosservato che le norme e gli istituti dai quali si è soliti desumere la propensione regolatoria dell'apparato sanzionatorio delle Autorità indipendenti riguardano prevalentemente la disciplina procedimentale del relativo potere e non la sanzione come atto e i suoi presupposti.

Per esempio, la concentrazione in capo ad un unico organo del potere di istruire la pratica e comminare la sanzione indica che il momento dell'irrogazione si inscrive nella più complessa attività di controllo/vigilanza svolta dall'Autorità, ma non necessariamente incide sulla funzione che la sanzione ha, una volta irrogata (è da aggiungere, peraltro, che si tratta di una soluzione organizzativa in

via di superamento per effetto della normativa recente. L'art. 24 l. 28 dicembre 2005, n. 262 stabilisce, infatti, che i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori avviati della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip sono svolti nel rispetto, tra l'altro, del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Lo stesso principio trova applicazione nei procedimenti sanzionatori dell'Aeeg, in base a quanto previsto dall'art. 45, comma 6, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93).

Lo stesso si può dire con riferimento alla decisione con impegni che interrompe il procedimento sanzionatorio senza l'accertamento definitivo dell'infrazione (si legge nella Comunicazione adottata dall'Agcm con delibera del 6 settembre 2012, n. 23863: «Resta fermo che le decisioni concernenti gli impegni devono accertare che l'intervento dell'Autorità non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistenza dell'infrazione»): il rapporto di mutua esclusione che esiste tra questo tipo di decisione e l'irrogazione della sanzione non consente, infatti, di inferire dalla disciplina alcunché in ordine alla funzione della sanzione come atto.

Ancora. La predisposizione dei programmi di clemenza nel diritto *antitrust* indubbiamente evoca un utilizzo in chiave promozionale del potere sanzionatorio ed è espressione di un sistema che non assume come propria finalità principale quella di infliggere una punizione al trasgressore, ma non incide sulla funzione della sanzione una volta irrogata.

In definitiva, i profili di strumentalità all'intervento regolatorio si mantengono sul terreno della disciplina del potere e non riguardano la sanzione come atto. Se così è, non sembra corretto traslare sul piano della natura della sanzione, intesa come atto, elementi che appaiono significativi esclusivamente sul piano della descrizione dei profili funzionali dell'attività sanzionatoria delle Autorità indipendenti complessivamente considerata [per la distinzione tra atto e attività v. Scoca, 2002, 77 ss.].

A ciò si potrebbe non infondatamente replicare che, tra gli argomenti addotti a sostegno della tesi della strumentalità delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti alla regolazione, ve ne sono alcuni che riguardano non il potere sanzionatorio complessivamente considerato, ma la sanzione in quanto tale. Di contro, tuttavia, va osservato come il principale di tali argomenti, desumendo la strumentalità della sanzione alla regolazione dalla discrezionalità di cui le Autorità indipendenti sono titolari nella determinazione del *quantum* [Bani, cit., 45], si fondi su una distinzione invero assai controversa: quella tra discrezionalità amministrativa, che si vorrebbe sussistente nelle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti, e discrezionalità giudiziale, che si vorrebbe sussistente – in analogia

alla pena – nelle sanzioni disciplinate dalla l. n. 689/1981 [ampie considerazioni critiche in Goisis, 2012, 107 ss.; si consideri, comunque, che per le sanzioni *antitrust* la discrezionalità dell'Autorità nella determinazione del *quantum* è circoscritta e limitata dai criteri individuati dalla Commissione Europea del 2006 con gli «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n.1/2003»; in tema Sandulli M.A. (2), 2010, 18].

In ogni caso, sono anche considerazioni di carattere più generale a far dubitare dell'esattezza della tesi che assegna alle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti una funzione radicalmente diversa rispetto a quella assolta dalle sanzioni amministrative ordinarie.

Pare infatti doversi formulare più di una riserva relativamente all'intrinseca fondatezza degli approcci che intendono classificare le sanzioni in base alla funzione (che si assume, di volta in volta) assolta.

Le istituzioni – spiega Merton – hanno funzioni manifeste, osservabili o attese, e funzioni latenti, non riconosciute e non intenzionali.

La punizione, in particolare, – rilevava già Durkheim [su entrambi gli Aa. v. Wallace - Wolf, 2008, 24, 45 ss.) – non svolge semplicemente l'ovvia funzione di castigo del criminale e di deterrente generale contro il crimine, ma anche quella di preservare i sentimenti collettivi o valori condivisi: essa «ha la funzione di mantenere tali sentimenti allo stesso livello di intensità, che sarebbe inevitabilmente destinato a diminuire se le offese arrecate a questi sentimenti non venissero punite».

A fronte di questa fisiologica plurifunzionalità, la pretesa (tutta giuridica) di individuare per ciascuna sanzione una o più funzioni di riferimento, come se in questo modo si potesse escludere l'assolvimento di funzioni ulteriori da parte delle medesime, appare sostanzialmente vana.

Ne deriva l'inevitabile imprecisione delle classificazioni incentrate sulla giustapposizione di modelli costruiti sulla base del solo criterio funzionale (classificazioni che – si aggiunge – sono anche di dubbia utilità poiché generalmente non discende alcuna conseguenza giuridica dall'individuazione della funzione della sanzione; diversamente deve ovviamente dirsi per il caso in cui è l'ordinamento a pretendere dalla sanzione l'assolvimento di una certa funzione, come accade ad esempio nel caso dell'art. 27, c. 3, Cost., in base al quale la pena deve tendere alla rieducazione del condannato: in tale ipotesi l'aspetto funzionale acquista sicura rilevanza giuridica ponendosi come parametro di costituzionalità della disciplina della sanzione).

Ad esempio, la dottrina sembra fare eccessivo affidamento nelle virtù classificatorie della funzione quando, allo scopo di dimostrare la non riconducibilità

delle sanzioni delle Autorità indipendenti al modello afflittivo-repressivo delineato dalla l. n. 689/1981, richiama le norme che impongono la pubblicazione dei relativi provvedimenti di irrogazione nei Bollettini ufficiali (ad es., per l'Agcm, art. 26, l. n. 287/1990; per la Banca d'Italia, Art. 145 TUB, co. 3; per l'Agcom, art. 12, Allegato A alla delibera 194/12/CONS - Testo del regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS; per il Garante della *privacy*, art. 165, d.lgs. n. 196/2003), mettendo in evidenza la valenza regolatoria di tale misura [ad es., Bani, cit., 86].

Così ragionando, infatti, non solo si omette di considerare che la capacità dissuasiva della pubblicazione è un presupposto per il dispiegarsi della funzione di prevenzione, tipica dei provvedimenti afflittivi, ma anche che la pubblicazione della sanzione nel Bollettino Ufficiale svolge essa stessa una evidente funzione afflittiva nei confronti del trasgressore, in ragione dell'importanza che nella logica dei mercati rivestono i profili connessi alla reputazione dei soggetti che vi operano.

La plurifunzionalità, del resto, non è prerogativa delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti.

Ritenere che il sistema sanzionatorio descritto dalla l. n. 689/1981 assolva principalmente ad una funzione general e special preventiva, infatti, «non implica [affermare] un'estraneità della funzione sanzionatoria rispetto al quadro dell'amministrazione e dei suoi modelli di attività. Quando la sanzione sia posta a garanzia di interessi devoluti a un'amministrazione, l'attribuzione ad essa di una funzione sanzionatoria può significare un completamento nel quadro degli strumenti dell'amministrazione per la tutela di quel certo interesse, e in particolare può consentire all'amministrazione di realizzare un intervento più adeguato (…). Se invece la sanzione amministrativa è posta a garanzia di interessi di ordine diverso (ipotesi verificatasi con frequenza in occasione delle depenalizzazioni), l'attribuzione all'amministrazione della funzione sanzionatoria comporta di regola anche la devoluzione all'amministrazione della cura dell'interesse protetto dalla norma sanzionatoria» [Paliero - Travi, cit.; Goisis, 2013, 115, 120, il quale osserva condivisibilmente come anche la pena, in ragione dell'art. 27, c. 3, Cost., «non tenda affatto principalmente o tantomeno esclusivamente all'accertamento della giusta punizione», essendo rivolta «prima di tutto, alla rieducazione, ossia ad un interesse pubblico specifico, distinto dall'interesse alla realizzazione di un'astratta giustizia ordinamentale»; sulla plurifunzionalità della sanzione amministrativa, che talvolta assume connotazioni di tipo afflittivo-retributivo, altre volte si atteggia a strumento di tutela dei pubblici interessi, Licciardello S., cit., 333 e s.].

Pare arduo, dunque, porre una distinzione sul piano funzionale tra le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti e quelle generalmente disciplinate dalla

l. n. 689/1981 perché la sanzione rifugge, per definizione, ad una esatta catalogazione in base alla funzione assolta.

Un'indicazione di questo genere, del resto, sembra doversi trarre anche dalla normativa europea più recente. L'art. 65, par. 1, della Direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013, in un quadro di rafforzamento della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di riferimento (v. il «considerando» 35), riconosce agli Stati membri la facoltà di non introdurre sanzioni amministrative per fattispecie già coperte da sanzioni penali (tale discrezionalità sarà oggetto di valutazione da parte della Banca d'Italia nell'ambito di un apposito documento di consultazione). Da tale previsione si può desumere che la tendenziale fungibilità tra sanzione amministrativa e sanzione penale opera anche per le sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità indipendenti, a dimostrazione dell'inesattezza della tesi secondo cui la funzione delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti sarebbe radicalmente diversa da quella della pena e delle sanzioni amministrative «ordinarie» (la Direttiva cit. insiste in modo particolare sulla funzione dissuasiva della sanzione, v. i «considerando» 36 e 38).

In definitiva, non è scorretto sostenere che le Autorità indipendenti, minacciando e applicando la sanzione, perseguono l'obiettivo di rendere effettivi i valori della regolazione; ma sarebbe certamente parziale ritenere che, in virtù di ciò, tali sanzioni siano prive del carattere afflittivo nei confronti del trasgressore e non svolgano funzione di prevenzione; e, al tempo stesso, sarebbe irragionevole negare che le sanzioni amministrative «ordinarie» spesso costituiscano strumenti di cura indiretta dell'interesse affidato all'amministrazione.

4. *Attività di rule-making e potere sanzionatorio.*

L'espressione «funzione di regolazione» non ha un significato univoco.

Oltre designare un tipo di intervento pubblico in economia, con essa si suole indicare il potere delle Autorità indipendenti di dettare prescrizioni a contenuto generale, vincolanti nel settore di competenza [Clarich (1), cit., 88 ss.; Troise Mangoni, cit., 66 ss.).

Se si muove da questa concezione della regolazione (la regolazione come attività di *rule-making*), la connessione con il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti viene in gioco anche sotto una diversa luce.

Il dato rilevante in questa prospettiva è che, nell'attuale quadro ordinamentale, le Autorità indipendenti dotate del potere di adottare regole nei settori di competenza sono titolari anche del potere di sanzionare la violazione delle medesime.

Ad esempio, l'art 113 TUF, c. 3, attribuisce alla Consob il compito di individuare con regolamento le ipotesi e le condizioni in cui gli emittenti possono ritardare la diffusione al pubblico di informazioni privilegiate; e l'art. 193 TUF prevede che la stessa Commissione irroga una sanzione pecuniaria ove vengano violati l'art. 113 cit. e le disposizioni attuative da essa introdotte [Troise Mangoni, cit., 91 ss.].

Come è stato rilevato, «emerge un quadro decisamente organico, nel quale la fonte primaria determina il precetto e i criteri per la sua specificazione da parte di un atto di natura secondaria; il regolamento integra il suddetto precetto (…) e, infine, un'ulteriore previsione di rango legislativo commina la sanzione per l'eventualità della violazione dell'insieme normativo costituito dalle disposizioni di rango primario come integrate dal regolamento della Consob» [Troise mangoni, cit., 89; sulla delegificazione della materia dell'intermediazione finanziaria, con la connessa esaltazione della funzione normativa della Consob v. Clarich (4), 2012, 157].

Lo schema – che prevede la delega all'autorità indipendente della regolamentazione di certe materie e l'attribuzione alla medesima della facoltà di sanzionare la violazione delle regole così introdotte – è riprodotto nella disciplina del potere sanzionatorio della Banca d'Italia.

Ad esempio l'art. 144 TUB prevede, tra l'altro, che la Banca applica una sanzione pecuniaria (da euro 2.580 a euro 129.110): nel caso in cui i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche non posseggano i requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza individuati dalla stessa Banca d'Italia e stabiliti dal Ministero dell'economia e delle finanze (art. 26 TUB); nel caso in cui le banche autorizzate ad emettere assegni circolari non rispettino le disposizioni introdotte dalla Banca d'Italia indicanti la misura, la composizione e le modalità per il versamento della cauzione che le banche emittenti assegni circolari sono tenute a costituire presso la medesima Banca d'Italia (art. 49 TUB); nel caso in cui le banche vengano meno all'obbligo di effettuare comunicazioni alla Banca d'Italia, «secondo le modalità e nei termini da essa stabiliti» (art. 51 TUB); e, soprattutto, nel caso in cui le banche non rispettino «le disposizioni di carattere generale relative all'adeguatezza patrimoniale, al contenimento del rischio, alle partecipazioni detenibili, al governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni, i sistemi di remunerazione e incentivazione» (art. 53 TUB, che disciplina la c.d. vigilanza regolamentare).

Anche le Autorità di regolazione dei servizi pubblici (Autorità per l'energia elettrica e il gas; Autorità garante per le garanzie nelle comunicazioni) irrogano sanzioni, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri

provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio (art. 2, c. 19, lett. c, l. 14 novembre 1995, n. 481).

In particolare, l'art. 45 del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, prevede che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas adotta sanzioni amministrative pecuniarie in caso di mancato rispetto delle decisioni giuridicamente vincolanti dell'ACER o dell'Autorità medesima. Si tratta di un potere di ampio raggio, perché ampia è la potestà di regolazione dell'Autorità, la quale adotta «tutte le misure ragionevoli e idonee al perseguimento» di finalità come: la promozione di mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale concorrenziali, sicuri ed ecologicamente sostenibili, nonché l'efficace apertura del mercato per tutti i clienti e i fornitori dell'Unione europea; l'assicurazione di condizioni regolatorie appropriate per il funzionamento efficace e affidabile delle reti dell'elettricità e del gas, tenendo conto degli obiettivi a lungo termine; il conseguimento di un servizio pubblico di elevata qualità nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale, contribuendo alla tutela dei clienti vulnerabili anche in termini di condizioni economiche di fornitura di gas naturale loro applicate (art. 42, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93).

La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali, istituita con la l. n. 146/1990, in origine era sprovvista sia del potere regolamentare sia del potere di irrogare sanzioni. La l. n. 83/2000 ha invece previsto che la Commissione, se giudica non idonea la disciplina contenuta negli accordi e nei contratti collettivi (circa le prestazioni indispensabili, le modalità e le procedure di erogazione delle stesse, le procedure di raffreddamento e conciliazione, le altre misure dirette a realizzare il principio del contemperamento - art. 13, comma 1, lett. a; artt. 1 e 2, comma 2), formula alle parti una proposta di regolazione; e che, se queste non si pronunciano nei termini indicati dalla legge o comunque non sia possibile raggiungere un accordo, la Commissione detta una provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e di conciliazione, nonché delle altre misure ritenute necessarie. Nel caso in cui la «provvisoria regolamentazione» venga violata (non diversamente dall'ipotesi in cui non siano rispettati gli accordi giudicati idonei dalla Commissione e dunque divenuti vincolanti), la Commissione è competente ad adottare nei confronti dei soggetti in campo sanzioni di diversa natura (sospensioni dai permessi sindacali retribuiti ovvero dai contributi sindacali comunque trattenuti dalla retribuzione, ovvero sanzione amministrativa pecuniaria) e a ordinare al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari (art. 13, c. 1, lett i, l. 12 giugno 1990, n. 146; art. 4., l. cit.) [Monaco, 2004, 387 ss.].

L'Isvap, a partire dal 1 gennaio 2013 Ivass (d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135), adotta, con i regolamenti di attuazione del Codice delle assicurazioni, disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto: a)

la correttezza della pubblicità, le regole di presentazione e di comportamento delle imprese e degli intermediari nell'offerta di prodotti assicurativi; b) gli obblighi informativi prima della conclusione e durante l'esecuzione del contratto; c) la verifica dell'adeguatezza delle procedure di gestione del rischio; d) l'adeguatezza patrimoniale, etc. etc. (Art. 191, d.lgs. 7 Settembre 2005, n. 209). L'art. 310 prevede, tra l'altro, che è lo stesso istituto a sanzionare la violazione di tali norme regolamentari [sulla delegificazione intervenuta anche nel settore assicurativo, a vantaggio del ruolo del regolatore v. Clarich (4), cit., 160].

In forza dell'art 162, comma 2-*ter*, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), il Garante della *privacy*, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti recanti la prescrizione di misure necessarie o divieti (di cui, rispettivamente, all'articolo 154, comma 1, lettere c) e d)), applica la sanzione del pagamento di una somma da trentamila euro a centottantamila euro.

In tutte le ipotesi indicate (che sono ben lungi dall'esaurire il quadro normativo rilevante), l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle *Authorities* costituisce la risposta alla violazione di precetti introdotti nell'esercizio della funzione di regolazione.

Vista in questa prospettiva, la connessione tra funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti si risolve essenzialmente in una deroga al principio della separazione dei poteri, in base al quale dovrebbe esservi alterità tra chi pone la regola e chi vigilia sulla sua osservanza sanzionando l'eventuale violazione [è questo infatti il contenuto minimo della separazione dei poteri intesa come dottrina normativa: v. Silvestri, 1985, 714 ss.; sulla distinzione tra valore normativo e valore descrittivo della separazione dei poteri v. Tarello, 1976, 289 ss.], e in una limitazione del principio di legalità, derivante dal fatto che il regolatore non solo irroga la sanzione ma anche si appropria del compito di definire i contorni della fattispecie dell'illecito [sul punto cfr., *infra*, il contributo di Pantalone; si consideri comunque che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, la riserva di legge contenuta all'art 1 della l. n. 689/1981 è relativa e non è provvista di diretta copertura costituzionale. Cfr. Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5743, Cass. 17176/2003, Cass. 3351/1999, Corte cost., ord. 3 maggio 2002, n. 150].

Tale concentrazione di compiti è, almeno nelle intenzioni, funzionale ad una maggiore effettività della regolazione. La sanzione (e, ancor prima, la sua minaccia) rappresenta infatti il principale strumento attraverso il quale il diritto assicura l'osservanza dei precetti: trattandosi di applicare discipline ad alto tasso di tecnicità, i regolatori sono ritenuti i soggetti più idonei a sanzionare la violazione delle regole da loro medesimi introdotte [sul potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti come strumento di *enforcement* della regolazione v. Celone, 2012, 228 s., *passim*].

5. *Il potere sanzionatorio come fonte di regole.*

Non tutte le Autorità indipendenti sono titolari di poteri di *rule-making.*

Ne è sprovvista, ad esempio, l'Agcm, la cui attività in materia di concorrenza, risolvendosi nell'accertamento dei c.d. illeciti *antitrust*, è solitamente accostata alla funzione giurisdizionale (si discorre di «paragiurisdizionalità») e ritenuta estranea alla funzione di regolazione [Clarich (1), cit., 85 ss.].

Parte della dottrina ritiene tuttavia che anche l'attività dell'Agcm vada ricondotta alla funzione amministrativa di regolazione sulla base dell'osservazione che nell'esercizio del potere sanzionatorio di sua competenza l'Autorità introduce regole vincolanti all'interno del mercato [Police, 2007, 245 ss.].

Ciò si deve principalmente alla particolare configurazione legislativa degli illeciti *antitrust.* Secondo il disegno della l. n. 287/1990, infatti, le intese, le concentrazioni, le posizioni dominanti sono mere situazioni sospette di cui spetta all'Autorità garante – tramite valutazioni che per parte della dottrina hanno addirittura natura discrezionale [Cintioli, cit., 104 ss.] – accertare l'eventuale illiceità [Bani, cit., 91; Titomanlio, cit., 151]: in particolare, le intese sono illecite se hanno «per oggetto o effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» (art. 2), le concentrazioni se comportano «la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercati nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza» (art. 6), la posizione dominante se chi la detiene ne abusa (art. 3).

Svolgendo la complessa operazione di accertamento richiesta dalla legge, inevitabilmente l'Agcm integra la fattispecie sanzionatoria indicando quando e a quali condizioni l'infrazione viene in essere. Per questa via, l'Autorità si intesta una rilevante funzione di *rule-making*, come dimostra il fatto che, sebbene le decisioni vengano assunte al cospetto di fattispecie concrete (le situazioni sospette), buona parte della disciplina *antitrust* vigente scaturisce proprio dall'attività di costruzione della fattispecie sanzionatoria da parte dell'Agcm [Titomanlio, cit., 161].

Tale funzione di creazione di regole per il funzionamento del mercato è esaltata nelle decisioni di accettazione degli impegni, dove, complice la mancanza di un vero e proprio accertamento dell'infrazione, può realizzarsi una sorta di «deriva regolatoria» della funzione *antitrust*, consistente nell'introduzione di vincoli all'attività dei privati finalizzati ad «ottenere risultati ulteriori (e tipici dell'esercizio della funzione regolatoria) in termini di apertura del mercato alla concorrenza che vanno al di là dei vincoli posti dalla legge all'azione dell'Autorità» [Cintioli, cit., 18 ss.; Pantalone, cit., 16 ss.).

Non è questa la sede per valutare funditus se l'indiscusso risvolto prescrittivo del potere sanzionatorio dell'Agcm consenta di negare il carattere para-giursdizionale dell'attività da essa svolta e di accogliere la tesi della sua natura amministrativo-regolatoria. Potrebbe tuttavia non essere irragionevole accostare il ruolo dell'Autorità garante a quello del giudice di common law, autore di una giurisprudenza che, mediante la tecnica del vincolo del precedente, acquista il valore di vera e propria fonte del diritto (case law). E un parallelismo può forse anche istituirsi tra il contributo dato dall'Agcm alla creazione di un «diritto della concorrenza» e quello dato dal giudice amministrativo, principalmente tramite la clausola dell'eccesso di potere, all'edificazione della disciplina generale dell'attività delle amministrazioni [su tale contributo, da ultimo, Morbidelli, 2012, 772 ss.].

A prescindere da tali aspetti, comunque, si può fermare qualche conclusione in ordine alla connessione tra funzione di regolazione (intesa come potere di dettare la disciplina di determinati settori) e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti.

Le Autorità fornite del potere di «fare le regole» utilizzano le sanzioni come strumento di enforcement delle medesime; le Autorità sprovviste di tale potere sono tali solo formalmente, perché utilizzano la funzione sanzionatoria per introdurre regole nel sistema.

Una qualche connessione tra funzione di regolazione (concepita come potere di adottare regole) e potere sanzionatorio è pertanto connaturata al modello delle Autorità indipendenti.

Si tratta, l'una volta, di una «connessione debole», che si apprezza in termini di rafforzamento dell'effettività della regolazione e, l'altra volta, di una «connessione forte», determinata dal fatto che l'Autorità, nell'esercizio del potere sanzionatorio, formula regole per il settore di intervento.

Bibliografia

Bani E., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per un analisi unitaria*, Torino, 2000;

Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977;

Brancasi A., *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.,* V, Torino, 1990, 83 ss.;

Casetta E., *Sanzione amministrativa,* in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 598 ss.;

Cassese S. (1), *Regolazione e concorrenza*, in Tesauro G. - D'alberti M., *Regolazione e concorrenza,* Bologna, 2000, 12 ss.;

Cassese S. (2), *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole,* 2002, 266 ss.;

Celone C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012;

Cerbo P., *Sanzioni amministrative,* in *Diz. dir. pubbl.* (diretto da Cassese S.), VI, Milano, 2006, 5424 ss.;

Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;

Clarich M. (1), *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello,* Bologna, 2005;

Clarich M. (2), *I programmi di clemenza nel diritto* antitrust, in *Dir. amm.,* 2007, 266 ss.;

Clarich M. (3), *Presentazione,* in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti,* Padova, 2011, XXXI ss.;

Clarich M. (4), *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario (profili generali)*, in *Enc. dir.,* Ann. V, Milano, 2012, 152 ss.;

D'alberti M. (1), *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro - D'alberti M., *Regolazione e concorrenza,* cit., 172 ss.;

D'alberti M. (2), *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica,* in *Annuario AIPDA 2006,* Milano, 2007, 33 ss.;

Durkheim E., *Les règles de la mèthode sociologique,* Paris, 1893, trad. it., *Le regole del metodo sociologico,* Milano, 1963;

Frego Luppi S.A., *L'amministrazione regolatrice,* Torino, 1999;

Freni E., *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM),* in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti,* cit., 810;

Giani L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002;

Giannini M.S., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio),* in Aa. Vv., *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* a cura di Amorosino S., Milano, 1991;

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie. Tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2013, 79 ss.;

La Spina A. - Capotorto S., *Le autorità indipendenti,* Bologna, 2008;

Leone C., *Gli impegni nei procedimenti* antitrust, Milano, 2012;

Licciardello S., *Le sanzioni ripristinatorie*, in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali,* Torino, 2012, 333 ss.;

Merton R.K., *Social Theory and Social Structure,* New York, 1957, trad. it., *Teoria e struttura sociale,* Bologna, 2000;

Monaco M.P., *I poteri della Commissione di garanzia alla luce degli ultimi interventi dei garanti,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, 387 ss.;

Morbidelli G., *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 763 ss.;

Napolitano G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;

Paliero C.E. - Travi A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 350 ss.;

Pantalone P., *Poteri impliciti delle* Authorities *e "torsioni" del principio di legalità,* in *www.astrid-online.it*, 2011;

Pellizzer F. - Buranello E., in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali,* cit., 8 ss.;

Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri,* Torino, 2007;

Ramajoli M. (1), *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione,* in *Dir. amm.,* 2008, 56 ss.;

Ramajoli M. (2), *Attività amministrativa e disciplina antitrust,* Milano, 1998;

Rangone N., *Regolazione,* in Cassese S. (a cura di), *Diz. dir. pubbl.,* V, Milano, 2006, 5057;

Sandulli M.A. (1), *Le sanzioni amministrative pecuniarie,* Napoli, 1982;

Sandulli M.A. (2), *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni Antitrust,* in *www.federalismi.it*, 2010;

Scoca F.G., *Attività amministrativa,* in *Enc. dir.,* Agg. VI, Milano, 2002, 76 ss.;

Silvestri G., *Poteri dello Stato (divisione dei),* in *Enc. dir.,* XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.;

Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche,* Bologna, 2007;

Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna*. *Vol I: Assolutismo e codificazione del diritto,* Bologna, 1976, 289 ss.;

Tesauro A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925;

Titomanlio R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria,* Milano, 2007;

Torchia L. (1), *Il controllo pubblico della finanza privata,* Padova, 1992;

Torchia L. (2), *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti,* in Cassese S. - Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole,* Bologna, 1996, 55 ss.;

Troise Mangoni W., *Il potere sanzionatorio della Consob,* Milano, 2012;

Wallace R.A. - Wolf A., *Contemporary Sociological Theory: Expanding the Classical Tradition,* Upper Saddle River, New Jersey, Pearson Education, 2006, trad. it. *La teoria sociologica contemporanea,* Bologna, 2008;

Zanobini G., *Le sanzioni amministrative,* Torino, 1924;

Ziotti P., *Pragrammi di clemenza nel diritto della concorrenza,* in *Dig. disc. pubbl.,* Agg., Torino, 2012, 575 ss.;

Zito A., *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.,* Ann. III, Milano, 2010, 805 ss.

IX. Il *sub* procedimento con impegni e il procedimento sanzionatorio: differenze e dipendenza

Carmela Leone

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il contenuto eterogeneo degli impegni scelti dall'impresa *versus* l'ordine di eliminazione delle infrazioni. – 3. Il procedimento ordinario di accertamento e il *sub* procedimento con impegni differenze e dipendenza. – 4. La conclusione del sub procedimento con impegni e del procedimento ordinario di accertamento: accordi e provvedimenti unilaterali.

1. *Premessa.*

Il decreto legge n. 223/2006, convertito nella legge n. 248/2006, ha introdotto all'interno della legge *antitrust* l'art. 14-*ter.* Tale norma sancisce la possibilità di chiudere il procedimento *antitrust* con una decisione con impegni prescrivendo che entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità – valutata l'idoneità di tali impegni – può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

Si è già avuto modo di mettere in evidenza [Leone, 2012] che la nuova disposizione legislativa non costituisce una assoluta novità. Infatti, sia nel diritto nazionale, sia nel diritto comunitario (in virtù del regolamento CE n. 4064 del 1989), gli impegni erano già utilizzati in materia di concentrazioni. Inoltre, l'art. 9 del regolamento n. 1 del 2003 aveva già previsto la possibilità che la Commissione potesse rendere obbligatori gli impegni per le imprese anche in materia di intese e di abuso di posizione dominante [Temple Lang, 2003; Wagner -Von Papp, 2012].

È fuor di dubbio interessante, perseguendo lo sforzo complessivo di collocare gli impegni nella struttura del procedimento sanzionatorio, cogliere la relazione intercorrente tra il procedimento ordinario di accertamento – che si potrebbe chiudere con l'irrogazione della sanzione – e il procedimento con impegni. A tal fine, si ritiene necessario procedere lungo tre direttrici.

In primo luogo, occorre prendere in considerazione il contenuto degli impegni presentati dalle parti, dai quali si ricava un'evidente eterogeneità che si rifletterà, poi, sulla distinzione tra l'esito del procedimento sanzionatorio e il procedimento con impegni. In secondo luogo, sarà necessario soffermarsi sulla collocazione degli impegni all'interno del procedimento sanzionatorio, ponendo l'attenzione sulla posizione degli impegni tra l'inizio dell'istruttoria (art. 12) e la sua conclusione con diffida e sanzione (art. 15). Infine, si tracceranno le differenze tra l'esito del procedimento principale e la conclusione del procedimento con impegni.

2. *Il contenuto eterogeneo degli impegni scelti dall'impresa versus l'ordine di eliminazione delle infrazioni.*

Val la pena, prima di analizzare il procedimento con impegni, di soffermarsi sul contenuto degli impegni presentati dalle imprese per rimuovere gli ostacoli all'accesso al mercato, in modo da consentire a nuovi operatori di offrire beni e servizi, o per tutelare direttamente i consumatori.

In numerosi casi il procedimento era iniziato per valutare la violazione delle regole *antitrust* a fronte di comportamenti integranti possibili abusi di esclusione [Siracusa, 2010], intendendo con questo termine le condotte commerciali finalizzate a estromettere i concorrenti al fine di monopolizzare il mercato anche attraverso la strategia di vendita basata sui prezzi predatori o imponendo condizioni inique di accesso alle infrastrutture (come è avvenuto nei settori del gas e delle telecomunicazioni).

Le imprese, al fine di eliminare i comportamenti escludenti in grado di ostacolare le società nuove entranti sul mercato del gas e dei trasporti e di limitare la loro posizione dominante, si sono impegnate a stipulare contratti con terzi, a dismettere parte della propria capacità produttiva (Autorità garante della Concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 16530, *Gestione ed utilizzo della capacità di rigassificazione,* del 6 marzo 2007, in *Bollettino* n. 8 del 2007), a modificare talune disposizioni statutarie.

Le imprese si sono, inoltre, assunte l'onere di eliminare le condotte destinate a incidere direttamente nella sfera giuridica dei consumatori, così come è avvenuto nei casi di modifiche ai codici deontologici (Autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 20613, *Ordine nazionale psicologi,* del 22 dicembre 2009, in *Bollettino* 51/2009 e Provvedimento n.16500, *Ordine dei medici veterinari di Torino,* del 21 febbraio 2007, in *Bollettino* 8/2007), alle commissioni bancarie (Autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 21615, *Accordi interbancari,* del 30 settembre 2010, in *www.agcm.it*.), alle procedure di attivazione di forniture ai clienti e delle condizioni di gestione degli stes-

si (Autorità garante della Concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 17481, *Enel distribuzione,* del 8 ottobre 2007, in *Bollettino* n. 39/2007).

In quest'ultimo caso, l'impegno assunto dall'impresa in posizione dominante nel mercato dell'energia, ha portato alla modifica della procedura di allacciamento, che imponeva di subordinare l'attivazione di una nuova fornitura di energia elettrica al pagamento di morosità pregresse di un precedente contraente e di intervenire sulla modifica delle procedure di gestione di clienti già attivati. Allo stesso modo, nel settore delle autostrade (Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 17069, *Autostrade/Carta prepagata Viacard,* del 26 luglio 2007, in *Bollettino* 28/2007), gli impegni dell' *incumbent* hanno consentito una diretta ed immediata tutela dei consumatori.

Non può sfuggire al commentatore che i contenuti degli impegni appaiono conformati dalla volontà dell'impresa: gli impegni sono eterogenei ma puntuali, non si limitano a prevedere una mera astensione dai comportamenti (sospettati) di essere anticoncorrenziali, ma definiscono le specifiche condotte da tenere per il futuro. Gli impegni sono sicuramente restrittivi della libertà d'impresa, ma sono scelti per incidere in minor misura nella sfera soggettiva delle stesse imprese.

Per il che si può sostenere con sicurezza che l'introduzione degli impegni nelle maglie (invero larghe) della legge *antitrust* modifica in misura significativa il ruolo dell'impresa, che acquisisce il potere attivo di definire la propria azione affrancandosi dal ruolo di mera destinataria del potere di diffida.

In altri termini, il legislatore ha consentito all'Impresa di definire il contenuto degli impegni mentre ha limitato il potere dell'Autorità che, sulla base dell'art. 15, può solo fissare «alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse».

Invero, l'Autorità ha riempito di contenuto il potere che la legge le aveva così genericamente attribuito, rendendolo, in tale maniera, un potere conformativo caratterizzato dalla possibilità di spingersi ad indicare alle imprese i comportamenti necessari per rimuovere l'infrazione. In questo modo, l'Autorità ha ritenuto di poter allargare le maglie del suo potere, indicando alle imprese la misura più opportuna per eliminare l'infrazione e la giurisprudenza amministrativa ha, in alcune sentenze, avallato l'operato dell'*Antitrust*.

Una simile operazione ha però sollevato dubbi in dottrina. Si è detto che, così facendo, l'Autorità *antitrust* assume funzioni di regolazione generale, orientando il mercato con un controllo assai penetrante nei confronti dell'agire imprenditoriale [Ramajoli, 1998]. Tali preoccupazioni possono essere condivise [Leone, 2012]. Si ritiene, infatti, che l'Autorità, spingendosi a indicare i comportamenti necessari per rimuovere l'infrazione, leda la libertà delle imprese. Queste ultime possono ricavare dall'attività di accertamento dell'infrazione, opera-

ta dall'*Antitrust*, il contenuto essenziale dell'obbligo di ripristinare le situazioni di concorrenza, ma restano tuttavia libere di scegliere all'interno del perimetro dell'accertamento.

Alla luce di queste premesse, si può accogliere con favore il più recente orientamento del Consiglio di Stato nella parte in cui ha affermato che «l'art. 15 della più volte citata legge n. 287/90, in effetti, nonché l'art. 5 del Reg. Ce n. 1/03 appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni o alla cessazione delle stesse e non consentono ad avviso del Collegio, di aggiungere all'ordine di rimozione della condotta antigiuridica una modifica strutturale del sistema» (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 421, in *Foro amm. CDS*, 2008, 477).

La prassi dell'Autorità, pur criticabile, risulta comunque significativa perché mostra i limiti di un potere meramente inibitorio per ristabilire le regole di concorrenza lese dal comportamento delle imprese. E manifesta la necessità di estendere i limiti del potere, nonchè una *forma mentis* non necessariamente sanzionatoria, ma volta a individuare le misure comportamentali e strutturali necessarie per ristabilire la concorrenza [v., *supra*, il lavoro di Trimarchi]. Tali esigenze sono state soddisfatte dal legislatore coniugando la funzione amministrativa con l'intervento del privato, come si è già avuto modo di dire [Leone, 2012] e come si vuole, oggi, ribadire.

3. *Il procedimento ordinario di accertamento e il sub procedimento con impegni differenze e dipendenza.*

A questo punto della trattazione è opportuno mettere a confronto il procedimento ordinario di accertamento e il procedimento con impegni, al fine di valutare, da un lato, se i due procedimenti si presentino strutturalmente diversi, dall'altro, se sussistano delle strette dipendenze o, al contrario, taluni margini di autonomia.

Al fine di comprendere le differenze tra il procedimento con impegni e l'ordinaria procedura di accertamento *antitrust*, è necessario soffermarsi sulla collocazione della disposizione che disciplina gli impegni all'interno della legge n. 287/90, inserita dopo l'articolo 12 che descrive l'avvio, e prima dell'articolo 15, che disciplina la chiusura dell'istruttoria. Pare, allo stesso modo, opportuno ricordare che nel testo del decreto legge gli impegni dovevano essere idonei a far cessare l'infrazione già accertata, mentre la legge di conversione ha previsto che gli impegni devono «far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria».

La volontà legislativa di inserire l'istituto degli impegni prima della conclusione del procedimento di accertamento dell'ipotesi anticoncorrenziale (art. 15),

nonché la modifica della norma nella legge di conversione, evidenzia, quindi, una volontà di semplificare la procedura di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale: gli impegni si presentano su una fattispecie d'illecito non ancora definitivamente accertata, proprio al fine di semplificare e rendere più celere la procedura.

La conseguenza di quanto appena affermato è che mentre nel caso di una procedura di accertamento ordinaria incombe sull'Autorità l'onere di dimostrare che si è realizzato un illecito antitrust, così come definito nell'atto di avvio dell'istruttoria, nel caso del procedimento per l'accettazione d'impegni, secondo quanto emerge dalla lettura della norma ed è confermato dai provvedimenti con impegni ad oggi emessi, sull'Autorità non incombe un simile onere probatorio. Dovrà limitarsi, cioè, a valutare la loro capacità di risolvere le preoccupazioni che emergono da quegli elementi che hanno portato l'Autorità a emettere l'atto di avvio, senza però che la complessa attività istruttoria della generale procedura di accertamento debba svolgersi.

Dopo aver rilevato che il procedimento è strutturalmente diverso, è necessario a questo punto valutarne i margini di eventuale autonomia rispetto al procedimento ordinario.

L'Autorità e i giudici amministrativi hanno definito il procedimento come incidentale, in quanto integrante un *sub* procedimento. E, infatti, da un lato, la presentazione degli impegni presuppone la pendenza di un procedimento sanzionatorio, da altro lato, le decisioni assunte in ordine a detti impegni sono idonee a seconda dei casi a estinguere il procedimento sanzionatorio, ovvero a farlo riprendere, a cominciare dalla fase istruttoria vera e propria.

La presentazione d'impegni si colloca all'interno del procedimento ordinario di accertamento, lo implementa con una diversa tematica e può giungere ad interromperlo. Sicché, è difficile sostenere l'autonomia dei due procedimenti oltre che la loro diversità: l'uno si innesta nell'altro, dato che solo l'apertura del procedimento ordinario consente la presentazione d'impegni e la chiusura positiva del procedimento con impegni preclude la prosecuzione del procedimento ordinario.

Il rapporto tra il *sub* procedimento e il procedimento principale si caratterizza, pertanto, per la circostanza che solo l'esito negativo del *sub* procedimento consente la continuazione di quello principale, mentre l'esito positivo di tale *sub* procedimento è, come si è detto, preclusivo della continuazione di quello principale.

Si tratta, dunque, di un *sub* procedimento il cui esito prefigurato (accoglimento degli impegni offerti, che vengono resi così obbligatori) interrompe definitivamente il procedimento principale, e la cui reiezione, al contrario, comporta la continuazione di quest'ultimo.

4. *La conclusione del sub procedimento con impegni e del procedimento ordinario di accertamento: accordi e provvedimenti unilaterali.*

Lo studio dei rapporti tra procedimento sanzionatorio e provvedimento con impegni non potrebbe dirsi concluso senza evidenziare il diverso esito del procedimento ordinario di accertamento e del *sub* procedimento con impegni: il primo si conclude con un provvedimento unilaterale, il secondo con un accordo [Cerulli Irelli, 2010; Leone, 2012; Libertini, 2006; Police, 2007; Scognamiglio, 2010; De Lucia - Minervini, 2010].

Se pur non sembra possibile, all'interno di queste brevi note, affrontare con completezza il problema dommatico dell'inquadramento degli impegni [già esaminato in altra sede, Leone, 2012] è comunque consentito trarre, dalle riflessioni appena sviluppate, talune argomentazioni a favore di una ricostruzione degli impegni come accordi amministrativi.

Si è detto che l'art. 14-*ter* valorizza il contributo dell'impresa che offre di impegnarsi a compiere determinate condotte onerose, ma che sono, tuttavia, in grado di arrecare, alla sua sfera giuridica ed economica, un sacrificio meno grave rispetto a quello scaturente dalla sanzione. L'impegno, infatti, si sostanzia nell'offerta di assumere prestazioni che, se ritenute idonee dalla Commissione e dall'*Antitrust* a risolvere i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, consentono all'Impresa di porsi al riparo dai rischi derivanti dalla prosecuzione del procedimento sanzionatorio. In altri termini, il contributo di volontà del privato risulta determinante e suscettibile di conformare il possibile contenuto della manifestazione di volontà dell'amministrazione.

La libertà d'impresa è "valorizzata", piuttosto che "repressa", per poter far fronte alle complesse esigenze di tutela del mercato, all'interno di un sistema antitrust che, ben prima dell'introduzione dell'art. 14-*ter,* aveva già previsto la possibilità di avvalersi del consenso dell'impresa. Del resto, è possibile individuare la presenza, nella originaria struttura della legge *antitrust* (art. 18, comma 2 della legge n. 287 del 1990) e dei Regolamenti europei (art. 8 del Regolamento n. 4064 del 1986), di norme volte a stimolare l'offerta di impegni da parte delle Imprese.

Ebbene, un inquadramento unilaterale e provvedimentale della determinazione dell'Autorità pare confliggere con il ruolo degli "impegni" presentati dall'Impresa e con la riferita funzione di proposta di un assetto condiviso di rapporti.

L'"impegno", infatti, significa offerta di assumere prestazioni onerose, ove le stesse consentano – se accettate – di acquisire una posizione di vantaggio o di evitare conseguenze maggiormente gravose: e la decisione dell'Autorità di "rendere obbligatori" tali impegni ha tutta la funzione tipica (anche se non la veste giuridica) dell'accettazione della proposta, che da luogo all'incontro delle volontà.

In secondo luogo, se anche non si dovessero condividere le argomentazioni fino a questo momento sviluppate, non si può non considerare che, qualora l'impegno venisse all'opposto considerato un provvedimento unilaterale, esso sarebbe a contenuto atipico e non riconducibile neppure al potere di diffida, che segue all'accertamento dell'infrazione, dato che l'art. 15 della legge circoscrive detto potere ad un ordine di «eliminazione delle infrazioni». Viceversa, come si è visto, il contenuto degli impegni può essere il più vario e «può far venir meno i profili anticoncorrenziali» con tutta una gamma eterogenea di interventi e di obblighi, che non sono affatto circoscritti alla «eliminazione delle infrazioni». Ma tale "*quid pluris*" non può che scaturire dalla partecipazione e dal contenuto volitivo dell'impresa soggetta alla procedura.

La proposta di impegno, infatti, "riempie" di contenuti il potere dell'Autorità e lo pone al riparo da censure di incostituzionalità, per la sua atipicità, aggravata dalla mancanza dell'accertamento dell'infrazione. Al contrario, il "provvedimento unilaterale" inciderebbe pesantemente sulla sfera giuridico-economica altrui senza alcun presupposto sostanziale che lo giustifichi.

Infatti, come si è già avuto modo di sottolineare [Leone, 2012] se si espungesse dalla fattispecie costitutiva del vincolo ogni contributo volitivo dell'impresa, ne residuerebbe un atto di tipo sanzionatorio, emesso in un contesto in cui verrebbero meno tutte le indefettibili garanzie richieste anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Europea, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda* e *Corte Europea,* 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*, in *Riv. it., dir. proc. pen.,* 1985, 894; Corte Europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, in *Riv. dir. trib.,* 2007, 34) perché un atto unilaterale di tal fatta possa legittimamente prendere vita. Viceversa, se si valorizza il contributo dell'impresa, che offre di impegnarsi a compiere determinate condotte virtuose, anche il contenuto degli obblighi assume un diverso significato: si tratta di un assetto di rapporti tutto sommato favorevole all'Impresa, perché in grado di arrecare meno nocumento rispetto alla sanzione. Il che è un risultato tipico di un processo di formazione dell'atto-fonte basato *sull'in idem placitum consensus* e, cioè, sull'accordo delle parti, piuttosto che sul potere unilaterale di una sola di esse.

L'affermazione della libertà d'impresa, nei termini di cui si è detto fino a questo momento, non può consentire di sminuire la funzione antitrust. L'offerta dell'impresa, se ritenuta idonea ad eliminare i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, si fonde con l'azione dell'Autorità, nell'esercizio della sua potestà: da qui l'inquadramento nel *genus* degli accordi, che pare la categoria giuridica più adatta a ricomprendere la complessa fattispecie.

L'Autorità *antitrust* agisce nell'esercizio di potestà e poteri amministrativi, conservando il regime giuridico dell'esercizio del potere, a cominciare dal vincolo di scopo dell'interesse pubblico alla tutela del mercato.

Del resto, si è già chiarito che il *sub* procedimento con impegni è strettamente dipendente, connesso con il procedimento ordinario di accertamento: la presentazione di impegni si colloca all'interno del procedimento ordinario. Tale stretta dipendenza conforta la tesi dell'esercizio di una potestà amministrativa anche nel procedimento con impegni. Infatti, se è fuor di dubbio che l'*Antitrust* eserciti all'inizio del procedimento antitrust la funzione di tutela del mercato attraverso l'esercizio di poteri che la contraddistinguono come autorità, del pari la medesima funzione non può non essere esercitata all'interno del *sub* procedimento che si apre con la domanda di parte, tanto più se si considera l'effetto interruttivo, che il primo può provocare nel secondo.

Bibliografia

Cerulli Irelli V., *"Consenso" e "Autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza* in *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato,* a cura di Rabitti Bedogni C. and Barucci P., Torino, 2010, 325;

Cintioli F., *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento,* in *www.giustamm.it;*

Cintioli F., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. Comm.*, 2008, 109;

Cintioli F., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust* a cura di Cintioli F. e Donati F., Torino, 2008, 7;

De Lucia L. - Minervini M., *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza, Mercato, Regole,* 2010, 510;

Leone C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust,* Milano, 2012;

Libertini L., *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2006, 1283;

Ramajoli M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust,* Milano, 1998;

Police A., *I "nuovi" poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, *Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di Cintioli F. e Olivieri G., Milano, 2007, 85;

Scognamiglio A., *Decisione con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto amministrativo,* 2010, 503;

Siracusa M., *Le decisioni con impegni,* in *20 anni di Antitrust*, *L'autorità garante nell'ultimo triennio tra crisi economica e nuovi poteri,* in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato,* a cura di Rabitti Bedogni C. and Barucci P., cit., 385;

Wagner F. - Von Papp, *Best and even better practice in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law"*, in *Common Market Law Review*, 2012, 929;

Temple Lang J., *Commitment decisions under Regulation 1/2003. Legal aspects of a new kind of competition decision*, in *European competition law review*, 2003, 347.

X. Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale

Letterio Donato

Sommario: 1. La specificazione della disciplina generale. – 2. La clausola di salvezza delle discipline speciali: deroghe alla disciplina generale. – 3. L'inapplicabilità della disciplina generale e l'antinomia apparente tra quest'ultima e la disciplina speciale. – 4. L'adattamento interpretativo della disciplina generale: il caso del termine per la notifica della contestazione degli addebiti.

1. *La specificazione della disciplina generale.*

Il procedimento di irrogazione delle sanzioni pecuniarie delle Autorità indipendenti presenta tratti differenziali rispetto a quello disciplinato in generale dalla l. n. 689/1981 in tema di sanzioni amministrative.

A determinare e giustificare gran parte di tali differenze è la dimensione "regolatoria" [su cui cfr., *infra*, il contributo di Trimarchi] che caratterizza il sistema delle sanzioni irrogate dalle *Autorithies* [Cerbo (1), 2006, 5426 ss.] riflettendosi sulla dinamica procedimentale.

Tanto premesso, va osservato che il rapporto tra i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti e il procedimento descritto dalla l. n. 689/1981 è multiforme.

In alcuni casi, infatti, la disciplina speciale si inserisce nel solco tracciato dalla disciplina generale, che non viene in alcun modo derogata; in altri, la disciplina speciale deroga, invece, espressamente alla disciplina generale; altre volte, ancora, presenta aspetti di incompatibilità con quest'ultima.

Uno dei principali ambiti in cui la disciplina di settore si inserisce nel solco di quella generale, limitandosi ad apportare alcune specificazioni, è quello dei criteri di quantificazione delle sanzioni [su cui cfr., in questo lavoro collettaneo, il contributo di Colapinto].

Ed infatti, benché le disposizioni generali in materia trovino applicazione nei procedimenti speciali, anche se non espressamente richiamate [Sandulli M.A., 2010, 14], la disciplina delle Autorità indipendenti indica criteri ulterio-

ri per la determinazione delle sanzioni con l'obiettivo precipuo di limitare la discrezionalità dell'organo preposto ed, al contempo, adattare le generiche previsioni contenute all'art. 11 della l. n. 689/1981 alle specificità delle fattispecie sanzionate.

Un esempio è costituito dal comma 4 dell'art. 19-*quater*, d.lgs. n. 252/05 (Covip), il quale prevede che la sanzione deve essere commisurata alla potenzialità lesiva della violazione, alle qualità personali del colpevole e al vantaggio arrecato.

Tali criteri sono una specificazione di quelli previsti dall'art. 11, l. n. 689/1981 che, nel disciplinare la determinazione delle sanzioni amministrative, prescrive di avere riguardo alla gravità della violazione (che dovrà essere valutata in ragione della potenzialità lesiva), alla personalità dell'agente, all'attività da questi prestata (che dovrà valutarsi tenendo conto anche delle qualità personali e dell'attività che l'agente avrebbe dovuto concretamente prestare) e, infine, alle condizioni economiche del sanzionato (sulla cui valutazione incide il vantaggio conseguito grazie alla violazione).

Sotto la stessa luce possono essere letti i criteri individuati dall'art. 15 della l. n. 287/1990, che integrano quelli generali dettati dall'art. 11 della l. n. 689/1981 [Sandulli M.A., cit., 15], o ancora le specificazioni contenute nella deliberazione dell'Aeeg del 2 ottobre 2008, ARG/com 144/08 (Tar Lombardia, Milano, sez. III, 7 febbraio 2013, n. 348).

Un ulteriore significativo esempio di specificazione dei criteri di commisurazione delle sanzioni si rinviene nelle «Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa», da ultimo dettate dalla Banca d'Italia, contenenti gli indici dai quali desumere la gravità della sanzione (Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa, par. 1.6).

Le disposizioni cui si è fatto cenno si pongono tutte nel solco tracciato dall'art.11, molto spesso espressamente richiamato dalle normative di riferimento, e non costituiscono, dunque, alcuna deroga alla disciplina generale.

2. *La clausola di salvezza delle discipline speciali: deroghe alla disciplina generale.*

Vi sono invece casi in cui la disciplina speciale contiene previsioni che si pongono apertamente in contrasto con quanto previsto dalla l. n. 689/1981: in tal caso opera la clausola di "salvezza" delle discipline speciali contenute all'art. 12 della legge generale [Pellizzer - Buranello, 2012, 8], oltre che il generale criterio di specialità.

Tra le ipotesi di deroga più frequenti vi è il divieto di oblazione [Cerbo (1), cit., 5429].

Per quasi tutti gli illeciti sanzionati dalle Autorità indipendenti è, infatti, previsto il divieto di applicare l'art. 16 della l. n. 689/1981 [ciò ad eccezione delle sanzioni indicate all'art. 193 del TUF per la violazione delle disposizioni sugli obblighi di comunicazioni delle partecipazioni rilevanti di cui all'art. 120, per le sanzioni comminate dal Garante per la *privacy* e per quelle irrogate dall'Agcom. Deve precisarsi, tuttavia, che la giurisprudenza più recente, in relazione al procedimento sanzionatorio condotto da quest'ultima Autorità, in ragione della peculiare articolazione dello stesso, ed in particolare dalla prevista possibilità, per il soggetto sanzionato, di evitare la sanzione cessando il comportamento contestato, ha ritenuto irragionevole l'applicazione della disciplina di favore contenuta all'art. 16, affermando, anche in questo caso, il divieto di oblazione (Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 novembre 2011, n. 8443)].

La *ratio* del divieto va rintracciata nella necessità di assicurare alla sanzione la capacità di dissuadere i potenziali trasgressori dal compimento di attività contrarie alle disposizioni normative. Ove si ritenesse applicabile l'art. 16, infatti, l'importo dell'oblazione, non essendo quantificato in ragione dei criteri individuati all'art. 11 della l. n. 689/1981, sarebbe prevedibile dai potenziali trasgressori, i quali potrebbero decidere di internalizzare i costi della sanzione, contravvenendo al precetto normativo tutte le volte in cui i ricavi concretamente realizzabili siano maggiori rispetto al costo dell'attività illecita calcolato tenendo conto dell'oblazione. Il legislatore, vietando l'oblazione, dunque, ha inteso evitare che un simile atteggiamento del trasgressore vanifichi la funzione afflittiva della sanzione e, ancor prima, quella di deterrenza [Clarich, 2011, XXXI; Cerbo (1), cit., 5424; Sandulli M.A., cit., 5].

Ad una logica simile risponde anche la previsione, ricorrente nella legislazione speciale, di limiti edittali nella commisurazione della sanzione che superano quelli individuati dalla l. n. 689/1981 (art. 10).

Trattandosi, infatti, di illeciti idonei a procurare ingenti vantaggi economici non quantificabili a priori, si è ritenuto opportuno riservare all'amministrazione un elevato grado di elasticità nella valutazione relativa all'ammontare della sanzione. Si pensi, ad esempio, alle sanzioni bancarie dove il limite massimo si attesta a cinquanta volte il minimo, all'ipotesi di condotte manipolative del mercato o ancora all'uso di informazioni privilegiate in cui la sanzione massima supere di 150 volte la sanzione minima.

La scelta del legislatore, dunque, anche in questo caso, è operata in funzione dell'effettività della sanzione [Sandulli M.A., cit., 5].

L'evidente scostamento rispetto alla cornice edittale prevista dall'art. 10 l. n. 689/1981, sembra inoltre essere riconducibile alla previsione di infrazioni non

compiutamente tipizzate, per sanzionare le quali il legislatore ha inteso lasciare alle Autorità indipendenti il potere di calibrare la sanzione irrogata in modo aderente alla violazione che concretamente è stata commessa. Va precisato che, nonostante la cornice edittale entro la quale è possibile determinare concretamente la sanzione sia particolarmente ampia, il rischio di qualsiasi arbitrio da parte delle Autorità indipendenti è scongiurato dall'operatività della disciplina di cui all'art. 11, l. n. 689/1981: sotto tale profilo, dunque, la deroga appare immune da critiche [Baldassarre, 2011, 514].

Un'ulteriore deroga espressa attiene al termine previsto, nei procedimenti sanzionatori condotti dalle Autorità indipendenti, per la notifica dell'atto di contestazione degli addebiti, che si differenzia rispetto a quello di 90 giorni individuato dall'art.14 della l. n. 689/1981.

Le discipline di settore individuano, infatti, un termine più lungo rispetto al termine generale (ad esempio il termine entro il quale la contestazione deve essere effettuata è doppio nel caso dell'art. 195 T.U.F. e dell'art. 45 del d.lgs. n. 93/2011, c. 5, è di 120 i giorni per i procedimenti condotti dall'Ivass (*ex* Isvap), è invece di 90 ai sensi dell'art. 145 del T.U.B.).

Tale scelta potrebbe essere giustificata dalla particolare complessità delle fattispecie contestate, tuttavia, deve rilevarsi che, come si dirà oltre (par. 4), le Autorità indipendenti già godono di una interpretazione di favore in ordine alla decorrenza di detto termine, circostanza questa che, quindi, rende piuttosto complesso rintracciare la *ratio* di siffatta deroga.

3. *L'inapplicabilità della disciplina generale e l'antinomia apparente tra quest'ultima e la disciplina speciale.*

Accanto alle ipotesi di deroga alla disciplina generale, sin qui brevemente esaminate, vi sono ipotesi rispetto alle quali l'applicazione della disciplina speciale in luogo di quella contenuta nella l. n. 689/1981 non comporta alcuna deroga alle previsioni contenute in quest'ultima.

Per chiarire questo punto bisogna tener presente che la l. n. 689/1981 contiene una auto-limitazione del proprio ambito di applicazione. L'art. 12, infatti, esclude l'operatività del Capo I della medesima legge ove: 1) la sanzione amministrativa comminata non consista nel pagamento di una somma di denaro; 2) la sanzione comminata segua ad un illecito di natura disciplinare; 3) il quadro normativo delineato dalla disciplina sanzionatoria di riferimento non sia compatibile con quello delineato dalla l. n. 689/1981.

Occorre soffermarsi su quest'ultima ipotesi di auto-limitazione.

L'inciso «in quanto applicabili» contenuto all'art. 12 è stato oggetto di un'interpretazione non sempre univoca da parte della giurisprudenza.

Per un verso, essa ha rilevato, esattamente, che «il limite alla "*vis espansiva*" delle disposizioni di cui al capo I della legge n. 689/1981 non va individuato nella sua "compatibilità" con la singola fattispecie sanzionatoria, in relazione alle finalità di rilievo pubblico che a mezzo di essa si è inteso perseguire, ma si raccorda alla nozione di "applicabilità" del quadro normativo ivi prefigurato».

Per altro verso, però, ha finito per individuare, quali indici della inapplicabilità della l. n. 689/1981, la natura non amministrativa dell'illecito, il carattere non pecuniario della sanzione, la non riconducibilità dell'illecito ad uno specifico codice di disciplina (Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17 dicembre 2012, n. 3061, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 marzo 2010, n. 573).

È del tutto evidente che l'individuazione di questi indici comporta un'abrogazione implicita della clausola secondo cui le disposizione contenute nella l. n. 689/1981 si applicano in quanto compatibili.

Sembra, allora, preferibile ritenere che la l. n. 689/1981 sia inapplicabile in tutti quei casi in cui l'impianto complessivo delineato dalla normativa dettata per le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti appaia incompatibile (strutturalmente o funzionalmente) con la disposizione contenuta nella legge generale, benché la sanzione irrogata abbia carattere pecuniario. Il parametro di riferimento è, quindi, rappresentato dal sistema sanzionatorio delineato dal legislatore a cui si applicano le singole disposizioni contenute nella l. n. 689/1981, lì dove queste si rivelino compatibili.

Aderendo a tale interpretazione, si ritiene che la clausola di salvaguardia prevista all'art. 12 operi in tutti i casi in cui una disposizione di legge (ovvero una fonte regolamentare da quest'ultima abilitata) rechi una disciplina puntuale del procedimento sanzionatorio affatto incompatibile rispetto a quella prevista in via generale dalla legge generale del 1981 (Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 306).

In queste ipotesi, come si accennava, non pare si possa discorrere di deroga alla disciplina generale: l'antinomia è apparente, essendo la stessa l. n. 689/1981 ad escludere la propria applicazione, in favore della disciplina incompatibile. Non si pone dunque né un problema di prevalenza della legge speciale su quella generale, né di prevalenza della legge sulle fonti di rango subordinato.

Le differenze procedurali che conducono alla incompatibilità tra la disciplina speciale e quella generale sembrano essere la diretta conseguenza della dimensione regolatoria che caratterizza anche i procedimenti sanzionatori condotti dalle Autorità indipendenti, la quale più che sulla funzione della sanzione [Pellizzer - Buranello, cit., 12] sembra incidere sulla struttura del procedimento che conduce alla sua adozione.

L'esempio più significativo di un simile atteggiarsi del rapporto tra la l. n. 689/1981 e le discipline di settore va rinvenuto nell'incompatibilità che sussiste tra le norme generali che si occupano delle fasi procedimentali successive all'atto di contestazione degli addebiti e le norme che disciplinano le medesime fasi procedimentali davanti alle Autorità indipendenti.

In relazione a queste fasi, il modello procedimentale descritto per l'adozione degli atti sanzionatori di competenza delle Autorità indipendenti non sembra assimilabile al modello procedimentale dettato dalla l. n. 689/1981 che, come noto, ricalca quello del processo penale, ma, piuttosto, sembra ricalcare il modello del procedimento amministrativo generale.

In questo senso depongono diversi elementi.

In primo luogo, la possibilità che l'organo incaricato di svolgere l'istruttoria prosegua l'attività anche dopo la notifica dell'atto di contestazione degli addebiti, cui può seguire, in alcuni casi, un atto di integrazione delle contestazioni (Banca d'Italia). Il supplemento istruttorio può, inoltre, essere sollecitato dall'organo decidente e quindi condotto dopo che l'ufficio preposto abbia già formulato la propria relazione finale (Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa, par. 1.5).

Tali facoltà si giustificano per la necessità di qualificare meglio i fatti che hanno dato avvio al procedimento di adozione dell'atto sanzionatorio avvalendosi della collaborazione dell'interessato nella ricerca di ulteriori elementi istruttori, collaborazione, peraltro, garantita dalla previsione di sanzioni a carico di chi ometta di fornire la documentazione richiesta o fornisca dati falsi (vedi Agcm; Consob; Banca d'Italia).

Appare significativo, inoltre, il richiamo al principio di leale collaborazione procedimentale contenuto nelle disposizioni in materia di «Sanzioni e procedura sanzionatoria», da ultimo adottate dalla Banca d'Italia, ma immanente in tutte le discipline speciali, dal quale emerge la funzione collaborativa, oltre che meramente difensiva, che si riconosce agli strumenti di partecipazione attivabili dinnanzi alle Autorità indipendenti.

Funzione, quest'ultima, particolarmente evidente in relazione all'audizione delle parti nel corso del procedimento, considerata funzionale all'acquisizione di elementi istruttori e non invece ad esigenze di difesa, come dimostrato dal fatto che il mancato svolgimento dell'audizione da parte dell'amministrazione non conduce necessariamente all'illegittimità del provvedimento sanzionatorio (Tar Lazio, sez. I, 22 marzo 2012, n. 2374).

Un ulteriore elemento a sostegno della tesi prospettata è costituito dalla facoltà del soggetto incolpato di interloquire solo con l'organo incaricato di svolgere l'istruttoria e non anche con quello cui è affidata la decisione finale.

Ciò rende il contraddittorio nei procedimenti sanzionatori condotti dalle Autorità indipendenti strutturalmente diverso da quello previsto in via generale dagli articoli 7 e 10, l. 7 agosto 1990, n. 241 [Grasso, 2011, 409].

A differenza di quanto previsto all'art. 18 della l. n. 689/1981, infatti, l'interessato non può presentare le proprie controdeduzioni direttamente all'autorità competente a decidere della sanzione ma, piuttosto, deve limitarsi a presentarle all'organo incaricato dell'istruttoria. Detta circostanza non ha mancato di suscitare le critiche della dottrina, da parte di coloro i quali hanno rinvenuto nella mancanza di contraddittorio con l'organo decidente una grave violazione del diritto di difesa del soggetto interessato [Troise Mangoni, 2012, 232; Villata - Goisis, 2008, 548].

Ancora, nell'impianto della l. n. 689/1981, all'organo istruttorio non compete alcuna proposta in ordine alla decisione: qualora non sia intervenuto il pagamento in misura ridotta, questo si limita a trasmettere un rapporto contenente la prova delle eseguite contestazioni o notificazioni all'autorità competente ad assumere la decisione.

Nel caso dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, invece, l'ufficio che si occupa dell'attività istruttoria successiva alla contestazione degli addebiti è chiamato a valutare le osservazioni difensive presentate dai soggetti che hanno ricevuto la contestazione ed a formulare una proposta di decisione – certamente non vincolante – che verrà inoltrata all'ufficio cui spetta la decisione.

L'organo dotato del potere di decisione non valuta, quindi, le osservazioni difensive presentate dagli interessati, ma la correttezza della proposta formulata dall'ufficio deputato ad istruire il procedimento.

Ulteriori indici che vanno nella direzione tracciata possono desumersi dal ricorso da parte di alcune Autorità indipendenti all'attività consultiva nei casi di particolare difficoltà o novità della questione sottoposta al proprio esame, senza che sul parere sia previsto alcun tipo di contraddittorio (in questo senso Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa, par. 1.5; Agcm; Tar Lazio, 4 giugno 2012, n. 5026).

Il procedimento così delineato si distacca evidentemente dal procedimento descritto dalla l. n. 689/1981 che, dunque, per questi aspetti si rivela strutturalmente incompatibile rispetto ai procedimenti sanzionatori condotti dalle Autorità indipendenti.

L'assunto che si è tentato di dimostrare sembrerebbe essere confermato da quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene applicabile ai provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti il precetto contenuto all'art. 21-*octies,* secondo comma (Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935; Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 maggio 2012, n. 3975), ossia una disciplina generalmen-

te ritenuta non applicabile alle sanzioni amministrative pecuniarie di cui alla l. n. 689 (Tar Lazio, Latina, sez. I, 13 gennaio 2009, n. 23) (salvo che a quelle in cui è spiccata la funzione ripristinatoria, come nel caso delle sanzioni edilizie – *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2009, n. 3029 – il cui procedimento, non a caso, ricalca quello dei procedimenti amministrativi in genere) dove la natura afflittiva della sanzione impone una disciplina improntata a una severa applicazione del principio di legalità anche nelle sue proiezioni formali.

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che il richiamo all'applicazione dell'art. 21-*octies* «è il più chiaro elemento che induce a ritenere come lo schema di riferimento sia quello tipico del procedimento amministrativo, pur con le tipicità esclusive proprie del procedimento disciplinare o giurisdizionale» (Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 maggio 2012, n. 3975).

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi proposta può, infine, desumersi dal fatto che la giurisprudenza assegna carattere ordinatorio e non perentorio ai termini infraprocedimentali e di conclusione del procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti (Cass. civ., sez. II, 7 agosto 2012, n. 14210; Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935; Cass. civ., sez. II, 23 gennaio 2008, n. 1469; Cass. civ., sez. II, 01 marzo 2007, n. 4873; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 345).

Si giunge a questa conclusione argomentando alla luce della prevalenza dell'art.18 della l. n. 689/1981, il quale non prevede alcun termine di conclusione del procedimento, sugli eventuali termini indicati nei regolamenti di settore.

Alla luce di quanto da ultimo sostenuto, circa la struttura ordinaria del procedimento, invece, sembra che l'ordinarietà dei termini vada spiegata diversamente. Si tratta non già di rilevare la prevalenza della disciplina legislativa generale sui regolamenti di settore, bensì di riconoscere che i procedimenti che si svolgono davanti alle Autorità indipendenti sono procedimenti amministrativi "ordinari": procedimenti ai quali pertanto non si applica, con riferimento agli istituti e alle fasi precedentemente individuate, la l. n. 689/1981, ma i principi della l. n. 241/1990 che, come noto, non prevedono la perentorietà dei termini (Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 maggio 2012, n. 3975).

Qualora si optasse per una caratterizzazione in senso sanzionatorio puro del procedimento che si svolge davanti alle Autorità indipendenti, la soluzione favorevole alla perentorietà del termine per provvedere sarebbe da preferire, in quanto la più idonea a garantire l'effettività del diritto di difesa all'interno del procedimento, così come dovrebbe escludersi recisamente l'applicabilità dell'art. 21-*octies*.

Non a caso, del resto, tutte le volte in cui la giurisprudenza ha assunto quale punto di partenza quello della struttura sanzionatoria "pura" dei procedimenti condotti dalle Autorità indipendenti, è giunta ad affermare tanto la perentorietà

dei termini di conclusione del procedimento, tanto l'inapplicabilità dell'art. 21-*octies,* escluso in ragione della presenza di un tasso di discrezionalità coessenziale alla natura del provvedimento stesso (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542).

La dimensione "regolatoria" del procedimento sanzionatorio ha, infine, condotto la giurisprudenza ad affermare l'operatività della clausola di salvaguardia contenuta all'art. 12 per le sanzioni comminate dall'Agcom e dall'Agcm per la violazione della diffida inviata agli interessati a seguito della comunicazione di avvio della procedura [Freni, 2011, 866 ss.].

In questo caso, la giurisprudenza ha ritenuto incompatibile con la struttura del procedimento delineato dalla normativa di riferimento le prescrizioni contenute all'art.14 che prevedono l'invio di un atto di contestazione degli addebiti.

Si ritiene infatti sufficiente a garantire la posizione del sanzionato il primo atto di contestazione inviato al momento dell'apertura del procedimento (Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 2002, n. 2625; Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 novembre 2011, n. 8443).

4. *L'adattamento interpretativo della disciplina generale: il caso del termine per la notifica della contestazione degli addebiti.*

Vi è, infine, un'ulteriore ipotesi, in cui non si ha una vera e propria deroga o un'inapplicabilità della disposizione normativa contenuta nella l. n. 689/1981 quanto, piuttosto, un significativo scostamento dalla normale applicazione delle disposizioni in essa contenute.

È il caso del regime del computo del termine per la notifica della contestazione degli addebiti.

Sul punto, la giurisprudenza ha ormai da tempo chiarito che il *dies a quo* per la notifica dell'atto di contestazione degli addebiti, nel caso degli illeciti puniti dalle Autorità indipendenti, inizia a decorrere dal momento in cui era ragionevolmente possibile per l'Autorità competente qualificare la fattispecie.

È bene chiarire come, in questo caso, la giurisprudenza, pur ritenendo applicabile l'art. 14 [oggi, alla luce del c. 5 dell'articolo 45 del decreto legislativo n. 93 del 2011, anche al procedimento sanzionatorio condotto dall'Aeeg, generalmente escluso dall'operare della clausola di compatibilità di cui all'art.12 (Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 306)], il quale prevede l'obbligo di notifica degli estremi della violazione entro il termine perentorio di 90 giorni dall'accertamento, finisce per discostarsi significativamente dalla normale applicazione dello stesso, prevedendo che, ai fini del computo del termine, non rileva la semplice apprensione delle risultanze istruttorie quanto piuttosto il momento in cui è pos-

sibile ragionevolmente ritenere che l'Autorità fosse in grado di desumere da queste la violazione dei precetti normativi.

Così facendo, la giurisprudenza adotta una soluzione di compromesso, che consiste nell'individuare il *dies a quo* attraverso una valutazione *ex post* dell'estensione della fase di accertamento, secondo i canoni di ragionevolezza e congruità e tenendo conto delle circostanze e della complessità del caso concreto. Si è tentato, dunque, di trovare un punto di equilibrio tra le due contrapposte posizioni sostenute rispettivamente dalle Autorità e dai sanzionati: le prime, le quali volevano che il termine iniziasse a decorrere dal momento in cui le risultanze istruttorie fossero state completate e portate dinnanzi all'organo collegiale preposto all'istruttoria stessa; i secondi, i quali ritenevano che il *dies a quo* dovesse essere rintracciato nel giorno in cui l'Autorità fosse venuta a conoscenza – generalmente mediante un'ispezione – del fatto alla base del provvedimento sanzionatorio [Camilli - Clarich, 2007, 1158]. Si afferma, così, che la data di decorrenza del termine deve essere individuata dal giudice di merito, non nel momento in cui le valutazioni che sanciscono la conclusione dell'accertamento sono state compiute, ma in «quello in cui avrebbero potuto – e quindi dovuto – esserlo» (*ex multis*, Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5395; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17 dicembre 2012, n. 3061) Si consente, dunque, all'Autorità una completa valutazione delle circostanze utili ad evidenziare la ricorrenza della fattispecie sanzionata, evitando di far gravare eventuali disfunzioni organizzative e ritardi ingiustificati dell'Autorità sul sanzionato.

Detto scostamento trova la sua *ratio* giustificatrice nella complessità dell'accertamento che l'Autorità è chiamata a compiere, nonché, nel concreto atteggiarsi dell'attività sanzionatoria quale momento di chiusura del rapporto complesso e continuativo tra regolatore e vigilato. Tuttavia la soluzione prescelta rende assai complesso individuare il momento in cui viene avviata l'istruttoria finalizzata all'esercizio del potere sanzionatorio [Camilli - Clarich, cit., 1162].

Nel caso di specie, ad essere incompatibile con la ordinaria applicazione della disciplina generale, è la particolare fattispecie sanzionatoria così come descritta dalla normativa di riferimento, la cui non compiuta predeterminazione impone un'attività di qualificazione da parte dell'Autorità che va ben oltre il mero procedimento di circolare sussunzione tra le circostanze di fatto e l'enunciato normativo.

Detta attività di qualificazione che l'Autorità indipendente è chiamata a compiere è incompatibile rispetto al regime di decorrenza del termine previsto dall'art.14, così come è incompatibile rispetto alla contestazione immediata dell'addebito. Quest'ultimo, in particolare, nel caso dei procedimenti sanzionatori condotti dalla Consob e dalla Banca d'Italia, è addirittura escluso dal fatto che l'atto di contestazione è di competenza di organi differenti rispetto a quelli che conducono la "prima" attività istruttoria.

La dottrina non ha mancato di criticare le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza mettendo in rilievo i limiti che una simile interpretazione della decorrenza del termine per l'invio dell'atto di contestazione ha rispetto ai principi del contraddittorio e di certezza del diritto [Camilli - Clarich, cit., 1171].

Invero, alcuni regolamenti contengono al loro interno una disciplina di maggiore dettaglio idonea ad attenuare il problema della decorrenza del termine di contestazione. È questo il caso del regolamento che disciplina le sanzioni irrogate dalla Covip (deliberazione del 30 maggio 2007) che, all'art. 3, c. 3, individua almeno due ipotesi in cui la decorrenza del termine è connessa ad accadimento procedurale temporalmente certo: qualora le irregolarità siano state riscontrate nel corso delle ispezioni il termine decorre, infatti, dalla conclusione degli accertamenti ispettivi; nell'ipotesi in cui le irregolarità siano portate a conoscenza della Covip con provvedimento dell'autorità giudiziaria, il termine decorre dalla data di ricezione della comunicazione.

Occorre, tuttavia, precisare che anche in questi casi, nonostante la presenza di un'espressa previsione regolamentare, la giurisprudenza ha finito per ribadire il principio generale espresso sul punto, che come detto tiene conto del tempo che ragionevolmente sarebbe occorso ad accertare l'illecito.

Sembrano essere intrise della medesima *ratio* le prescrizioni da ultimo dettate dalla Banca d'Italia in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria in cui, per la prima volta, viene disciplinata la fase di accertamento della violazione: in questo caso, si individua a seconda del procedimento sanzionatorio svolto – e non già della modalità di accertamento – il termine in cui si perfeziona l'accertamento e da cui, quindi, inizia a decorrere il termine per la notifica dell'atto di contestazione degli addebiti.

Bibliografia

Baldassarre A., *Le sanzioni della Banca d'Italia,* in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 514 ss.;

Cerbo P., *Sanzioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl*, (diretto da Cassese S.), VI, Milano, 2006, 5424 ss.;

Camilli E.L. - Clarich M., *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di cassazione*, in *Giur. comm.*, 2007, 6, 1158;

Clarich, *Presentazione*, in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., XXXI ss.;

Freni E., *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*, in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 810;

Grasso L., *La Corte d'Appello di Torino promuove il procedimento sanzionatorio della Consob ma annulla le sanzioni per il ritardo nella contestazione*, in *Giur. comm.* 2011, 409 ss.;

Paliero C.E. - Travi A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 350 ss.;

Pellizzer F. - Buranello E., in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 8 ss.;

Sandulli M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni Antitrust*, in *www.federalismi.it*, 2010;

Troise Mangoni W., *Il poteresanzionatorio della Consob*, Milano, 2012;

Villata R. - Goisis F., *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in De Angelis L. - Rondinone N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, Torino, 2008, 541 ss.

XI. I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici

Massimo Monteduro

Sommario: 1. Premessa: la marcata eterogeneità tra i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti in base ai rispettivi regolamenti. – 2. Classificazione delle fonti e dei loro rapporti ai fini dell'individuazione di principi comuni applicabili ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti. – 3. Le relazioni tra l. n. 241/1990, l. n. 689/1981, leggi di disciplina delle Autorità e relativi regolamenti sanzionatori: il paradigma dominante. – 4. Presupposti e ragioni di una critica: la centralità ordinamentale della l. n. 241/1990. – 5. L. n. 241/1990 e l. n. 689/1981: il criterio della specialità a confronto con la plurifunzionalità del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. – 6. *(segue)* L'attività di regolazione amministrativa indipendente come circolo di azione, reazione e retroazione: regolazione *ex ante* e *generaliter* (in sede di indirizzo) e regolazione *ex post* e *singulatim* (in sede sanzionatoria). – 7. Le possibili conseguenze di un mutamento del paradigma dominante: l'impatto dei principi della l. n. 241/1990 sul procedimento sanzionatorio delle Autorità. – 7.1. Iniziativa e pre-istruttoria. – 7.2. Termine massimo di conclusione del procedimento. – 7.3. *(segue)* Una proposta ricostruttiva alla luce dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: la presunzione *iuris tantum* di illegittimità dei provvedimenti sanzionatori adottati in violazione del termine massimo di 180 giorni *ex* art. 2, c. 4, l. n. 241/1990.

1. *Premessa: la marcata eterogeneità tra i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti in base ai rispettivi regolamenti.*

La disciplina giuridica dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti esibisce una marcata differenziazione, ai limiti dell'incoerenza del quadro complessivo, tra le varie autorità.

Ciascuna Autorità sembra enfatizzare la particolare complessità delle proprie funzioni come giustificazione per un esercizio del potere di autonormazione, in forma regolamentare, in maniera tale da disegnare modelli procedimentali eterogenei e multipli, su misura delle proprie peculiarità: ne emerge una tendenza centrifuga che dà vita, agli occhi dell'interprete, a un paesaggio estremamente frastagliato.

Solo per fare degli esempi (e rinviando, per l'analisi dei singoli procedimenti sanzionatori, ai contributi contenuti nel presente lavoro), bastino i seguenti rilievi.

I regolamenti di alcune Autorità disciplinano espressamente la «pre-istruttoria» del procedimento sanzionatorio: a titolo esemplificativo, in questo senso, la Delibera Agcm 8 agosto 2012, n. 23788 recante il Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie (art. 5), o la Delibera Avcp del 2 marzo 2010 recante il Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio (art. 3).

Al contrario, i regolamenti di altre Autorità indipendenti sono del tutto silenti circa la pre-istruttoria.

I regolamenti di alcune Autorità non prestabiliscono volutamente alcun termine massimo di conclusione del procedimento amministrativo: è il caso, ad es., della Delibera Aeeg 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, recante il nuovo Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni, nelle cui premesse si legge che «sui termini del procedimento, l'Autorità ritiene (…) di non accogliere la proposta di fissare in via generale nel presente regolamento il termine massimo di conclusione del procedimento, in considerazione della eterogeneità delle violazioni, della diversità degli elementi di volta in volta raccolti in fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della conseguente diversa complessità dei procedimenti sanzionatori volti ad accertare le violazioni; l'Autorità ritiene quindi che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità; per le stesse ragioni – al di là della natura pacificamente ordinatoria dei termini dei procedimenti sanzionatori – non è possibile prevedere, in via generale, la prorogabilità, per una sola volta, del termine finale del procedimento (…) quanto alla presunta minore lesività della condotta in caso di mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento l'Autorità ricorda che tale circostanza non solo non consuma né affievolisce il potere sanzionatorio dell'Autorità, ma è semmai indice di un maggiore approfondimento istruttorio a garanzia delle esigenze di difesa e di contraddittorio».

Viceversa, i regolamenti di altre Autorità stabiliscono, in via generale, un termine massimo di conclusione del procedimento sanzionatorio: anche in questo caso, tuttavia, l'eterogeneità tra i diversi regolamenti è sorprendente. Il termine massimo spazia dai 2 anni previsti per la conclusione del procedimento di irrogazione delle sanzioni pecuniarie dell'Ivass (art. 12, comma 4, del Regolamento Ivass n. 1 dell'8 ottobre 2013) sino ai 60 giorni previsti per il procedimento sanzionatorio della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (art. 4, comma 4-*quater*, l. n. 146/1990), passando per tutte le possibili durate intermedie (ad es., i 180 giorni stabiliti dall'art. 6,

comma 1, del Regolamento adottato dall'Avcp con Delibera del 2 marzo 2010 in materia di esercizio del potere sanzionatorio; i 120 giorni – 90 giorni successivi alla scadenza del termine indicato nella comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 3, comma 3, lett. b), del Regolamento, quest'ultimo pari a 30 giorni – di cui al Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio nei confronti delle SOA, adottato dalla stessa Avcp in data 15 marzo 2011, etc.).

Anche in ordine alla disciplina della sospensione del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio ogni Autorità ha stabilito, in autonomia, regole eterogenee. Alcune hanno previsto la possibilità di sospensione del termine fino a 180 giorni (così la Banca d'Italia, all'art. 8, comma 3, del Provvedimento del 25 giugno 2008, richiamato dall'art. 1.4 del Provvedimento del 18 dicembre 2012, intitolato «Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa»); altre hanno stabilito un termine massimo di sospensione di 120 giorni (ad es. l'Avcp, all'art. 6, comma 2, del Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio adottato dall'Avcp con Delibera del 2 marzo 2010); altre ancora di 60 giorni (così l'Agcom, all'art. 7, comma 3, del Regolamento in materia di procedure sanzionatorie adottato con Deliberazione n. 136/06/CONS).

L'elenco dei profili di eterogeneità, a questo punto, è appena all'inizio.

2. *Classificazione delle fonti e dei loro rapporti ai fini dell'individuazione di principi applicabili ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti.*

In chiave ricostruttiva, può risultare efficace l'immagine di un campo di forza quadripolare, al cui interno il gioco delle opposte tensioni attrattive e repulsive genera un equilibrio instabile.

I quattro poli, che interagiscono nel co-determinare il regime giuridico dei procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, sono:

(i) la legge n. 241 del 1990 (fornita in parte di "copertura" costituzionale *ex* art. 117, comma 2, lettera m], Cost.), generale in senso "orizzontale" perché relativa a tutti i procedimenti amministrativi;

(ii) la legge n. 689 del 1981, generale in senso "verticale" perché relativa ai procedimenti amministrativi sanzionatori;

(iii) le leggi speciali istitutive e disciplinatrici delle Autorità indipendenti, nelle parti in cui specificano (il che accade spesso, ma non sempre) alcune regole relative ai procedimenti sanzionatori di competenza delle singole Autorità;

(iv) i regolamenti speciali adottati dalle Autorità nell'esercizio della loro autonomia normativa (proiezione peculiare del carattere dell'indipendenza), aventi ad oggetto la disciplina di dettaglio dei diversi procedimenti sanzionatori.

3. *Le relazioni tra l. n. 241/1990, l. n. 689/1981, leggi di disciplina delle Autorità e relativi regolamenti sanzionatori: il paradigma dominante.*

Il problema preliminare è quello di configurare correttamente i rapporti – di prevalenza, in caso di contrasto, e di integrazione, in caso di lacune – tra i quattro *corpora* normativi da (i) a (iv).

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie hanno complessivamente privilegiato, sinora, uno schema secondo cui dovrebbe darsi tendenzialmente prevalenza alla disciplina autonoma di fonte regolamentare *sub* (iv), grazie alla copertura derivante dalla specialità delle leggi *sub* (iii) le quali, di volta in volta, rinviano all'adozione di regolamenti da parte di ciascuna Autorità.

Accedendo a questo schema, le disposizioni della l. n. 241/1990 potrebbero applicarsi soltanto alle seguenti condizioni:

- se e per quanto non sia diversamente disposto dai regolamenti *sub* (iv);
- in via residuale, nel silenzio dei regolamenti delle Autorità, in quanto compatibili con questi ultimi.

Ne deriverebbe una sorta di "cedevolezza" della legge generale sul procedimento amministrativo rispetto alle discipline speciali proprie di ogni Autorità.

Una sorte simile toccherebbe anche alla l. n. 689/1981: si rinvia, su questo profilo, al contributo di Donato in questo lavoro collettaneo, il quale sottolinea che l'art. 12 della l. n. 689/1981 esclude l'applicazione di quest'ultima «quando il quadro normativo delineato dalla disciplina sanzionatoria di riferimento non sia compatibile con quello delineato dalla l. n. 689/1981 […] si ritiene che la clausola di salvaguardia prevista all'art. 12 operi in tutti i casi in cui una disposizione di legge (ovvero una fonte regolamentare da quest'ultima abilitata) rechi una disciplina puntuale del procedimento sanzionatorio affatto incompatibile rispetto a quella prevista in via generale dalla legge generale del 1981».

In giurisprudenza[1], ad esempio, con riferimento all'Ivass, è stato affermato che «il procedimento per la irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle disposizioni del d.lgs. 7 maggio 2005, n. 209 è disciplinato, in via diretta e autonoma, dallo stesso codice delle assicurazioni (art. 326 ss.) e dai regolamenti dell'Isvap […] La struttura del procedimento sanzionatorio, come disegnato dal d.lgs. n. 209/2005 e dal regolamento Isvap n. 1 del 15 marzo 2006, è del tutto peculiare e irriducibile alle disposizioni generali della legge n. 689/1981, in quanto articolata in precipue fasi con adozione di atti intermedi entro specifici termini» (TAR Lazio, sez. I, 11 ottobre 2011, n. 7864).

[1] Le pronunce della giurisprudenza amministrativa citate nel testo sono tratte dal sito istituzionale *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

In ordine all'Agcm, sempre a titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha statuito che «la disciplina normativa di riferimento, alla cui luce condurre il vaglio di legittimità della gravata determinazione, va individuata nel d.lgs. n. 206 del 2005 – recante il Codice del consumo – e nel Regolamento sulle procedure istruttorie, adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007 n. 17589, non potendo trovare applicazione, quanto ad adempimenti procedimentali, la legge n. 241 del 1990 richiamata dalle società ricorrenti, la cui operatività, in quanto legge di carattere generale, trova il proprio limite nell'intervenuta compiuta normazione della materia con disciplina specifica avente carattere speciale […] la disciplina dettata in materia di pratiche commerciali scorrette, non prevede quindi, alcuna comunicazione dei motivi che condurranno all'adozione di provvedimenti sfavorevoli alla parte, richiamata la non applicabilità ai relativi procedimenti di accertamento delle norme dettate dalla legge n. 241 del 1990, ostandovi il carattere speciale della disciplina dettata per tale ambito di materia» (Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 febbraio 2011, n. 1585).

In dottrina, si è rilevato che se è vero, da un lato, che «la legge n. 241 del 1990 trova applicazione anche per gli organismi indipendenti», dall'altro lato «vero è, tuttavia, che le leggi istitutive delle singole Autorità contengono spesso conferimenti di "autonomia", che consentono ai nuovi soggetti di darsi regole proprie e specifiche, utilizzando lo strumento regolamentare […] deve notarsi come la copertura legislativa sia di solito meramente formale, tanto che i regolamenti hanno piena libertà di configurare modelli procedimentali originali» [così Cuocolo, 2007, 617; cfr. altresì Passaro, 2011, 974 ss.; Sandulli M.A., 2010, 8 ed ivi la giurisprudenza citata alla nt. 18; Camilli, 2012, 173].

Le stesse Autorità indipendenti, nei propri regolamenti sui procedimenti sanzionatori, hanno mostrato di prediligere questo approccio.

Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla Aeeg. Quest'ultima, nelle premesse della citata Delibera 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, afferma che «il decreto legislativo 93/2011 prevede che l'Autorità disciplini il procedimento sanzionatorio in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie; la disciplina dei procedimenti sanzionatori ha carattere speciale rispetto alla disciplina generale dei procedimenti individuali dell'Autorità dettata dal d.P.R n. 244/2001, nonché alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, di cui alla legge n. 689/1981, e in materia di procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241/1990».

Da questa premessa sembrerebbe dedursi che l'Autorità configuri, a monte, un rapporto di specialità (con conseguente prevalenza della *lex specialis* sulla *lex generalis*) tra la fonte normativa di rango primario che prevede il potere sanzionatorio dell'Aeeg, ossia il d.lgs. n. 93/2011, e la fonte normativa di rango primario

che contiene la disciplina generale sul procedimento amministrativo, ossia la l. n. 241/1990; per derivazione, a valle, il regolamento sui procedimenti sanzionatori adottato dalla Aeeg, in quanto attuativo del d.lgs. n. 93/2011, si integrerebbe con quest'ultimo in un unico *corpus legis specialis*, in grado di disgiungersi dalla *lex generalis* rappresentata dalla l. n. 241/1990.

Tuttavia, tale assunto è discutibile: il d.lgs. n. 93/2011, nel disciplinare all'art. 45 i poteri sanzionatori della Aeeg, si limita ad attribuire all'Autorità un potere regolamentare in materia di procedimenti sanzionatori ma non prefigura, né espressamente né implicitamente, alcuna derogabilità della l. n. 241/1990 ed, anzi, impone alla Aeeg il «rispetto della legislazione vigente».

La stessa Aeeg, non a caso, in altro punto delle premesse della stessa Delibera 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, si mostra consapevole della problematicità di tale concorso tra fonti, laddove cautelativamente afferma che «il presente Regolamento non altera il sistema delle fonti del diritto e pertanto esso convive, nel rispetto del principio gerarchico e di specialità sotteso all'art. 45, del d.lgs. n. 93/2011, con fonti di rango primario e secondario, tra le quali in particolare la legge n. 241/90, la legge n. 689/1981, il d.P.R. n. 244/2001; alla luce di tale circostanza, le richieste di informazioni e documenti, ispezioni e accessi, consulenze e perizie, accesso agli atti, istanze e segnalazioni, sono disciplinate dalle disposizioni vigenti, tra le quali quelle del d.P.R. n. 244/2001». In questo modo l'Aeeg, dopo aver rivendicato nettamente la specialità della propria disciplina regolamentare (per derivazione dall'asserita specialità della disciplina normativa di rango primario dettata dal d.lgs. n. 93/2011) rispetto alle leggi n. 241/1990 e n. 689/1981, rimette in gioco il criterio della gerarchia, senza però chiarire come quest'ultimo si contemperi con il criterio di specialità quanto al rapporto tra i regolamenti dell'Autorità e le leggi nn. 241 e 689, nel caso di contrasto tra i primi e le seconde.

4. *Presupposti e ragioni di una critica: la centralità ordinamentale della l. n. 241/1990.*

Occorre interrogarsi sull'effettiva tenuta di questo paradigma, tuttora dominante, alla stregua dell'ordinamento complessivo.

La tesi che relega la l. n. 241/1990 a un ruolo ancillare e subalterno non persuade: sembra necessario rivalutare, all'opposto, la centralità della legge generale sul procedimento amministrativo come fattore di una possibile "normalizzazione" – nel segno di uno statuto comune di garanzie minime per gli amministrati – del variegato e disorganico quadro dei diversi procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti.

L'art. 29 della l. n. 241/1990 (letto in combinato disposto con altre disposizioni quali l'art. 2, commi 3, 4 e 5 della l. n. 241/1990 e l'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009) fornisce argomenti in favore della seguente tesi:

- l'autonomia normativa (di tipo regolamentare) attribuita alle Autorità indipendenti, organismi costituzionalmente non contemplati, non può essere ritenuta superiore, in termini di intensità e di ampiezza, all'autonomia normativa (di tipo statutario e, per le Regioni, legislativo) attribuita alle Regioni e agli Enti locali, quali enti territoriali democraticamente rappresentativi, costituzionalmente necessari e dall'autonomia costituzionalmente garantita;
- ai sensi dell'art. 29 della l. n. 241/1990, le Regioni e gli Enti locali «non possono stabilire garanzie inferiori» rispetto ai «livelli essenziali delle prestazioni *[LEP]* di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione», ma solo «prevedere livelli ulteriori di tutela»; le disposizioni della l. n. 241/1990 «concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti» configurano altrettanti LEP [cfr. sul tema Caridà, 2013; Morbidelli, 2010; Celotto, 2009; Mattarella, 2009, *I procedimenti*];
- ne deriva che un'identica soggezione ai LEP di cui alla l. n. 241/1990 deve imporsi, *a fortiori*, per amministrazioni costituzionalmente non contemplate quali sono le Autorità indipendenti;
- dunque, anche quando disciplinano con propri regolamenti i procedimenti sanzionatori, le Autorità indipendenti sono tenute a rispettare i livelli minimi di garanzia stabiliti, *ex* art. 29, dalle disposizioni-chiave della l. n. 241/1990.

Deve, in definitiva, essere riaffermato un principio, nitido sul piano della teoria delle fonti ma spesso negletto sul piano del diritto vivente e della prassi: sono i regolamenti delle Autorità indipendenti, per il criterio della gerarchia, a dover cedere rispetto alla l. n. 241/1990; non può affermarsi il contrario invocando il criterio della specialità.

Il criterio della specialità è invocabile correttamente soltanto in ordine al rapporto tra la l. n. 241/1990 e:

- le leggi istitutive e disciplinatrici delle singole Autorità, da un lato;
- la l. n. 689/1981, dall'altro lato.

Si tratta, infatti, di leggi statali di pari forza nella gerarchia delle fonti.

Applicando il criterio della specialità:

- le leggi istitutive e disciplinatrici delle singole Autorità prevalgono, in quanto speciali per oggetto (procedimenti sanzionatori) e soggetto (le Autorità

indipendenti), sia sulla l. n. 689/1981, in quanto speciale solo per oggetto (procedimenti sanzionatori), sia sulla l. n. 241/1990, in quanto generale; tale prevalenza, tuttavia, può giustificare una deroga alle disposizioni della l. n. 241/1990 solo negli stretti limiti di quanto le leggi speciali dispongano in maniera diretta e specifica, non già per silenzioso o generico rinvio "in bianco" ai regolamenti delle singole Autorità;

- la l. n. 689/1981 (speciale per oggetto, ossia per tipo procedimentale) dovrebbe prevalere, in caso di contrasto, sulla l. n. 241/1990 in quanto legge generale sul procedimento (v. per tutti Cass., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591, con nota di Cerbo, in *Foro it.*, 2006, I, 2019 ss).

Di recente, rispetto a quest'ultimo profilo, si è statuito che «va d'altra parte tenuta ben distinta la disciplina generale del procedimento amministrativo […] rispetto alla disciplina, per questa parte a carattere speciale, del procedimento irrogativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, il cui paradigma normativo è ancora individuabile nella legge n. 689 del 1981. Non impedisce di pervenire a questa conclusione il carattere "universale" della legge generale sul procedimento amministrativo. Per il principio di specialità, che prevale sul principio ordinario di successione cronologica delle norme, le disposizioni posteriori non comportano l'abrogazione delle precedenti, ove queste ultime disciplinano diversamente la stessa materia in un campo particolare. E appunto in questo rapporto si pongono la l. 7 agosto 1990, n. 241, e la l. 24 novembre 1981, n. 689, riguardanti l'una i procedimenti amministrativi in genere, l'altra in ispecie quelli finalizzati all'irrogazione delle sanzioni amministrative, caratterizzati da questa loro funzione del tutto peculiare, che richiede e giustifica (per quanto già detto) una distinta disciplina […] La legge n. 689 del 1981 (salvo che la legge disponga diversamente, con specifiche norme in tema di illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie) funge da paradigma normativo generale per tutti i tipi di procedimenti sanzionatori, di guisa che quanto osservato a proposito di tale legge deve ritenersi applicabile anche al procedimento sanzionatorio avviato nel caso in esame dalla Banca d'Italia» (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542).

5. *L. n. 241/1990 e l. n. 689/1981: il criterio della specialità a confronto con la plurifunzionalità del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti.*

Anche l'assunto secondo cui, in materia di procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, la l. n. 689/1981 dovrebbe sempre prevalere per specialità sulla l. n. 241/1990 merita, *re melius perpensa*, di essere problematizzato.

Tale conclusione varrebbe senz'altro se i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti fossero "ordinari" procedimenti sanzionatori, riconduci-

bili cioè al modello della l. n. 689/1981 nel segno della tipica funzione afflittiva/repressiva/deterrente.

Tuttavia, non solo alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali, ma anche alcuni passaggi contenuti negli stessi regolamenti delle Autorità fanno dubitare che sia effettivamente così.

Vi sono, invero, argomenti per ipotizzare che il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti partecipi:

- non solo della classica funzione punitiva e dissuasiva, consustanziale all'intero sistema della l. n. 689/1981;
- ma anche, ed in misura forse prevalente, della funzione di regolazione propria delle Autorità, fino a qualificarsi come attività di regolazione *ex post* e *singulatim*, vale a dire come verifica dell'efficacia, ricalibratura nel caso concreto e assestamento rispetto ai singoli operatori dell'attività di regolazione svolta *ex ante* e *generaliter*.

Per la tesi secondo cui «il modello sanzionatorio a caratterizzazione afflittiva e funzione preventiva tratteggiato dalla l. n. 689/1981 non si attaglierebbe […] alle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti», in quanto emergerebbe piuttosto una «propensione regolatoria dell'apparato sanzionatorio delle Autorità indipendenti» in forza della quale il potere sanzionatorio delle Autorità dovrebbe essere «concepito in termini strumentali alla regolazione» o, comunque, esibirebbe una «connessione tra funzione di regolazione (concepita come potere di adottare regole) e potere sanzionatorio», cfr., *supra*, l'ampia ricognizione e citazione delle posizioni dottrinali contenuta nel contributo di Trimarchi (tra le quali si segnalano quelle di Bani, Licciardello, Lombardi, Troise Mangoni); l'A. si esprime, peraltro, in senso critico circa tale tesi dottrinale, proponendo una ricostruzione che valorizza la «plurifunzionalità» delle sanzioni irrogate dalle Autorità e sottolineando che «le norme e gli istituti dai quali si è soliti desumere la propensione regolatoria dell'apparato sanzionatorio delle Autorità indipendenti riguardano prevalentemente la disciplina procedimentale del relativo potere e non la sanzione come atto e i suoi presupposti […]»; e che «i profili di strumentalità all'intervento regolatorio si mantengono sul terreno della disciplina del potere e non riguardano la sanzione come atto».

V., in questo lavoro collettaneo, anche il contributo di Peroni, secondo la quale (a proposito della A.e.e.g.) «il fine del potere sanzionatorio» sarebbe «direttamente riconducibile alla potestà di regolazione», in quanto «obiettivo del potere sanzionatorio» sarebbe «non tanto la repressione dell'illecito, quanto piuttosto la garanzia della promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore di competenza dell'Autorità», tanto da poter concludere nel senso della «esistenza, nell'ambito in cui opera l'Autorità, di un sistema sanzionatorio distinto e paralle-

lo a quello generale stabilito dalla l. n. 689/1981. Questo sistema è caratterizzato dal ruolo strumentale del potere sanzionatorio rispetto alla funzione regolatoria».

L'esempio della Aeeg è particolarmente significativo, in quanto tale Autorità ha esplicitamente riconosciuto la "torsione" del proprio procedimento sanzionatorio in senso regolatorio, anziché puramente afflittivo.

Basti citare le premesse della Delibera 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, ove si afferma che «è opportuno che l'attività di *enforcement* sia volta a perseguire, prima della sua tipica funzione afflittiva, una generale funzione di garanzia del rispetto delle regole, nonché una funzione di controllo dell'efficacia dell'attività regolatoria» e che è «necessario disciplinare l'istituto degli impegni, al fine di consentire all'Autorità una più ampia realizzazione degli interessi tutelati dalla regolazione anche all'interno dei procedimenti sanzionatori e tenendo conto altresì del potere dell'Autorità di adottare misure di regolazione asimmetrica ai sensi dell'art. 43, comma 5, del d.lgs. n. 93/2011».

In questa prospettiva, i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti appaiono una forma di esercizio *case-oriented* dell'attività di regolazione in senso ampio (v. *infra*, par. 6).

Sotto altro profilo, la strumentalità dei procedimenti sanzionatori rispetto all'esercizio della potestà di regolazione delle Autorità emerge anche in previsioni come quella, contenuta nel Regolamento in materia di procedure sanzionatorie adottato dall'Agcom con Delibera n. 136/06/CONS, secondo cui, in materia di tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, «gli uffici competenti, di preferenza, aggregano opportunamente le denunce ricevute in modo da procedere ad una valutazione d'insieme delle fattispecie denunciate, con l'obiettivo di tutelare gli interessi generali dei consumatori ed utenti mediante interventi celeri ed efficaci, anche attraverso appropriate misure regolatorie volte ad evitare il perpetrarsi di ulteriori violazioni o almeno a circoscriverne l'entità e la rilevanza» (art. 3-*ter*, comma 2). L'Agcom, nelle premesse della propria Delibera n. 709/09/CONS (modificativa del testo della Delibera n. 136/06/CONS), sottolinea che si tratta della «introduzione del principio dell'aggregazione delle denunce avverso il medesimo comportamento dello stesso gestore, in maniera tale da trattarle con azione unitaria, anche prescindendo dai casi singoli»: un vero e proprio «principio» procedimentale, dunque, inconciliabile con quello della separazione dei singoli procedimenti sanzionatori in base ai diversi soggetti che, invece, è presupposto all'impianto della l. n. 689/1981. Sempre secondo l'Agcom (cfr. ancora le premesse della Delibera n. 709/09/CONS), la modalità «aggregativa» di trattazione delle denunce attraverso la loro «valutazione d'insieme» consentirebbe di valutare anche denunce di per sé non di particolare rilievo qualora possano assurgere ad indice «sintomatico di una condotta illecita diffusa», al fine di «assicu-

rare una maggiore economicità ed efficacia dell'azione amministrativa» nel senso di «consentire all'ufficio competente di proporre, se del caso, appropriate misure regolatorie» all'esito dell'esame complessivo e unitario delle denunce ricevute.

6. (segue) *L'attività di regolazione amministrativa indipendente come circolo di azione, reazione e retroazione: regolazione ex ante e generaliter (in sede di indirizzo) e regolazione ex post e singulatim (in sede sanzionatoria).*

I dati sintomatici sopra riferiti rafforzano un convincimento: l'attività di regolazione amministrativa indipendente che l'ordinamento affida alle Autorità, per quanto problematica possa apparirne la nozione giuridica, è rappresentabile non come una retta, ma come un circolo.

La regolazione [v. Zito, 2010, per la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali e per una proposta rigorosa di perimetrazione], a giudizio di chi scrive:

- non si esaurisce nell'azione di indirizzo in sede generale (l'enunciazione in positivo del "dover essere" delle condotte, attraverso l'adozione di atti amministrativi generali o di atti di natura formalmente amministrativa seppur sostanzialmente normativa, quali i regolamenti) dell'Autorità indipendente;
- ma abbraccia anche l'esperienza della reazione in sede particolare (degli operatori) all'azione di indirizzo generale dell'autorità, reazione positiva o, invece, negativa come nel caso delle violazioni che attivano il potere sanzionatorio;
- e, soprattutto, si arricchisce della verifica della retroazione dei casi concreti, la quale può pienamente apprezzarsi proprio nel corso, e all'esito, dello svolgimento dei procedimenti amministrativi sanzionatori, in quanto la retroazione assurge a infungibile strumento di informazione correttiva che rimodella, in continuo, l'azione generale, ne ricalibra la portata e ne ridireziona il flusso sulla base della reazione particolare generata.

Il *proprium* della regolazione condizionale, che dovrebbe caratterizzare le Autorità indipendenti, rispetto alla regolamentazione finalistica (o addirittura dirigistica, quest'ultima tipica dei modelli di economia pianificata), si individua nel fatto che le Autorità indipendenti [as]traggono la regola dallo stesso settore regolato, in maniera induttiva e maieutica, anziché [im]porre regole, in maniera deduttiva e pedagogica, al servizio del perseguimento di fini prefissati *ab extra* rispetto al settore regolato. Si potrebbe dire che, nello schema ideale della regolazione condizionale, il settore regolato è – seppur mediatamente, grazie all'interposizione "interpretativa" delle Autorità indipendenti – un soggetto attivo della regolazione, che esprime da sé le regole del proprio funzionamento fisiologico, anziché essere l'oggetto passivo, il bersaglio inerte, di una regolamentazione concepita *aliunde*. O che la regolazione compiuta dalle Autorità attiene alla dimensione della scoperta, più che a quella dell'invenzione.

In questa visione (sempre che se ne condividano gli assunti teorici, ritenendoli realistici e non arcadici), sarebbe limitativo ridurre l'attività di regolazione delle Autorità indipendenti alla sola fase "ascendente": quella in cui ogni Autorità indipendente astrae il contenuto della regola dall'osservazione delle dinamiche del settore, elabora la regola in un testo e la esterna con atto generale indirizzato agli operatori del settore.

La regolazione, infatti, risulterebbe monca senza l'inclusione in essa, con pari dignità, anche della fase "discendente": quella in cui le autorità osservano (o meglio, continuano l'osservazione) del settore regolato non solo prima ma anche dopo la posizione della regola generale; controllano se e perché, da chi, come e quanto, la regola sia stata trasgredita; ciò al fine di utilizzare la conoscenza della patologia come mezzo per orientare più correttamente la fisiologia, per rinnovare il circolo regolatorio verso l'elaborazione di una nuova regola generale, potenziata e raffinata nei suoi anticorpi proprio grazie alla casistica dell'esperienza, pur virulenta, delle sue trasgressioni particolari.

Per questo, i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti partecipano della natura, dell'essenza, dello scopo dell'attività di regolazione: regolano sanzionando, sanzionano evolvendo la qualità, la portata e l'efficacia della regolazione. Nei procedimenti sanzionatori le Autorità regolano in maniera più precisa, in relazione a specifici soggetti (regolazione *singulatim*) e a casi storicamente accaduti ed esattamente individuati (regolazione *ex post*), le condotte che erano state regolate, a monte dei procedimenti sanzionatori, *ex ante* e *generaliter*. Nei procedimenti sanzionatori, la "norma" regolatoria incontra il "fatto" regolato ed entrambi i termini definiscono reciprocamente il loro volto, con ciò spingendo la regolazione in un circolo virtuoso, spiraliforme, di progressivo affinamento, adattamento, specificazione.

Se è così, non può darsi per scontato che il serbatoio normativo cui attingere preferenzialmente (nel silenzio delle leggi istitutive e disciplinatrici delle autorità indipendenti) per colmare le lacune della disciplina dei procedimenti sanzionatori delle singole autorità sia da individuarsi nella l. n. 689/1981, anziché nella l. n. 241/1990.

Se, infatti:

a) si accetta la premessa maggiore del ragionamento sin qui svolto, secondo cui i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti sono plurifunzionali, nel senso che sono anch'essi espressione ed esercizio di regolazione e che la funzione regolatoria prevale teleologicamente su quella punitiva/repressiva/preventiva, pur coesistendo con quest'ultima;
b) e si conviene su una premessa minore, meno problematica, ossia che i procedimenti sanzionatori sono comunque procedimenti amministrativi, espressione di attività amministrativa puntuale;

c) allora diverrà difficile negare la centralità della l. n. 241/1990 come fonte normativa di riferimento;

d) e diverrà difficile sostenere che, per i procedimenti amministrativi sanzionatori delle Autorità indipendenti, le disposizioni della l. n. 689/1981 prevalgano (in caso di contrasto) su quelle della l. n. 241/1990 in forza del criterio della specialità, ove si consideri che la l. n. 689/1981 è del tutto estranea alla logica della regolazione amministrativa, in quanto orientata esclusivamente all'inflizione di sanzioni a fini di repressione e prevenzione degli illeciti.

In questa prospettiva, lo schema si rovescerebbe:

- inderogabili, almeno *in peius* ossia come livello *minimo* di garanzia (LEP, *ex* art. 29 l. n. 241/1990), sarebbero le disposizioni della l. n. 241/1990, a meno che le leggi speciali che istituiscono le singole Autorità indipendenti e disciplinano i relativi procedimenti sanzionatori non introducano espressamente delle deroghe, in via eccezionale (come tali insuscettibili di estensione in via analogica);
- in via integrativa, ma giammai in caso di contrasto, ossia nel silenzio della l. n. 241/1990 e delle leggi speciali relative alle singole autorità indipendenti, si applicherebbero poi le disposizioni sul procedimento sanzionatorio dettate dalla l. n. 689/1981;
- in via subordinata, ad ulteriore integrazione, ed a condizione che non contrastino (a pena di invalidità in ragione del criterio gerarchico) né con la l. n. 241/1990, né con le leggi speciali relative alle singole autorità indipendenti, né con la l. n. 689/1981, si applicherebbero infine le disposizioni dettate da ciascuna Autorità indipendente con i propri regolamenti.

7. *Le possibili conseguenze di un mutamento del paradigma dominante: l'impatto dei principi della l. n. 241/1990 sul procedimento sanzionatorio delle Autorità.*

In definitiva, va ribadito che eventuali deroghe alla l. n. 241/1990 devono essere contemplate espressamente da (o almeno risultare implicitamente per radicale incompatibilità con) leggi o atti aventi forza di legge, in applicazione del criterio della specialità inteso rigorosamente; le disposizioni sui LEP contenute nella l. n. 241/1990 devono invece prevalere sui regolamenti delle singole Autorità, in forza del criterio della gerarchia.

Da questo punto discendono conseguenze significative e, potenzialmente, di forte impatto pratico.

7.1. *Iniziativa e pre-istruttoria.*

La pre-istruttoria è attualmente svolta dalla maggior parte delle Autorità indipendenti nel segno dell'informalità: essa è considerata un momento extra-procedimentale, come tale privo di garanzie partecipative e non sottoposto ad alcun limite massimo di durata.

Come si è premesso, i regolamenti delle Autorità indipendenti che disciplinano i procedimenti sanzionatori omettono, in genere, di disciplinare la pre-istruttoria, intendendola come fase non giuridicizzata sul piano delle garanzie.

Anche le poche Autorità indipendenti che hanno compiuto una scelta diversa, ossia quella di contemplare espressamente la pre-istruttoria nei propri regolamenti, hanno evitato di configurare la pre-istruttoria come procedimento (o sub-procedimento amministrativo) e comunque di estendere ad essa le garanzie di contraddittorio, pubblicità e trasparenza fornite dalla l. n. 241/1990.

Ad esempio, l'Agcm, nella Delibera 8 agosto 2012, n. 23788 recante il Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie, ha disciplinato all'art. 5 i «provvedimenti pre-istruttori» adottati a conclusione della «fase pre-istruttoria», procedendo a una tipizzazione di tali provvedimenti (irricevibilità; archiviazione per inapplicabilità della legge; archiviazione per manifesta infondatezza; archiviazione ad esito dell'avvenuta rimozione da parte del professionista dei profili di possibile ingannevolezza o illiceità di una pubblicità ovvero di possibile scorrettezza di una pratica commerciale; archiviazione per manifesta inidoneità del messaggio pubblicitario o della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio; non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità). Tuttavia, l'Agcm non ha previsto alcuna garanzia partecipativa in relazione a tale fase ed, anzi, ha stabilito che la stessa «comunicazione dell'avvenuta archiviazione o chiusura del procedimento preistruttorio», lungi dal configurare un obbligo, si configura come una mera «facoltà dell'Autorità».

Anche l'Agcom, pur avendo disciplinato all'art. 4 della Delibera n. 136/06/CONS le «attività preistruttorie», nelle premesse della Delibera n. 709/09/CONS si è espressa nel senso «della non ostensibilità degli atti detenuti dall'amministrazione nella fase preistruttoria e dell'assenza, in siffatta fase, di un procedimento amministrativo».

La giurisprudenza amministrativa avalla questa impostazione.

Ad esempio, in relazione all'Agcm, è stato affermato che:

- «la fase preistruttoria, lungi dal sostanziarsi in una puntuale ed esaustiva disamina in ordine al contenuto (eventualmente) non corretto di una pratica

commerciale, sia attributaria – piuttosto – della sola funzione di verificare – o meno – la presenza di possibili profili suscettibili di condurre ad un necessario ed ulteriore approfondimento, transitante attraverso le modalità, le tempistiche e (soprattutto) le garanzie proprie del procedimento dinanzi all'Autorità […] le guarentigie che caratterizzano la pienezza ed effettività del contraddittorio trovano piena attuazione soltanto nella fase successiva al formale avvio del procedimento» (Tar Lazio, sez. I, 15 febbraio 2012, n. 1569);

- «la determinazione di archiviazione comporta che, appunto, alcun procedimento venga effettivamente avviato. In tale fase […] viene soltanto operata una prima delibazione sulla sussistenza delle presunte violazioni al fine di verificare la sussistenza quanto meno del *fumus* in ordine alle violazioni da contestare e quindi dei presupposti per l'apertura dell'istruttoria. La fase pre-istruttoria (analogamente a quanto avviene in materia di tutela della concorrenza), è quindi connotata da ampia informalità e rispetto ad essa non trovano applicazione gli strumenti di partecipazione degli interessati al procedimento. In sostanza, in materia di pubblicità ingannevole, l'archiviazione di una richiesta di intervento dell'Autorità esclude per definizione l'apertura del procedimento amministrativo, ponendosi in alternativa a questa, e si colloca in una fase meramente pre-procedimentale, in relazione alla quale l'Autorità stessa non è gravata da oneri di preventivo contraddittorio mediante comunicazione di avvio del procedimento» (Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 2011, n. 8553; Id., sez. I, 5 ottobre 2004, n. 10186);
- «la fase preistruttoria considerata non assurge ad autonomo procedimento» (Tar Lazio, sez. I, 18 gennaio 2011, n. 421);
- «si tratta di una preistruttoria svincolata da particolari forme e del tutto diversa da quella prevista […] in caso di apertura del vero e proprio procedimento» (Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597).

Particolarmente interessante in questo filone giurisprudenziale, per l'analiticità delle considerazioni svolte sul rapporto tra pre-istruttoria e l. n. 241/1990, è la sentenza (sempre relativa all'Agcm) resa dal Consiglio di Stato, sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265, i cui passaggi salienti sono riportati, per esteso, in nota[2].

[2] «Il principio del contraddittorio (…) è destinato a connotare il dispiegarsi dell'attività dell'Autorità Garante, in specie quando si tratta, come di norma avviene, di attività a spiccata connotazione neutrale. Sennonché, la disciplina di riferimento circoscrive l'ambito entro cui il principio suddetto deve trovare applicazione non imponendone espressamente l'osservanza nella fase pre-istruttoria (…). Si tratta, quindi, di procedura preliminare, anteriore sul piano logico e temporale all'avvio dell'istruttoria formale, che si connota, pertanto, sul piano funzionale, per essere diretta a consentire la delibazione di elementi già posseduti, in vista dell'apertura di una vera e formale procedura istruttoria da svolgere nel contraddittorio dei soggetti interessati: ben si comprende, pertanto, che siffatta natura e tale specifica destinazione finalistica delle procedure in questione implicano quanto meno l'attenuarsi dell'esigenza, se non dell'opportunità, di un pieno contraddittorio. Ferma la mancanza, nella discipli-

A fronte di tale quadro, apparentemente pietrificato, sono emersi tuttavia dei fattori di significativa evoluzione.

---

na speciale, di previsioni intese ad imporre il rispetto del contraddittorio nell'ambito di tale fase preprocedimentale, può porsi un problema di raccordo tra la disciplina speciale, il cui corpus normativo è dato dalle norme della l. n. 287/1990 e del d.P.R. n. 217/1998, e quella generale di cui alla l. n. 241/1990: si tratta di verificare se si tratti di lacuna intenzionale o di vero e proprio vuoto normativo destinato ad essere colmato mercé la riespansione della portata applicativa della disciplina generale di cui alla l. n. 241/90 e delle disposizioni in essa contenute che impongono la partecipazione procedimentale. La questione appare di particolare complessità se solo si considera che molte delle disposizioni contenute nella citata l. n. 241/90 costituiscono espressione di principi ormai generali dell'ordinamento. Nel dettaglio, almeno alcune delle disposizioni dettate dalla l. n. 241/1990, tra cui per l'appunto quelle che garantiscono la partecipazione al procedimento in funzione di rappresentanza e tutela preventiva degli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa, appaiono espressione di principi la cui osservanza costituisce un'esigenza ineludibile non solo, ormai, in sede di esercizio delle funzioni marcatamente amministrative, ma anche, e prima ancora, in ambito processuale, ove va garantita non già la mera partecipazione dei soggetti in contrasto, ma il contraddittorio tra gli stessi: risulterebbe difficilmente comprensibile, allora, e soprattutto giuridicamente inaccettabile un indirizzo ostile ad escluderne l'operatività con riferimento alle funzioni pubbliche neutrali proprie di talune Autorità indipendenti. Tali funzioni, assumendo normalmente natura contenziosa o quasi-contenziosa, devono certo costituire oggetto di apposita regolamentazione, idonea ad assicurare non la mera partecipazione, bensì il contraddittorio, oltre che la trasparenza: sennonché, qualora tale specifica regolamentazione dovesse mancare, non sarebbe consentito, per ciò solo, sottrarne l'esercizio al rispetto di quel tasso minimo di partecipazione e permeabilità informativa garantito dalle norme di cui alla l. n. 241/1990, di cui, pertanto, va garantita (nei limiti della concreta compatibilità) l'applicazione, non in quanto tali, tuttavia, bensì in quanto espressione di principi generali dell'ordinamento. Si impone, allora, una verifica circa la compatibilità di un'estensione della portata applicativa delle previsioni contenute nella legge n. 241/90, da condurre tenendo conto della specificità del profilo da regolamentare, nonché in particolare della disciplina al riguardo dettata dalla normativa speciale, anche al fine di cogliere le ragioni sottese alle eventuali lacune di previsione che la caratterizzano. Ciò posto, il Collegio ritiene che non meriti condivisione l'indirizzo propenso ad assoggettare alla generale disciplina di cui alla l. n. 241/90 le forme di esercizio del potere di indagine a carattere preliminare: se è vero, infatti, che il raggio di operatività di alcune norme della legge in questione può essere esteso agli organismi preposti all'esercizio di funzioni neutrali, in quanto espressione di principi generali, è parimenti vero, d'altra parte, che a tale conclusione può pervenirsi all'esito di una verifica di tipo logico-giuridico che tenga conto della regolamentazione speciale dettata al riguardo e della ratio alla stessa sottesa. Orbene, nel caso di specie, la duplice circostanza della previsione ad opera della disciplina speciale di un apposito procedimento nel cui ambito è pienamente garantita non la sola partecipazione, ma il contraddittorio dei soggetti interessati, e della espressa limitazione della sfera di efficacia di siffatta previsione a far data dal momento in cui l'Autorità decide di addivenire all'apertura formale della procedura istruttoria tipica induce a dubitare della correttezza di un orientamento volto ad estendere le garanzie procedimentali, ivi comprese, quindi, quelle della comunicazione di avvio della procedura e della partecipazione, alla fase anteriore, nel corso della quale, al contrario, l'Autorità è chiamata ad effettuare una valutazione di tipo preliminare, decidendo se avviare l'istruttoria o decidere il non luogo a procedere: l'informalità di tale fase e la considerazione della sua stretta strumentalità rispetto a quella, eventuale, dell'istruttoria, nel corso della quale il contraddittorio è pienamente assicurato dalla disciplina speciale, sono fattori che inducono a disattendere l'assunto dell'applicabilità anche al caso di specie delle norme della l. n. 241/1990, intese come enunciazione di principi generali ivi operanti».

In primo luogo, si ammette l'impugnabilità dell'archiviazione, in caso di esito negativo della pre-istruttoria, da parte dei soggetti denuncianti, in base a una giurisprudenza ormai consolidata che qualifica l'archiviazione come «provvedimento negativo»[3].

---

[3] Basti citare Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597: «[..] questa Sezione ha ormai da tempo riconosciuto l'impugnabilità da parte di terzi controinteressati dei c.d. provvedimenti negativi, con cui l'Autorità antitrust archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire (tali provvedimenti o l'inerzia dell'Autorità non incidono in senso sfavorevole sulle imprese che hanno posto in essere il comportamento segnalato, poiché ne viene riconosciuta la liceità o espressamente o implicitamente omettendo di intervenire, ma possono incidere sulle posizioni di soggetti terzi, che assumono così la veste di controinteressati rispetto al comportamento consentito). Rispetto a tali soggetti l'orientamento giurisprudenziale contrario al riconoscimento della legittimazione a ricorrere è stato definitivamente superato da questa Sezione, che ha precisato che il denunziante, in quanto tale, non è titolare di un interesse qualificato ad un corretto esame della sua denuncia, ma lo diventa solo quando dimostra di essere portatore di un interesse particolare e differenziato, che assume essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo; la legittimazione deriva allora non dalla qualità di denunciante, ma da quella di controinteressato. Il nuovo indirizzo, da cui il Collegio non ritiene di doversi discostare, è stato espresso nelle seguenti decisioni:

- Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865, *Motorola*, in cui con ampia e condivisibile motivazione viene riconosciuta la legittimazione a ricorrere in capo a Motorola, quale impresa concorrente nello stesso settore dell'intesa esaminata dall'Autorità ed avente un evidente interesse alla non autorizzazione di una intesa, il cui divieto avrebbe impedito le limitazioni alla concorrenza con vantaggio per Motorola e gli altri concorrenti;
- Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280, *Volv*o, con cui è stata riconosciuta la legittimazione del Codacons a impugnare le archiviazione delle denunce in tema di pubblicità ingannevole;
- Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113, *Eridania*, in senso favorevole alla legittimazione all'impugnazione di un provvedimento di autorizzazione di una operazione di concentrazione.

Peraltro, la modifica del precedente orientamento giurisprudenziale era necessaria anche alla luce dell'esigenza di un allineamento con la giurisprudenza comunitaria, che si era già espressa in tal senso (sentenze della Corte di Giustizia 11 ottobre 1983, causa 210/81, *Demo-Studio Schmidt/Commissione,* punti 14 e 15; 28 marzo 1985, causa 298/83, *CICCE/Commissione*, punto 18 e 17 novembre 1987, *BAT e Reynolds*, cause riunite 142/84 e 156/84, punto 12; sentenza del Tribunale - quarta sezione, 17 febbraio 2000, T-241/97, *Stork Amsterdam BV*, punto 53). Deve, quindi, oggi ritenersi riconosciuta, anche nell'ordinamento interno, la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti negativi o di archiviazione delle denunce in capo ai soggetti "controinteressati" rispetto ai comportamenti esaminati dalle Autorità indipendenti e tale principio vale per qualsiasi tipo di provvedimento di tal genere (archiviazioni di denunce, autorizzazioni ad operazioni di concentrazione, chiusure di istruttorie antitrust con accettazione degli impegni proposti dalle imprese e giudizi di non ingannevolezza di messaggi pubblicitari)».

Più di recente, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751: «Giova, in modo più ampio, considerare che questa Sezione ha ormai da tempo riconosciuto l'impugnabilità da parte di terzi controinteressati dei c.d. provvedimenti negativi, con cui l'Autorità antitrust archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire; tali provvedimenti o l'inerzia dell'Autorità non incidono in senso sfavorevole sulle imprese che hanno posto in essere il comportamento segnalato, essendone riconosciuta la liceità o espressamente o implicitamente e omettendo l'Autorità di intervenire. Gli stessi provvedimenti possono tuttavia incidere sulle posizioni di soggetti terzi, destinati

In secondo luogo, si ammette che, a fronte di denunce non "semplici" (ossia corrispondenti a meri interessi di fatto) bensì "qualificate" (laddove cioè il potere di denuncia e segnalazione sia contemplato dalle leggi o dai regolamenti relativi alle singole Autorità), la qualificazione valga non solo a rendere differenziato l'interesse dei denuncianti ma, soprattutto, a generare un obbligo di provvedere in capo all'Autorità indipendente, nel senso di un obbligo di rispondere alla denuncia con decisione espressa, positiva (di apertura del procedimento sanzionatorio) o negativa (archiviazione) [cfr. De Lucia, 2002; De Lucia, 2005, 141 ss.; Scognamiglio, 153 ss.; Monteduro, 2010; Guacci, 127].

In terzo luogo, oltre all'impugnabilità in sede processuale, l'archiviazione è assoggettata dalla giurisprudenza all'obbligo di motivazione, tipico dei provvedimenti amministrativi.

Come è stato statuito, «la fase preistruttoria (…) non deve essere sommaria, ma deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell'istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse» (Tar Lazio, sez. I, 14 aprile 2011, n. 3252; Tar Lazio, sez. I, 24 agosto 2010, n. 31278). Ancor più perentoriamente, la giurisprudenza ha sottolineato l'inderogabilità dell'obbligo di adeguata motivazione del provvedimento di archiviazione, annullando un'archiviazione per «inadeguatezza della motivazione addotta dall'Agcm a sostegno dell'archiviazione disposta in seno al procedimento avviato su segnalazione avente ad oggetto pretesi accordi tra alcuni gestori di telefonia mobile volti a porre termine al servizio di invio gratuito di sms tramite *internet* (…) l'Autorità, nell'esplicitare le ragioni sottese alla determinazione di non avviare l'istruttoria, afferma che "la valorizzazione del traffico potrebbe aver trovato, a suo tempo, motivazione economica nel notevole incremento registrato dalla suddetta tipologia di servizio". Si tratta all'evidenza di apparato motivazionale da cui non è dato cogliere le ragioni che hanno indotto l'Autorità a non avviare gli accertamenti istruttori volti a verificare la fondatezza di quanto segnalato dall'associazione appellante» (così Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751).

Questi fattori evolutivi rendono ragione della necessità di riesaminare criticamente la tesi secondo cui la pre-istruttoria sarebbe estranea alla categoria del procedimento amministrativo e, dunque, alla l. n. 241/1990 [Ramajoli, 1998, 433 ss.).

La pre-istruttoria può concludersi (in alternativa rispetto alla decisione di apertura del procedimento sanzionatorio) con l'archiviazione della denuncia.

---

ad assumere così la veste di controinteressati rispetto al comportamento consentito. Rispetto a tali soggetti, l'orientamento giurisprudenziale contrario al riconoscimento della legittimazione a ricorrere è stato superato da questa sezione […]. Ebbene, ritiene il Collegio che non ci siano ragioni per escludere l'estensione alla materia *antitrust* della posizione già espressa dalla Sezione con riferimento al settore della pubblicità ingannevole».

L'archiviazione consiste nell'accertamento dell'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto posti a base della denuncia/segnalazione e, al contempo, esplicita il rifiuto di esercitare il potere sanzionatorio: l'archiviazione è dunque pienamente assimilabile a un provvedimento amministrativo negativo.

D'altra parte, lo stesso procedimento sanzionatorio aperto dall'eventuale contestazione dell'illecito potrebbe concludersi con un'archiviazione (in alternativa al provvedimento di irrogazione della sanzione) e non sembra revocabile in dubbio che l'archiviazione disposta a seguito dell'istruttoria sia provvedimento negativo, reciproco del provvedimento positivo di irrogazione della sanzione.

Sarebbe contraddittorio qualificare l'archiviazione come provvedimento amministrativo quando conclude l'istruttoria e come non-provvedimento, invece, quando conclude la pre-istruttoria.

Se l'archiviazione, atto conclusivo della pre-istruttoria, è a pieno titolo un provvedimento amministrativo (negativo), soggetto all'obbligo di motivazione e impugnabile in sede processuale, ne deriva una conseguenza inesorabile: non può esservi provvedimento amministrativo negativo (di archiviazione) che non sia preceduto da un procedimento amministrativo, per quanto semplificato.

Un provvedimento senza procedimento sarebbe la negazione stessa dei principi fondamentali dell'ordinamento amministrativo, che oggi si esprimono nella l. n. 241/1990.

Non sembra condivisibile, perciò, la posizione della dottrina la quale ammette che l'archiviazione – a differenza dell'atto di «avvio dell'istruttoria» – è una vera e propria «decisione» amministrativa, ma ritiene ciò nonostante che, sul piano procedimentale, la preistruttoria resti «attività atipica e non procedimentalizzata» in relazione alla quale dovrebbe «escludersi l'esercizio delle potestà partecipative» [Antonioli, 2007, 889-890].

Ne discende un'ulteriore conseguenza.

Se un procedimento amministrativo deve precedere il provvedimento amministrativo negativo di archiviazione, lo stesso procedimento amministrativo dovrà essere avviato ed esperito a prescindere dal segno, positivo e negativo, dell'atto che lo concluda.

Ciò significa che, se la pre-istruttoria esige di essere configurata come procedimento amministrativo quando si conclude con l'archiviazione, la stessa preistruttoria non può mutare la sua natura di procedimento amministrativo quando, anziché terminare con l'archiviazione, si conclude con la decisione di apertura del procedimento sanzionatorio.

Nel momento in cui un procedimento amministrativo si avvia, infatti, non è dato conoscerne *ex ante* l'esito: ciò, tuttavia, non incide sulla natura del procedimento e sulle garanzie minime che, ai sensi della l. n. 241/1990, devono caratterizzarlo e governarlo nel suo svolgimento.

Le garanzie di metodo della l. n. 241/1990 si impongono come tali *ex ante* alla p.a., prima che essa decida, e non possono essere riconosciute o disconosciute in base a una valutazione *ex post* del risultato del procedimento (archiviazione o contestazione dell'illecito).

Per questo non persuade il ragionamento, spesso opposto alla configurazione della pre-istruttoria come procedimento amministrativo, secondo cui le garanzie della l. n. 241/1990 sarebbero inutili nella pre-istruttoria in quanto pienamente garantite all'interessato nel successivo procedimento amministrativo aperto dall'eventuale contestazione dell'illecito, a seguito della pre-istruttoria. Così argomentando, si cade nella fallacia logica del *post hoc, ergo propter hoc*: si parte dal risultato *ex post* (dopo la pre-istruttoria è stato contestato l'illecito, avviando un procedimento sanzionatorio assistito dalle garanzie di cui alla l. n. 241/1990) per ricavarne a ritroso il metodo *ex ante* (dunque era inutile "duplicare" le garanzie della l. n. 241/1990, prevedendole anche nella fase pre-istruttoria).

Basti obiettare che la pre-istruttoria potrebbe non condurre all'apertura di un procedimento volto all'irrogazione della sanzione, ove la stessa pre-istruttoria si concluda con l'archiviazione. *Quid iuris*, in questo caso, rispetto alle garanzie della l. n. 241/1990? Possono tali garanzie essere subordinate ad un evento futuro e incerto nel momento in cui la pre-istruttoria si avvia, ossia all'esito positivo o negativo, non noto in partenza, della pre-istruttoria medesima?

In definitiva, non può più ammettersi che la pre-istruttoria sia concepita come un non-luogo giuridico, come una sorta di limbo extra-procedimentale privo delle garanzie minime della l. n. 241/1990.

Si deve perciò ricostruire giuridicamente la pre-istruttoria in modo differente dall'orientamento invalso nella giurisprudenza e nella prassi delle autorità.

È da condividere la tesi di chi [De Lucia, 2002, 730 ss., in particolare 733-736 e 748] ha qualificato la pre-istruttoria come vero e proprio «procedimento amministrativo», riaffermandone la «natura procedimentale» e concludendo nel senso che tale procedimento amministrativo «si articola in un'iniziativa […] in un una vera e propria istruttoria (…) e in una fase decisoria (avvio del procedimento o archiviazione)», con la conseguente applicazione delle disposizioni della l. n. 241/1990 relative all' «obbligo di provvedere in modo esplicito», al «termine per la conclusione (…) termine che in assenza di diversa disposizione è di 30 giorni», all' «obbligo di motivazione», alle «norme in tema di responsabilità del procedimento» e di «accesso agli atti amministrativi». Questa dottrina va condivisa anche laddove ricorda che «la previsione della denuncia non vale a trasformare il procedimento d'ufficio in uno ad iniziativa di parte».

Di contro, la stessa dottrina [Id., 732-735] non può essere seguita nel momento in cui configura la pre-istruttoria come procedimento amministrativo di «natura interna», riconducibile alla «attività interna» della p.a., sì da «sostene-

re che la l. n. 241 vada applicata ai procedimenti in esame nelle parti in cui non sia in contrasto con la natura interna dell'attività (…) la natura interna (cioè priva di effetti esterni) della preistruttoria rende non obbligatoria la comunicazione dell'atto di avvio del procedimento al destinatario».

La risalente distinzione tra procedimenti amministrativi di natura interna e di natura esterna, in realtà, non trova riconoscimento espresso o implicito nella l. n. 241/1990, né in base a tale distinzione può costruirsi un sistema "a due velocità" per cui i LEP di cui all'art. 29 della stessa l. n. 241/1990 si applicherebbero integralmente solo ai procedimenti "esterni" ma non a quelli "interni". Se così fosse, si negherebbe il carattere «essenziale» degli stessi LEP. Questo vale, a maggior ragione, a seguito della codificazione espressa del principio di trasparenza nell'art. 1 della legge sul procedimento.

A giudizio di chi scrive, la pre-istruttoria presenta in definitiva i seguenti connotati.

(1) Ha natura di procedimento amministrativo (non meramente interno).

(2) Si tratta di procedimento amministrativo presupposto al procedimento amministrativo di irrogazione della sanzione [cfr. De Minico, 1998].

Viene quindi in gioco la categoria dei «procedimenti collegati» sulla base di un nesso di «presupposizione» [sulla quale v. Mattarella, *Il procedimento*, 2009, 258], non già la categoria dei «subprocedimenti» che si risolvono in una fase ricompresa, per continenza, in un procedimento principale [Casetta, 2011, 413].

La *pre-istruttoria* non è subprocedimento inscritto all'interno del *procedimento di irrogazione della sanzione*: la prima, infatti, precede necessariamente il secondo ma non vale l'opposto, in quanto il secondo non segue necessariamente alla prima. Nel caso in cui la pre-istruttoria si concluda con l'archiviazione, in particolare, il procedimento di irrogazione della sanzione non si avvia affatto. Questo dimostra che la pre-istruttoria è procedimento amministrativo distinto dal procedimento sanzionatorio *stricto sensu*, seppur presupposto a quest'ultimo come antecedente necessario.

(3) Poiché la pre-istruttoria è un procedimento amministrativo, devono applicarsi ad esso i livelli minimi essenziali di garanzia previsti dalla l. n. 241/1990, in particolare gli obblighi per l'autorità indipendente di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché le disposizioni della l. n. 241 relative alla durata massima dei procedimenti (art. 29, comma 2-*bis,* l. n. 241/1990).

Tra queste garanzie vi è anche l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l. n. 241/1990, in quanto incluso tra i LEP relativi agli «obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento» di cui al comma 2-*bis* dell'art. 29 della l. n. 241.

(4) Per lo stesso motivo, deve rigettarsi la tesi giurisprudenziale che non ritiene applicabile alla pre-istruttoria alcun termine massimo di durata, sicché, a seguito della ricezione delle denunce/segnalazioni, le autorità potrebbero indugiare nella pre-istruttoria anche per centinaia di giorni, senza alcuna conseguenza[4].

Al contrario, se si ammette che la pre-istruttoria sia un procedimento amministrativo presupposto, assoggettato ai principi della l. n. 241/1990, non potrà più essere eluso il principio (*ex* artt. 2 e 29 della stessa l. n. 241) che impone il rispetto di un termine massimo di durata e conclusione di ogni procedimento.

Qualora le leggi e i regolamenti relativi a ciascuna autorità indipendente siano silenti in proposito, dovrà dunque farsi riferimento al termine residuale di 30 giorni di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990 [De Lucia, 2002, 755].

L'opposta affermazione, che si rinviene spesso in giurisprudenza, secondo cui il termine di 30 giorni (*ex* art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990) non potrebbe applicarsi alle autorità indipendenti, si fonda su una lettura non corretta.

Basti notare che il comma 2 dell'art. 2 della l. 241/1990 impone il termine di 30 giorni in tutti i «casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso».

I «provvedimenti di cui al comma 5» dell'art. 2 sono esattamente quelli con cui «le Autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza».

Dunque, il comma 2 e il comma 5 dell'art. 2 della l. n. 241/1990, letti unitariamente, rendono evidente come il termine residuale di 30 giorni debba necessariamente trovare applicazione anche nel caso di "silenzio" dei regolamenti delle autorità indipendenti sui termini di conclusione dei rispettivi procedimenti, compresa la pre-istruttoria quale procedimento amministrativo presupposto.

(5) Qualora la pre-istruttoria si concluda con esito negativo, ossia con l'archiviazione, si è di fronte a un provvedimento amministrativo negativo.

---

[4] V. ad es. Tar Lazio, sez. I, 12 settembre 2011, n. 7182: «pur dovendo darsi atto del lungo periodo temporale intercorso tra le segnalazioni pervenute all'Autorità […] e l'avvio del procedimento […] decisivo rilievo deve tributarsi, nella delibazione della censura in esame, alla disciplina normativa di riferimento come dettata dal d.lgs. n. 206 del 2005 – recante il Codice del Consumo – e dal Regolamento sulle procedure istruttorie, adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007 n. 17589, in base ai quali nessun termine di durata è fissato con riferimento alla fase precedente l'avvio del procedimento […] per la fase che precede l'avvio del procedimento nessun termine, né perentorio né ordinatorio, è previsto dalla normativa di settore (…). Né può ritenersi che tale fase del procedimento possa ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, con conseguente suo assoggettamento al termine di durata massima di 30 giorni». Nello stesso senso Tar Lazio, sez. I, 16 maggio 2012, n. 4457: «le esigenze istruttorie emergenti a seguito delle segnalazioni pervenute all'Autorità *[sono]* insuscettibili di essere imbrigliate in predefiniti limiti di durata posto che la verifica dei presupposti per dare avvio al procedimento può richiedere una complessa attività preistruttoria anche sulla base delle informazioni rese dalle parti».

Tale provvedimento produce effetti dichiarativi [sul rapporto tra natura autenticamente provvedimentale ed efficacia dichiarativa, sia consentito il rinvio a Monteduro, 2012, 116 ss.], in quanto accerta l'insussistenza dei presupposti per avviare il procedimento sanzionatorio (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, manifesta infondatezza della denuncia; manifesta infondatezza dell'ipotesi di illecito prefigurata nell'atto di avvio d'ufficio della pre-istruttoria).

L'archiviazione deve essere obbligatoriamente motivata dall'Autorità indipendente ed è immediatamente impugnabile da parte di eventuali controinteressati, qualora questi ultimi siano in grado di comprovare, oltre alla legittimazione, un interesse a ricorrere attuale, concreto e personale.

(6) Qualora la pre-istruttoria si concluda con esito positivo, ossia con la decisione di apertura del procedimento sanzionatorio, si è di fronte a un provvedimento amministrativo positivo, produttivo di effetti dichiarativi nel senso dell'accertamento della sussistenza dei presupposti per avviare il procedimento sanzionatorio (ricevibilità, ammissibilità, procedibilità, non manifesta infondatezza della denuncia; non manifesta infondatezza dell'ipotesi di illecito prefigurata nell'atto di avvio d'ufficio della pre-istruttoria). Anche il provvedimento positivo di chiusura della pre-istruttoria deve essere obbligatoriamente motivato; tuttavia, sul piano processuale, tale provvedimento non è di regola immediatamente impugnabile, per mancanza di interesse attuale e concreto al ricorso, dato che per acquisire la certezza della lesione occorre attendere lo svolgimento del procedimento sanzionatorio, al fine di verificare se esso si concluderà o meno con l'irrogazione della sanzione (prima di quel momento, la lesione sarà solo ipotetica ed eventuale).

In conclusione, la pre-istruttoria si struttura come un procedimento amministrativo di "filtro", necessario, in cui l'autorità indipendente è chiamata ad accertare la non manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della denuncia o comunque dell'ipotesi di illecito, secondo uno schema che ricorda, *mutatis mutandis*, quello del novellato art. 2 della l. n. 241/1990 («se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»).

Il procedimento pre-istruttorio si svolge di regola in forme semplificate e con cognizione sommaria (per un esempio, v. il riferimento espresso alle «procedure semplificate» e alla «motivazione sintetica» operato dall'art. 3-*bis*, comma 4, del Regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'Agcom di cui alla delibera n. 136/06/CONS); il successivo procedimento di irrogazione della sanzione, di contro, si svolge in forme ordinarie e con cognizione piena.

7.2. *Termine massimo di conclusione del procedimento.*

La giurisprudenza risolve in maniera negativa il problema dell'applicabilità, ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, del regime stabilito dall'art. 2 della l. n. 241/1990 circa i termini massimi di conclusione del procedimento.

La giurisprudenza si dichiara contraria all'applicazione dei termini massimi (90 giorni o, nei casi di particolare complessità, 180 giorni) fissati dall'art. 2 della l. n. 241/1990: spetterebbe invece ai singoli regolamenti delle Autorità indipendenti, in autonomia, disciplinare i tempi del procedimento sanzionatorio, salvo che non siano direttamente le leggi istitutive delle singole autorità a disporre in proposito.

Questo ha portato molte Autorità indipendenti a prevedere, in sede regolamentare, termini di durata dei procedimenti sanzionatori enormemente superiori a 180 giorni (si pensi, ad es., ai 2 anni stabiliti in sede regolamentare dall'Ivass, termine quadruplicato rispetto al termine massimo di 180 giorni stabilito dall'art. 2 della l. n. 241/1990).

Altre Autorità hanno addirittura ritenuto di potersi esimere dal fissare in sede regolamentare il termine massimo di conclusione dei procedimenti sanzionatori: secondo queste Autorità, sarebbe preferibile decidere "volta per volta" il termine nelle delibere di avvio di ogni singolo procedimento, in base al diverso grado di complessità di ogni vicenda. In questo senso la Aeeg, nel già citato regolamento di cui alla Delibera 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, ha deciso «di non accogliere la proposta di fissare in via generale nel presente regolamento il termine massimo di conclusione del procedimento (…) l'Autorità ritiene quindi che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità».

Tutto ciò non è in linea con quanto disposto dall'art. 2 della l. n. 241/1990.

La giurisprudenza amministrativa continua a ritenere che i termini di 90 e 180 giorni, stabiliti dai commi 3 e 4 dell'art. 2 della l. n. 241/1990, non rappresenterebbero limiti massimi inderogabili per i regolamenti delle autorità indipendenti: ciò perché il comma 5 dello stesso art. 2 della l. n. 241/1990 farebbe salvi i regolamenti delle autorità, anche se derogatori rispetto ai termini di cui ai precedenti commi 3 e 4.

Emblematica, ad esempio, la pronuncia del Tar Lazio, sez. III, 25 giugno 2012, n. 5795: «Con il primo motivo di ricorso si sostiene la illegittimità del Regolamento della Banca d'Italia, in quanto avrebbe previsto per i procedimenti sanzionatori eccessivamente lunghi. Ad avviso della difesa ricorrente tali termini sarebbero in contrasto con il termine massimo di sei mesi previsto dalla legge n. 241

del 1990. Tali argomentazioni non possono essere condivise. Il termine massimo di centottanta giorni che le amministrazioni devono prevedere nei regolamenti di cui al comma 3, riguarda le amministrazioni statali. Infatti tutta la disciplina dei commi 3 e 4 dell'art 2 della legge n. 241 si riferisce esclusivamente alle amministrazioni statali (…). Alla Banca d'Italia si riferisce esclusivamente il comma 5 dell'art 2, in base al quale: "fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza". Ne deriva, quindi, che la disciplina dei termini del procedimento è attribuita esclusivamente alla discrezionalità delle Autorità, proprio in relazione alla loro particolare natura di amministrazioni indipendenti, senza la previsione legislativa di alcun vincolo temporale. È evidente che il potere regolamentare di tali Autorità deve essere esercitato in maniera conforme ai principi di ragionevolezza e buon andamento. La Banca d'Italia ha fissato per i procedimenti relativi alle sanzioni nei confronti degli esponenti della banche il termine di 240 giorni con riferimento alla data di adozione del provvedimento finale. Tale termine, considerando la complessità del procedimento in esame, che parte dalla verifica delle risultanze della ispezione presso la banca, non si può ritenere eccessivamente lungo».

A giudizio di chi scrive, si tratta di una lettura non corretta.

Sul piano sistematico, basti ribadire che:

- l'art. 29 della l. n. 241/1990 vieta alle regioni e agli enti locali di «stabilire garanzie inferiori» rispetto ai «livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione»;
- tra i LEP vi sono le disposizioni della l. n. 241/1990 «concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione … di concluder[e il procedimento] entro il termine prefissato … nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti»;
- se le regioni e gli enti locali devono adeguarsi ai limiti massimi di durata del procedimento stabiliti, come LEP, dall'art. 2, commi 3 e 4, della l. n. 241/1990, al più potendo «prevedere livelli ulteriori di tutela» per il cittadino (ossia termini meno lunghi, non più lunghi), lo stesso obbligo di adeguamento non può non valere, *a fortiori*, per le Autorità indipendenti.

La conferma più chiara di questa tesi è data dall'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009, legge che ha modificato il testo dell'art. 2 della l. n. 241/1990.

Ivi si stabilisce, inequivocabilmente: «In sede di prima attuazione della presente legge, gli atti o i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come da ultimo sostituito dal comma 1, lettera b), del presente articolo, sono adottati entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge. Le disposizioni regolamentari vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, che prevedono termini superiori a novanta gior-

ni per la conclusione dei procedimenti, cessano di avere effetto a decorrere dalla scadenza del termine indicato al primo periodo. Continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, che prevedono termini non superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti. La disposizione di cui al comma 2 del citato articolo 2 della legge n. 241 del 1990 si applica dallo scadere del termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge. Le regioni e gli enti locali si adeguano ai termini di cui ai commi 3 e 4 del citato articolo 2 della legge n. 241 del 1990 entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge».

Gli «atti e i provvedimenti di cui al comma 5» dell'art. 2 della l. n. 241/1990, richiamati nel primo capoverso dall'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009, sono proprio quelli con cui «le Autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza».

Dunque, il comma 5 dell'art. 2 della l. n. 241/1990 e il comma 3 dell'art. 7 della l. n. 69/2009, letti sistematicamente, rendono palese che i termini massimi di cui ai commi 3 e 4 della l. n. 241/1990 dovrebbero prevalere, in caso di contrasto, sui regolamenti delle Autorità indipendenti che stabiliscano termini più lunghi di conclusione dei procedimenti sanzionatori (superiori a 180 giorni) o non stabiliscano alcun termine massimo.

Come ha rilevato il Consiglio di Stato (sez. consultiva, 29 dicembre 2010, parere n. 5740), l'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009:

- fissa come termine per l'adozione dei nuovi regolamenti un anno dalla data di entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69, che in concreto si individua nel 4 luglio 2010;
- sancisce, a partire dalla scadenza di detto termine, l'inefficacia automatica dei precedenti regolamenti che prevedono termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti;
- stabilisce la permanenza di efficacia dei precedenti regolamenti che prevedono termini non superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti;
- dispone che il termine generale di trenta giorni per la conclusione dei procedimenti, previsto dall'art. 2, comma 2 della legge n. 241 del 1990, sia operativo dopo un anno dalla data di entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69.

In base all'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009, in definitiva, a partire dal 4 luglio 2010 tutti i regolamenti delle autorità indipendenti adottati anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 69/2009, qualora abbiano stabilito termini massimi di conclusione del procedimento sanzionatorio superiori a 90 giorni, devono considerarsi *tamquam non essent in parte qua*: tali disposizioni regolamentari hanno cessato automaticamente di produrre effetti, *ex lege*.

L'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009 si riferisce esplicitamente ai regolamenti delle Autorità indipendenti (gli «atti e i provvedimenti di cui al comma 5» dell'art. 2 della l. n. 241/1990, richiamati nel primo capoverso dall'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009) e, nel momento in cui prevede l'inefficacia automatica di questi ultimi in caso di superamento del termine di 90 giorni, prevale senz'altro per il rapporto di gerarchia tra legge e regolamento.

In conclusione, si configurano le seguenti alternative.

(1) Le Autorità indipendenti, anteriormente al 4 luglio 2010, avevano inserito nei rispettivi regolamenti sui procedimenti sanzionatori un termine massimo di conclusione del procedimento uguale o inferiore a 90 giorni: queste disposizioni regolamentari restano in vigore.

(2) Le Autorità indipendenti, anteriormente al 4 luglio 2010, avevano inserito nei rispettivi regolamenti sui procedimenti sanzionatori un termine massimo di conclusione del procedimento superiore a 90 giorni ma, entro il 4 luglio 2010, si sono adeguate modificando i regolamenti medesimi e contenendo il termine entro 90 giorni: anche queste disposizioni regolamentari restano in vigore.

(3) Le Autorità indipendenti, anteriormente al 4 luglio 2010, avevano inserito nei rispettivi regolamenti sui procedimenti sanzionatori un termine massimo di conclusione del procedimento superiore a 90 giorni, ed entro il 4 luglio 2010 non si sono adeguate, lasciando immutati i regolamenti medesimi: queste disposizioni regolamentari hanno ormai cessato di avere effetto, conseguendone l'operatività, in via residuale, del termine di 30 giorni stabilito dall'art. 2 della l. n. 241/1990.

(4) Le Autorità indipendenti, successivamente al 4 luglio 2010, hanno adottato nuovi regolamenti sui procedimenti sanzionatori, ivi prevedendo un termine massimo di conclusione del procedimento superiore a 180 giorni: questi regolamenti violano l'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990, il quale prescrive che i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi «non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione».

Si badi: l'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990 va considerato non *ex se* (ossia come disposizione testualmente riferita alle sole amministrazioni statali), ma come LEP ai sensi all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione (in quanto l'art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990 qualifica come LEP «le disposizioni della presente legge … relative alla durata massima dei procedimenti»).

Una disposizione di regolamento, fonte di rango secondario, non può violare una disposizione di legge, fonte di rango primario, quando quest'ultima configuri un LEP in senso costituzionale e, dunque, si applichi come LEP non alle sole amministrazioni statali, ma a tutte le amministrazioni della Repubblica, comprese le regioni e gli enti locali nonché le autorità indipendenti, le quali non potreb-

bero certo beneficiare di deroghe a LEP viceversa inderogabili per enti ad autonomia costituzionalmente garantita quali regioni ed enti locali.

Ne deriva che le disposizioni regolamentari delle autorità indipendenti che, successivamente al 4 luglio 2010, stabiliscano termini massimi di conclusione del procedimento sanzionatorio superiori a 180 giorni, devono ritenersi illegittime per violazione del combinato disposto dell'art. 2, comma 4, e dell'art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990.

Va ricordato che, per pacifica giurisprudenza, qualora una disposizione di regolamento violi una disposizione di legge, l'illegittimità del regolamento può essere fatta valere non solo con lo strumento dell'impugnazione, ma anche direttamente attraverso la disapplicazione (*ex multis*, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822, secondo cui «il potere di disapplicazione dei regolamenti, anche se non ritualmente impugnati, è ammesso, in caso di contrasto tra norme di rango diverso – conflitto di norme-fonti non omogenee nella loro forza precettiva, ma simultaneamente abilitate a intervenire direttamente sulla stessa fattispecie concreta –, per garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore, e cioè alla legge o comunque agli atti di rango primario»).

(5) Le Autorità indipendenti, successivamente al 4 luglio 2010, hanno adottato nuovi regolamenti sui procedimenti sanzionatori, ivi prevedendo un termine massimo di conclusione del procedimento superiore a 90 giorni ma senza alcuna motivazione in grado di comprovare che ciò sia «indispensabile» in ragione «della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento»: questi regolamenti violano l'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990, considerato come LEP *ex* art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990. Valgono perciò le stesse considerazioni esposte *supra*, *sub* (4).

7.3. (segue) *Una proposta ricostruttiva alla luce dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: la presunzione iuris tantum di illegittimità dei provvedimenti sanzionatori adottati in violazione del termine massimo di 180 giorni ex art. 2, c. 4, l. n. 241/1990.*

Alla luce di quanto si è argomentato nel precedente par. 7.2., emergono situazioni critiche.

Numerosi regolamenti delle Autorità indipendenti circa i procedimenti sanzionatori, allo stato, prevedono termini di conclusione del procedimento superiori ai limiti massimi fissati dall'art. 2, commi 3 e 4, della l. n. 241/1990 (90 giorni o – ma solo in caso di indispensabilità adeguatamente motivata – 180 giorni).

Ne dovrebbe derivare, per quanto già accennato, l'illegittimità di tali disposizioni regolamentari con conseguente inefficacia automatica (se anteriori al 4 luglio 2010) o disapplicazione (se successive a tale data) delle medesime.

In questa condizione, dovrebbe astrattamente operare il termine residuale di 30 giorni di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990, anche ai sensi dell'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009.

Tuttavia, con ogni evidenza, il termine di 30 giorni è troppo breve perché le Autorità possano ragionevolmente concludere procedimenti sanzionatori complessi.

Sorge a questo punto una questione cruciale: se vi sia e (in tal caso) quale sia la soglia-limite temporale oltre la quale un provvedimento sanzionatorio, emanato da un'autorità indipendente, possa essere considerato illegittimo e quindi annullabile in sede giurisdizionale per la tardività della sua adozione.

Possono essere prospettate diverse soluzioni a tale quesito.

(1) La prima soluzione è quella della svalutazione del problema.

Si potrebbe, infatti, ritenere la questione priva di rilevanza adducendo un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il termine di conclusione del procedimento, di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990, non ha carattere perentorio bensì acceleratorio, onde la scadenza del termine non renderebbe mai illegittimo il provvedimento tardivo.

Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2010, n. 8371; Id., sez. IV, 12 giugno 2012, n. 2264; Id., sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3172. In materia di procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, in questo senso ad es. Tar Lazio, sez. III, 25 giugno 2012, n. 5795, in relazione alla Banca d'Italia; Tar Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6181, in relazione alla Aeeg (secondo la sentenza, «si controverte in tema di esercizio di potestà pubbliche – le potestà sanzionatorie – per le quali va escluso qualunque profilo di disponibilità in capo all'Autorità procedente. Questa non può, pertanto, considerarsi libera di fissare unilateralmente, in via meramente amministrativa, alcun termine decadenziale per la conclusione del procedimento sanzionatorio»); Tar Lazio, sez. I, 31 dicembre 2005, n. 15180, in relazione alla Consob.

(2) La seconda soluzione è opposta alla prima e si fonda su una combinazione della teoria dell'autovincolo con la tesi che assegna ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti natura principalmente afflittiva.

Secondo questa tesi, spetterebbe alle singole Autorità, autolimitandosi, stabilire la soglia-limite temporale per l'adozione del provvedimento sanzionatorio: il superamento dell'autolimite comporterebbe automaticamente, meccanicamente e inderogabilmente l'illegittimità del provvedimento tardivo.

Una cospicua parte della giurisprudenza amministrativa sostiene, in tale prospettiva, che «tenuto conto della particolarità del procedimento sanzionato-

rio rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo (…) è proprio la natura del provvedimento sanzionatorio a suggerire la soluzione nel senso della necessaria perentorietà del termine per provvedere, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente come è noto protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.) (…) non sarebbe infatti pienamente coerente … prefigurare il termine finale come termine soltanto ordinatorio, mentre invece il suo rispetto si pone – come sopra rilevato – in termini di stretta connessione con una adeguata ed effettiva tutela del diritto defensionale del destinatario del provvedimento che sia espressivo della pretesa punitiva della amministrazione» (così Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 542, in relazione alla Banca d'Italia; conforme, sempre in relazione alla Banca d'Italia, Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4113).

Analogamente, in relazione all'Isvap (oggi Ivass), si è statuito che «il potere sanzionatorio si consuma, ai sensi dell'art. 5, comma 4, del Regolamento n. 1 del 2006, nel caso in cui il procedimento non si concluda entro due anni dalla data del suo avvio» e si è «attribuito a tale termine un carattere decadenziale, pur non espressamente previsto dalla norma, in quanto assolve ad una specifica funzione di garanzia del destinatario del procedimento sui tempi massimi di adozione della sanzione» (Tar Lazio, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4450).

Con riferimento all'Agcom, si è rilevato che «l'art. 4 *bis* del Regolamento in materia di procedure sanzionatorie (di cui alla delibera n. 425/01/CONS dell'Agcom in data 7/11/2001) prevede che il termine per l'adozione del provvedimento finale è di 150 giorni decorrenti dalla data di notifica della contestazione (…) la sanzione impugnata è stata adottata in data 12/1/06, e dunque dopo ben 251 giorni dall'avvio del procedimento (…) appare acclarata la tardività della sanzione, intervenuta ben oltre i 150 giorni previsti dall'art. 4 *bis*, I comma, della delibera n. 425/01/CONS (…) laddove è prevista una disciplina (ulteriormente) speciale (rispetto a quella contenuta nella legge n. 689/81), prescrivente un termine finale del procedimento (come è nel caso dell'art. 4 *bis* della delibera n. 425/01/CONS dell'Agcom), la sua inosservanza rende invalido il provvedimento tardivo. Né varrebbe obiettare che il termine di 150 giorni non è espressamente definito come termine perentorio, in quanto in un procedimento, quale è quello sanzionatorio, rigorosamente cadenzato da adempimenti posti a garanzia del destinatario dell'atto di contestazione, non può dubitarsi che la previsione da parte della stessa Amministrazione del termine finale abbia natura non solamente sollecitatoria, ma quanto meno comminatoria» (Tar Lazio, sez. III-*ter*, 17 gennaio 2007, n. 308).

(3) A giudizio di chi scrive, le tesi *sub* (1) e (2) non sono condivisibili nella loro opposta radicalità, esprimendo entrambe un «concetto del tipo tutto-o-niente» [Gometz, 30].

La prima tesi non configura mai l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio tardivo, in relazione ad alcun termine di conclusione del procedimento.

La seconda tesi configura sempre l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio tardivo allorquando sia superato, anche solo di un giorno, il termine di conclusione del procedimento stabilito discrezionalmente dalle singole autorità nei propri regolamenti.

In entrambi i casi non vi è possibilità alcuna di graduazione, di flessibilità, di adattamento al caso concreto.

Si potrebbe prospettare una tesi alternativa, che miri ad armonizzare:

- da un lato, l'ordinamento nazionale con gli ordinamenti sovranazionali (CEDU e UE), nel segno dell'interpretazione conforme [Ruggeri];
- dall'altro lato, le disposizioni puntuali del diritto nazionale (con particolare riferimento all'art. 2 della l. n. 241/1990) con il principio di ragionevolezza.

L'art. 6 della CEDU e l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea costituiscono il fondamento di questa proposta ricostruttiva.

L'art. 6 CEDU, nell'interpretazione della Corte EDU, si applica anche ai procedimenti amministrativi sanzionatori [Allena, 2012] e sancisce il diritto del cittadino a che tali procedimenti si concludano «entro un termine ragionevole».

L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in relazione a tutti i procedimenti amministrativi (siano essi di segno favorevole o sfavorevole per i destinatari), ribadisce il diritto alla conclusione del procedimento «entro un termine ragionevole».

Non è revocabile in dubbio che tanto l'art. 6 CEDU quanto l'art. 41 della Carta UE assurgano a parametri di legittimità per i provvedimenti amministrativi nazionali, che dovranno conseguentemente essere qualificati come illegittimi e dunque annullabili, qualora resi a seguito di procedimenti che abbiano superato il termine ragionevole di durata.

Perde perciò di rilevanza, nella prospettiva della primazia del diritto di fonte sovranazionale e comunitaria, la discussione circa il carattere perentorio o acceleratorio del termine di conclusione dei procedimenti amministrativi sanzionatori.

La legittimità o illegittimità del provvedimento sanzionatorio tardivo non può continuare a dipendere, nel mutato quadro ordinamentale, da una diatriba domestica sulla natura perentoria o ordinatoria del termine, ma deve ancorarsi a una valutazione da compiere alla luce del diritto sovranazionale: quella sulla misura ragionevole o irragionevole del tempo impiegato per la conclusione del procedimento.

Il problema nasce dal fatto che sia l'art. 6 della CEDU che l'art. 41 della Carta UE non quantificano il termine massimo di durata, ma si limitano a qualificarlo attraverso la clausola generale della ragionevolezza.

Il giudizio di ragionevolezza ha almeno due dimensioni: da un lato, esige attenzione per le peculiarità e specificità del caso concreto e adattamento flessibile al livello di complessità di quest'ultimo; dall'altro lato, per non ricadere nell'arbitrarietà, esige un *tertium comparationis* su cui appuntare la valutazione qualitativa.

Si propone qui di utilizzare il termine massimo di 180 giorni, stabilito dal legislatore italiano all'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990, come *tertium comparationis* (nel diritto nazionale) sulla cui base operare il giudizio di ragionevolezza (imposto dal diritto sovranazionale) della durata dei procedimenti amministrativi.

Il termine di 180 giorni, fissato dall'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990, sembra particolarmente idoneo ad essere assunto come *tertium comparationis* ai fini della verifica della ragionevolezza del termine ex artt. 6 della CEDU e 41 della Carta UE: ciò perché il termine di 180 giorni di durata massima dei procedimenti amministrativi è qualificato dal legislatore italiano come uno dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

Entrando in questo ordine di idee:

- nel prisma degli artt. 6 della CEDU e 41 della Carta UE, ove si assuma come *tertium comparationis* per il giudizio di ragionevolezza il LEP nazionale di cui all'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990, quando la durata del procedimento amministrativo sanzionatorio supera i 180 giorni si configura una presunzione di non ragionevolezza del termine di conclusione del procedimento;
- poiché a venire in rilievo non è la disposizione nazionale *ex se*, rispetto al dato puramente numerico dei giorni (180) in essa prescritto, bensì il principio di ragionevolezza, che rifugge da automatismi aritmetici ed ha carattere di per sé flessibile, questa presunzione di non ragionevolezza deve essere considerata una presunzione relativa, *iuris tantum*, vincibile fornendo la prova contraria attraverso un riferimento specifico alle peculiarità del caso concreto; non si tratta, dunque, di una presunzione assoluta, *iuris et de iure*, insuperabile;
- il destinatario di un provvedimento sanzionatorio, che sia stato adottato da un'autorità indipendente a seguito di un procedimento durato più di 180 giorni, potrà impugnare in giudizio quel provvedimento chiedendo al giudice di dichiararne la illegittimità, per violazione (presunta *iuris tantum*) del termine ragionevole di cui agli artt. 6 della CEDU e 41 della Carta UE;
- sarà l'Autorità indipendente, su cui incombe l'onere della prova contraria, a dover vincere la presunzione *iuris tantum* di non ragionevolezza della durata

del procedimento superiore a 180 giorni; l'autorità dovrà tentare di dimostrare, in giudizio, che la vicenda concreta oggetto del procedimento sanzionatorio presentava caratteri *eccezionali*, ad esempio in termini di complessità della fattispecie, di insostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, di peculiare portata degli interessi pubblici in gioco;

- sarà infine il giudice ad operare, su queste basi, il giudizio di ragionevolezza del tempo impiegato per la conclusione del procedimento e, qualora non ritenga raggiunta una sufficiente prova contraria in grado di vincere la presunzione *iuris tantum*, pronuncerà l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio, eliminandolo dal mondo giuridico per violazione del termine ragionevole di durata del procedimento ai sensi degli artt. 6 della CEDU e 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Bibliografia

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

Antonioli M.L., *Concorrenza*, in Chiti M.P. - Greco G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*. *Parte Speciale*, Tomo I, Milano, 2007, 847 ss.;

Camilli E.L., voce *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. V, Milano, 2012, 163 ss.;

Caridà R., *Autonomie regionali e attività amministrativa tra esigenze di trasparenza, obiettivi di semplificazione e diritti procedimentali,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013, reperibile all'indirizzo URL *http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0433_carida.pdf*;

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011;

Celotto A., *Il riscritto art. 29, l. n. 241/1990*, in Garofoli R., *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Roma, 2009, 110 ss.;

Cuocolo L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, 601 ss.;

De Lucia L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss.;

De Lucia L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005;

De Minico G., *Profili sistematici dei procedimenti amministrativi dinanzi all'Autorità "antitrust"*, in Severi F.S. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti. Aspetti problematici*, Milano, 1998, 9 ss.;

Gometz G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005;

Guacci C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012;

Mattarella B.G., *I procedimenti delle regioni e degli enti locali, in Giornale dir. amm.*, 2009, 1139 ss.;

Mattarella B.G., *Il procedimento*, in Cassese S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 223 ss.;

Monteduro M., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*. I. *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012;

Monteduro M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss.;

Morbidelli G., *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2010;

Passaro M., *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, in Fratini M. [a cura di], *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 957 ss.;

Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007;

Ramajoli M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998;

Ruggeri A., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed 'europeizzazione') della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, luglio 2010, reperibile all'indirizzo URL *http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/RUGGERI01.pdf*;

Sandulli M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2010;

Scognamiglio A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004;

Zito A., voce *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, Milano, 2010, 805 ss.

XII. I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio

Francesco Fabrizio Tuccari

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le fonti. – 3. Il contraddittorio. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

La valenza fondante ai fini dell'esercizio del potere, convenzionalmente riconosciuta ai principi del procedimento considerati in generale e in assoluto, diventa senz'altro paradigmatica quando se ne tratti con riferimento alle Autorità amministrative indipendenti e, in particolare, alla relativa potestà sanzionatoria.

Quest'ultima infatti, in controtendenza rispetto a quanto avviene nelle altre branche dell'ordinamento, è oggi connotata da ampi e crescenti spazi di discrezionalità (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542), che a seconda delle tesi in campo è amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507 e 29 dicembre 2010, n. 9575) o tecnica [Mattarella, 1996, 709], rispetto alle attività nevralgiche di sussunzione della fattispecie concreta in quella legale ai fini dell'avvio dell'azione sanzionatoria [Baldassarre, 2011, 578], nonché di quantificazione della sanzione di importo non fisso [cfr., *supra*, il contributo di Colapinto e, *infra*, quello di Goisis nonché, *amplius*, Id. (1), 2013, 79 ss., spec. 83 ss.].

Registrata in prima battuta la mancanza di una legge organica *del* o *sul* procedimento sanzionatorio che risulti trasversalmente valevole per tutte le Autorità indipendenti, circostanza questa che conferisce ulteriore risalto all'assunto di partenza, parlando di principi procedimentali il pensiero corre immediatamente al contraddittorio, da tutti inteso quale vero e proprio logo informatore delle Autorità in questione, che le identifica a vista tenendole distinte e differenziate rispetto alle altre tipologie di pubbliche amministrazioni [Clarich, 2004, 72; Chieppa, 2005, 3; Clarich - Zanettini, 2013, 358-359].

Approfondendo il punto d'osservazione, può rilevarsi come la trattazione del principio in esame intercetti temi e problemi fondanti dell'intera materia, che in quanto tali trascendono la prospettiva strettamente sanzionatoria, come:

- il dibattito su 'democrazia/legalità/legittimazione procedurale *versus* democrazia/legalità/legittimazione sostanziale', riguardante il possibile recupero, per questa via, dello sganciamento funzionale e strutturale delle Autorità indipendenti dai meccanismi di rappresentatività, propri dei sistemi bipolari, imperniati sull'asse Parlamento-Governo [Merusi, 2000, 28 e 83; Benvenuti L., 2002, 178; Clarich, 2004, 76; Clarich, 2005, 90; Clarich - Zanettini, 2013, 359, Torchia, 2014, 2];
- la questione della natura, paragiurisdizionale [Caianiello, 1997, 37; Id., 1998, 258] ovvero amministrativa con tratti di marcata specialità [giurisprudenza pacifica e dottrina assolutamente maggioritaria], delle Autorità amministrative indipendenti.

In quest'ottica è possibile affermare che la compenetrazione tra il principio del contraddittorio e le suaccennate tematiche/problematiche è progressivamente divenuta nel tempo così forte e avvertita, da rendere assai difficoltosa (e forse anche dogmaticamente non indispensabile) l'istituzione di un sicuro rapporto di presupposizione/consequenzialità tra queste e quello o viceversa.

In altre parole, risulta impresa non agevole stabilire quale dei due, tra le dette tematiche/problematiche e il principio del contraddittorio, abbia valenza consustanziale, caratterizzante e condizionante rispetto all'altro, non potendo spesso l'interprete far altro se non limitarsi a prendere atto dell'esistenza di un rapporto di reciproca osmosi, che dissolve le primazie o, comunque, ne sfuma alquanto i tratti somatici.

Da diverso angolo visuale, non va sottaciuto che la forza attrattiva del principio del contraddittorio è stata avvertita dalla giurisprudenza a tal punto che controversie suscettibili di immediata definizione mediante decisioni semplificate di mero rito sono state invece affrontate e risolte nel merito in relazione a doglianze, ritenute non a caso prioritarie ed assorbenti, calibrate proprio sulla violazione del principio in discorso [Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; Clarich, 2004, 74].

Questo stato di cose sembra attestare che il principio del contraddittorio, prima e oltre che dar luogo ad una meccanicistica normogenesi di regole meramente procedurali più o meno coerenti con il sotteso sistema sostanziale di riferimento [sul fenomeno cfr., in generale, Bartole, 1986, 515 e 531; Modugno, 1991, 4 e 8-9; Zagrebelsky G., 2008, 219; Pino, 2009, 137 e 156], vada ad affiancare e perfino a innervare gli stessi principi di carattere sostanziale [su cui cfr., *supra*, i contributi di Pantalone, Dinelli e Leonardi].

A voler estremizzare la portata dell'assunto che precede, poi, non sembra peregrino ritenere che, rispetto allo specifico contesto d'indagine, il principio del contraddittorio rappresenti qualcosa di più e di diverso di un semplice asserto

procedimentale sincretico della forma della funzione amministrativa, finendo per assurgere a vero e proprio elemento coessenziale alla stessa fattispecie precettiva [su cui cfr., in generale, Scoca F.G., 1979].

Eppure, è dato pacifico che nel dialogo tra i formanti dell'ordinamento, tanto in generale quanto in ambito sanzionatorio, il principio del contraddittorio venga declinato in maniera tutt'altro che univoca, legato com'è a variabili dipendenti che si alternano o si cumulano tra loro, quali l'autorità di riferimento, la funzione formalmente attribuita o concretamente svolta (regolativa, amministrativa, contenziosa), il destinatario della normativa trasgredita e il bene/interesse protetto da quest'ultima [in argomento, oltre agli Autori sopra citati, cfr. *infra* i contributi sui procedimenti sanzionatori delle singole Autorità indipendenti, nell'ordine, di Guzzi, Marcovecchio, Alfonsi, Mionteduro, Celone, Peroni, Brocca, Primerano e Tarantino].

Il dato peraltro, lungi dal riguardare il solo principio del contraddittorio, dove semmai assume proporzioni più vistose, contraddistingue anche le vicende di tutti gli altri principi procedimentali [cfr., *supra*, il contributo di Monteduro].

È nella natura delle cose, quindi, che, fermi restando gli obiettivi di perfettibilità del sistema consistenti nella semplificazione normativa da più parti auspicata sotto forma di tendenziale unificazione procedimentale, e nell'armonizzazione in alto dei livelli di garanzia fruibile, l'interprete venga a confrontarsi con un sistema a geometria variabile, che non permette di ipotizzare neppure astrattamente un approccio metodologico in termini di statica unicità o unità, dovendosi invece andare alla ricerca, almeno per il momento, di una più dinamica e fluida unitarietà fondata sulla individuazione delle comunanze e, soprattutto, sulla valorizzazione delle differenze riscontrabili a livello settoriale singolo o plurisettoriale omogeneo.

L'intuibile sensazione di disorientamento che, almeno in fase iniziale, può derivarne è tuttavia più apparente che reale, in quanto i principi procedimentali risultano per la maggior parte direttamente posti e disciplinati dalle diverse e articolate normative di settore, o comunque variamente mutuati dalle due leggi generali di riferimento, cioè dalla l. n. 241/1990 e, soprattutto, dalla l. n. 689/1981 [su cui cfr., *infra*, il contributo di Donato].

Rinviando ai capitoli a seguire per la disamina degli aspetti di dettaglio dei procedimenti sanzionatori delle singole Autorità e delle fisiologiche differenze intercorrenti tra loro, è possibile qui rilevare, in una prospettiva d'insieme, come i principi del primo gruppo rappresentino una sorta di nucleo duro costituito dagli asserti della facoltà della denunzia di parte, della durata del procedimento, del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione, della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie e dal principio di pubblicità.

Diverso discorso riguarda gli altri principi, che invece vengono acquisiti al sistema attraverso metodi e tecniche differenti, e segnatamente:

- dove mediante rinvio che, di volta in volta, è formale o recettizio, totale o parziale o dichiaratamente escludente, senza riserve o previa verifica di compatibilità con il contesto di destinazione, come nel caso dei vari principi contenuti nella l. n. 689/1981, nonché di quelli contemplati dalla l. n. 241/1990 con specifico riguardo all'individuazione del responsabile del procedimento e delle sue funzioni, alla partecipazione e all'accesso;
- dove attraverso riproduzione più o meno fedele delle disposizioni corrispondenti delle suddette leggi generali, come nel caso dell'obbligo di motivazione del provvedimento finale, con ampie aperture nei confronti della motivazione *per relationem* agli atti istruttori (e in particolare alla proposta di provvedimento), nonché del principio della sufficienza della motivazione limitata a uno o più punti decisivi della questione;
- dove tramite sostanziale riproposizione contestualizzata di figure, modelli o categorie disegnati dalle dette leggi generali, come nel caso del sub-procedimento con impegni, che dà luogo a una figura speciale di accordo ex art. 11 l. n. 241/1990 [su cui cfr., *supra*, il contributo di Leone e, *amplius*, Id., 2012];
- dove in via ermeneutica con funzione integrativa di eventuali lacune di disciplina, come nel caso delle illegittimità non invalidanti e, sebbene con non poche oscillazioni, dell'intervento volontario a tutela dei singoli, delle associazioni di categoria e di eventuali controinteressati pretermessi.

Può dirsi, allora, che l'indiscutibile e indiscussa problematicità di quest'approccio risiede nell'impostazione stessa del sistema, che non di rado pone l'interprete davanti a ipotesi di concorso apparente o reale tra le varie fonti *di* o *sulla* produzione in specie rilevanti, con le connesse implicazioni sui rapporti di forza che ne contraddistinguono le reciproche interrelazioni.

2. *Le fonti.*

La questione, che nasce dalla compresenza di una «specialità a più livelli» e di una «pluralità di fonti di diverso rango» [Clarich - Zanettini 2013, 360 e ss. e 362 e ss.], riguarda la corretta attuazione dei principi procedimentali nei nevralgici snodi di passaggio dalla normativa primaria a quella secondaria, da quest'ultima al procedimento e, secondo una prospettazione dianzi emersa [cfr., *supra*, Trimarchi], dal procedimento all'atto singolo.

Così posta, tale questione rimanda all'analisi già svolta al riguardo nel capitolo che precede [Monteduro], permettendo qui di limitare all'essenziale, e per eventuale differenza, le complementari considerazioni sul punto.

La tesi di fondo ivi sostenuta e le argomentazioni di supporto, che assumono la l. n. 241/1990 come centro di gravità del sistema procedimentale sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti, sono senz'altro condivisibili finché si tratti di assicurare per questa via il livello di garanzie offerte dal sistema là dove queste non vi siano affatto, ovvero di accrescerle nel caso in cui quelle offerte dai "microcosmi" alternativi di riferimento (specifiche normative di settore o l. n. 689/1981) siano inferiori per numero e/o per qualità.

E così, anche in linea con quanto avviene nei procedimenti comunitari a tutela della concorrenza, potrebbe essere finalmente avviata a soluzione la nota *querelle* sulla ammissibilità del contraddittorio in fase preistruttoria, che nel dibattito nazionale vede contrapposto chi ritiene inapplicabile la l. n. 241/1990 a ciò che procedimento ancora non è [Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265; Ramajoli, 1998, 433], a chi obietta come, in disparte l'ascrivibilità della preistruttoria alla sistematica generale del procedimento [De Lucia, 2002, 730 ss.], l'esigenza del contraddittorio rilevi maggiormente proprio in questa fase, che rappresenta la naturale sede di gestazione della contestazione di addebiti e, salvo modifiche di regola inessenziali, il terreno di coltura del contenuto del provvedimento finale, tant'è che alcune autorità indipendenti lo assicurano quantomeno in via di prassi [Agus, 2006, 901; Schiona, 2009, 399; Scalise - Mariano, 2011, 932; Clarich - Zanettini, 2013, 364].

Sennonché, lasciando da parte tematiche come la preistruttoria e la durata massima del procedimento, alle quali vanno aggiunte quelle rivenienti dagli altri menzionati principi della l. n. 241/1990 mutuati dalla normativa di settore, è opinione comune che le garanzie apprestate dalla l. n. 689/1981 e, sia pure con diffusa polifonia di accenti, dalla stessa normativa di settore risultino spesso maggiori e migliori di quelle recate dalla l. n. 241, cosicché un problema di prevalenza o di cedevolezza di quest'ultima rispetto a quelle altre non verrebbe a porsi neppure in ipotesi astratta.

Conducenti indicazioni in questo senso provengono ancora una volta dalla scelta del modello di contraddittorio.

Ed invero, nel sistema della l. n. 241, esso rimane entro i confini di una partecipazione, di tipo sia difensivo che collaborativo, e per così dire rafforzata, in quanto orizzontalmente estesa anche ad eventuali terzi, ma pur sempre limitata, nei confronti sia di questi ultimi che delle stesse parti, ad una interlocuzione scritta accompagnata da produzione documentale.

Diverso discorso, invece, riguarda il sistema della l. n. 689 e della normativa di settore, dove sembra senz'altro più appropriato parlare di contraddittorio, perché esso, di carattere marcatamente difensivo, è sì tendenzialmente (ma non esclusivamente) verticalizzato sul rapporto tra autorità e potenziale destinatario

del provvedimento finale, ma si svolge a richiesta anche oralmente sotto forma di audizione personale degli interessati.

Altrettanto dicasi per il principio della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie, che viene affermato senza riserve dalla l. n. 689/1981 e dalla normativa di settore, e per converso risulta dichiaratamente attenuato nella l. n. 241/1990, il cui art. 6, comma 1, lettera e), affida al responsabile del procedimento, per definizione responsabile dell'istruttoria, l'adozione del provvedimento finale «ove ne abbia la competenza».

D'altra parte, in un più ampio ordine di idee, l'oramai acquisita natura di «legge breve *sul* procedimento» della 241 [Morbidelli - Gola, 2005, 553 ss.], cioè di legge che impartisce alcuni fondamentali principi al riguardo, fa sì che spesso la disciplina *del* o *dei* procedimenti debba essere ricercata e attinta altrove, e nel caso di specie, appunto, dalla l. n. 689 o dalla normativa di settore, come nel caso della preistruttoria (qualora si condivida quanto detto in proposito), dell'istruttoria, della verbalizzazione, della pubblicazione, etc.

A tanto aggiungasi che, in alcune ipotesi, è la stessa l. n. 241 a rendere giuridicamente inoperanti le conseguenze della violazione delle garanzie ivi o altrove contemplate, come nel caso, precedentemente segnalato, della ritenuta (quanto criticata) applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, anche ai procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti [Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20933; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542, cit.; Rordorf, 2010, 988 e, *infra*, il contributo di Goisis].

Tanto per dire che, se si conviene sul fatto che i rapporti di forza tra le varie fonti debbano essere meritoriamente improntati all'innalzamento delle garanzie, è il rilevato carattere proteiforme del sistema in esame ad indirizzare l'interprete, ovviamente se e fin dove è possibile, verso modelli polivalenti di reciproca armonica integrazione tra fonti diverse, anziché spingerlo ad attestarsi su logiche monocordi di prevalenza o di cedevolezza di questa o di quella disposizione o dei più ampi assetti normativi di riferimento.

Ciò viepiù considerando che, anche a voler seguire queste ultime logiche, la prevalenza della norma che offre maggiori garanzie, o la cedevolezza di quella che ne offre di meno, sembra più e meglio assicurata dal confronto e dal coordinamento tra le varie disposizioni astrattamente applicabili, anziché da spesso malintese applicazioni del principio gerarchico o di specialità.

In altre parole, se l'auspicata piena valorizzazione della l. n. 241/1990 è senza dubbio necessaria, perché spesso apporta un contributo decisivo al superamento di eventuali aporie e incoerenze di sistema, essa tuttavia potrebbe rivelarsi ancora insufficiente, perché per definizione (soltanto) essenziale (e dunque minimale), richiedendo all'uopo elementi di supporto ancora più robusti e specifici.

In definitiva la l. n. 241/1990, più che come criterio ordinale assoluto e fisso al quale debbano rapportarsi tutti gli altri principi procedimentali, verrebbe a variamente operare a seconda delle circostanze; ciò che, lungi dallo sminuire l'individuata sua primaria importanza, sembra porsi in linea di continuità con la rilevata complessiva impostazione del sistema.

La riprova dell'assunto può trarsi dal modello strutturale, funzionale e diacronico che, disinteressandosi delle (talvolta sensibili) differenze che intercorrono tra i singoli procedimenti, caratterizza l'esercizio della potestà sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti considerate nel loro complesso.

E infatti, tra l'impostazione inquisitoria della l. n. 241/1990 e quella accusatoria della l. n. 689/1981, non è stata accordata preminenza né all'una né all'altra, ma ci si è indirizzati verso la costruzione di un modello misto [Rordorf, 2010, 991], nel quale entrambe le impostazioni coesistono e convivono, rimanendo distinte semmai dall'ordine in cui si succedono, posto che a una prima fase di carattere inquisitorio, rappresentata dall'istruttoria, ne segue una seconda, più articolata, di tipo accusatorio, bipartita nella «parte istruttoria della decisione» [Fratini - Gasparri - Giallongo, 2011, 436] e nella decisione vera e propria.

3. *Il contraddittorio.*

Risulta chiaro, dunque, come il più importante tra i principi procedimentali sia senz'altro quello del contraddittorio, anche per i profili problematici che ne accompagnano l'evoluzione.

Una rapida ricognizione delle questioni ancora aperte al riguardo, ad alcune delle quali si è accennato nei precedenti paragrafi, rimanda alla già ricordata problematica di cornice della natura paragiurisdizionale delle autorità amministrative indipendenti o, secondo altra impostazione, delle loro funzioni più significative [Ramajoli, 1998, 423; Clarich, 2004, 78], e dunque dei relativi procedimenti individuali, quelli cioè, per quanto di specifico interesse, di carattere sanzionatorio.

La questione, particolarmente avvertita negli ordinamenti nazionali [Cuocolo, 2007, 617 ss.], vede nel nostro ordinamento, come ricordato *sub* 1., l'unanime giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) e la prevalente dottrina oramai attestate sulla posizione negativa, fondata sull'ontologica diversità tra gli organismi indipendenti e il giudice e, quindi, tra i rispettivi procedimenti sanzionatori e il processo, con la conseguente impossibilità di istituire equipollenze di sorta tra gli uni e l'altro.

Senza entrare nel merito delle varie argomentazioni particolari di supporto [per un quadro d'insieme, cfr. Verde, 1998, 747 ss.; Scarselli, 2000], per-

ché divenute oramai *jus receptum*, sembra evidente come la ravvisata diversità tra i procedimenti sanzionatori e il processo, che in sé considerata è presidio di coerenza e di tenuta del sistema, finisca in tal modo per legittimare le più ridotte garanzie riscontrabili negli uni rispetto all'altro.

E tuttavia, per superare questo *empasse*, basta rilevare come tali garanzie trovino compiuta esplicazione proprio nel processo, tenuto conto anche del fatto che oggetto del giudizio di opposizione non è il solo atto ma l'intero rapporto sanzionatorio, cosicché il pieno esercizio di esse viene soltanto spostato di sede e procrastinato nel tempo.

Così argomentando, però, quello garantito nei procedimenti in esame, pur superando i limiti di una semplice partecipazione e dunque assurgendo a contraddittorio, è tale ma in senso debole e non già tecnico, non risultando interamente assicurati i basilari principi costituzionali del giusto processo e del diritto di difesa, che certamente informano, invece, il giudizio di opposizione.

Per contro, la questione assume valenza marginale, quando non perfino neutra, se ricondotta al contesto europeo [cfr., *infra*, il contributo di Valaguzza], dove viene affrontata e risolta seguendo un percorso che, assunto il diverso canone dell'effettività della tutela come appannaggio proprio ma non esclusivo del processo, passa attraverso gli snodi fondamentali:

- dell'estensione al procedimento sanzionatorio delle garanzie formalmente previste per il processo dall'art. 6 della CEDU [cfr., *supra*, il contributo di Allena e, *amplius*, Id., 2012; Goisis (2), 2013];
- dell'affiancamento, a supporto, delle più rilevanti disposizioni d'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 41, e 47-52);
- dell'attuazione del sistema, così creato, mediante un variegato strumentario comprensivo di comunicazioni (Commissione europea, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 19 ottobre 2010, COM (2010), 573 def.), raccomandazioni, procedure d'infrazione e, in ultima analisi, anche del ricorso alla Corte di Giustizia [Bruzzone - Boccaccio - Saija, 2013, 388-389].

Lungi dall'essere incompatibili, queste due differenti impostazioni, se combinate insieme secondo la logica della complementarietà e integrazione prospettata in precedenza, permetterebbero di offrire un'adeguata risposta alle tre principali questioni applicative controverse, quelle cioè relative all'ammissibilità del contraddittorio:

a) in fase decisoria;
b) nei confronti all'adozione di misure cautelari preventive rispetto all'avvio del procedimento sanzionatorio o contestuali ad esso;
c) nell'ambito del sub-procedimento con impegni.

E più in particolare.

a) Quanto alla prima questione, è noto:

- che la normativa di settore tende ad assicurare il contraddittorio di regola esclusivamente in fase istruttoria, peraltro lasciandone fuori atti fondamentali come la proposta di provvedimento, che tuttavia, alla stregua di logiche compensative, è autonomamente disattendibile e comunque riformulabile da parte dell'autorità decidente;
- che il diritto vivente circoscrive ulteriormente la portata del principio del contraddittorio in fase istruttoria, ritenendolo soddisfatto, sia pure nel minimo, sol che siano stati contestati gli addebiti ed esaminate e valutate le controdeduzioni degli interessati;
- che vi fanno eccezione procedimenti particolari, come quelli dell'Agcm in materia *antitrust* finalizzati all'inflizione di sanzioni gravi, dove la peculiare importanza del bene/interesse tutelato fa sì che il contraddittorio, oltre a riguardare tutti gli atti e le attività proprie della fase (informazioni, esibizione di documenti, ispezioni, perizie, analisi economiche, consulenze specialistiche, etc.), sia esteso anche alla proposta di provvedimento e trovi compiuta attuazione mediante l'adempimento formale della comunicazione delle risultanze istruttorie agli interessati, sulla quale poi ulteriormente contraddire;
- che, salvo eccezioni come quelle dei procedimenti dell'Agcm in materia *antitrust* e dei procedimenti dell'Aeeg, nei quali ad esigere il contraddittorio è il bene/interesse tutelato, la fase decisoria ne risulta per contro sguarnita, e ciò sia perché in questa fase il contraddittorio di norma è previsto per i procedimenti ablatori reali, sia perché un'impostazione che ve lo ammettesse rischierebbe di collidere con altri principi ritenuti poziori, quali quelli di efficienza, efficacia, economicità e non aggravamento.

Orbene, stando alla suesposta logica della complementarietà e integrazione, andrebbe da sé estendere il contradditorio, pur dove non espressamente previsto, alla fase decisoria, tutt'al più subordinandolo a specifica richiesta degli interessati e/o a verifica di effettiva utilità (e perciò di ammissibilità) da parte dell'autorità cui compete l'emanazione del provvedimento finale.

Il che comporterebbe, da un lato, l'accrescimento del livello delle garanzie fruibili nel procedimento sanzionatorio, senza tuttavia alterarne la natura amministrativa che gli è propria; dall'altro, la maggior prevedibilità e accettabilità della decisione finale [Clarich - Zanettini, 2013, 386], con possibili ricadute deflattive sul contenzioso giurisdizionale.

b) Così verrebbe risolta in maniera soddisfacente anche la seconda questione, ove si consideri che la tendenza generale è nel senso di contemperare quanto più possibile le esigenze di indifferibilità e urgenza, che sono alla base della misu-

ra cautelare, con quelle di garanzia del contraddittorio, il cui esercizio è ridotto al minimo indispensabile, quando non perfino al di sotto di questa soglia, peraltro legata alle variabili dipendenti alle quali si è già accennato.

E tanto risulterebbe ancora più evidente nel caso di richiesta di misura cautelare *inaudita altera parte*, che può essere emessa soltanto in via del tutto eccezionale e a contraddittorio differito al momento della conferma o della revoca del provvedimento che tale richiesta ha delibato.

In quest'ultimo caso una forma di contraddittorio sia pure in embrione sarebbe comunque assicurata attingendo, nei termini dianzi precisati, agli attuali assetti del processo amministrativo, i quali sono tali da non escludere in assoluto il contraddittorio, il cui esercizio può sempre e comunque avvenire per iscritto nel sia pur breve lasso di tempo che intercorre tra la notifica del ricorso con l'annessa richiesta di misura cautelare *inaudita altera parte* e la delibazione della stessa, come d'altronde conferma una prassi che sembra andare sempre più consolidandosi.

c) Lo stesso potrebbe dirsi anche per la terza questione, con riferimento alla quale anzitutto devono tenersi distinti, da un lato, i procedimenti dell'Agcm in materia *antitrust*, dell'Agcom e dell'Aeeg e, dall'altro, quelli della stessa Agcm su pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette; e ciò perché il contraddittorio, che nei primi è contemplato in forma sia verticale (rispetto alla proposta preliminare e definitiva d'impegno) che orizzontale (rispetto alla proposta definitiva, tramite il c.d. *market test*), negli altri invece manca del tutto.

A tanto si aggiungano le differenze ravvisabili tra i procedimenti del primo gruppo, ove si consideri che il contraddittorio sulla proposta preliminare di impegni, previsto davanti all'Agcm a richiesta anche in forma orale, presso l'Agcom invece può svolgersi soltanto per iscritto.

In questo caso, rifarsi alla prospettata logica della complementarietà e della integrazione permetterebbe di superare queste innegabili discrasie del sistema, che così potrebbe aprirsi ad un livellamento verso l'alto di garanzie primarie ed irrinunciabili quale è quella del contraddittorio e degli altri fondamentali diritti ad esso sottesi.

4. *Conclusioni.*

Gli altri principi ai quali si è accennato presentano, per parte loro, profili e problematiche in qualche misura comuni a quelle già viste a proposito del contraddittorio.

Tanto è a dirsi, in primo luogo, nei riguardi del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Le recenti riforme di riassetto dei procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti ne hanno ridisegnato la fisionomia mediante il passaggio dall'originario archetipo 'alla francese', strutturalmente bipartito tra competenza dell'autorità amministrativa indipendente per la fase istruttoria e competenza del Ministero per quella decisoria, all'attuale modello, che ricalca l'esperienza anglosassone, dell'accentramento di entrambe le fasi davanti all'autorità indipendente, con distinzione funzionale e affidamento delle stesse, nell'ordine, a uffici e organi della medesima autorità.

Ciò ha ingenerato non pochi dubbi sulla garanzia di effettiva indipendenza del sistema, che la giurisprudenza ha tuttavia superato sulla scorta dell'assunto *passepartout* che, vertendosi nell'ambito di procedimenti amministrativi e non giurisdizionali, è sufficiente che l'indipendenza assicurata in astratto sia di tipo funzionale e non necessariamente anche organica; conseguentemente, è stato ritenuto un falso problema quello della mera presenza degli organi istruttori in sede decisoria, assolvendo gli stessi ad una funzione collaborativa che permette l'adozione di una decisione quanto più consapevole e informata possibile da parte dell'autorità preposta all'adozione del provvedimento finale.

Tale nuova impostazione è stata però sottoposta a critica, con riferimento al suo concreto svolgersi, dalla dottrina che l'ha etichettata come un «rito "teatrale"» dove accusatore e decisore compiono in concreto un «esercizio retorico nel dire le stesse cose» (Merusi, 2010, 943).

Lo stesso dicasi per l'accesso agli atti e ai documenti amministrativi, laddove il più rilevante profilo di eccentricità rispetto alle regole generali consiste nella minor tutela accordata ai terzi, nei cui confronti l'accesso è talvolta del tutto escluso sul presupposto della loro estraneità alla vicenda procedimentale, e quindi del difetto di legittimazione/interesse alla relativa richiesta, o comunque sensibilmente limitato stante la ravvisata finalità, di carattere informativo nei confronti dell'autorità, tendenzialmente assolta dalla partecipazione procedimentale di costoro.

Quanto ai restanti principi (verbalizzazione, conoscenza degli atti istruttori, competenza all'adozione del provvedimento finale, pubblicazione), gli eventuali aspetti di criticità, che essi possono presentare, discendono tutti dalla rilevata forte differenziazione delle singole discipline di riferimento, la cui armonizzazione sembra per il momento rappresentare soltanto un '*sollen*' e non già un '*sein*' di sistema.

Il che ancora una volta chiama in sussidiarietà l'interprete, responsabilizzandolo e valorizzandone significativamente il ruolo demiurgico che gli è proprio.

Bibliografia

Agus D., *Il procedimento sanzionatorio dell'Isvap*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, 901 ss.;

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

Baldassarre A., *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in Aa. Vv. (a cura di Fratini M.), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2011, 471 ss.;

Bartole S., voce *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 519 ss.;

Bruzzone G. - Boccaccio M. - Saija A., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, in *Giur. comm.*, 2013, 387 ss.;

Caianiello V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1997, 37 ss.;

Caianiello V., *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Dir. ec.*, 1998, 258 ss.;

Chieppa R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005;

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2004, 72 ss.;

Clarich M., *Autorità indipendenti. Ascesa e declino di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005;

Clarich M. - Zanettini L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 358 ss.;

Cuocolo L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, 601 ss.;

De Lucia L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss.;

Fratini M., *Le sanzioni dell'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP)*, in Aa. Vv. (a cura di Fratini M.), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2011, 625 ss.;

Fratini M. - Gasparri G. - Giallongo A., *Le sanzioni della Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB)*, in Aa. Vv. (a cura di Fratini M.), *Le sanzioni*, cit., 3 ss.;

Goisis F. (1), *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.;

Goisis F. (2), *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette,* in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.;

Leone C., *Gli impegni nei procedimenti* antitrust, Giuffrè, Milano, 2012;

Mattarella B.G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 696 ss.;

Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000;

Merusi F., *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 939 ss.*;*

Modugno F., voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Treccani, Roma, 1991, 1 ss.;

Morbidelli G. - Gola M., *Il procedimento amministrativo*, in Aa. Vv. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi, Bologna, 2005, 553 ss.;

Pino G., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131 ss.;

Ramajoli M., *Attività amministrativa e disciplina* antitrust, Giuffrè, Milano, 1998;

Rordorf R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Le soc.*, 2010, 981 ss.;

Scalise M. - Mariano P., *L'Isvap*, in Aa. Vv. (a cura di Cirillo G.P.P. - Chieppa R.), *Le autorità amministrative indipendenti*, CEDAM, Padova, 2011, 932 ss.;

Scarselli G., *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Giuffrè, Milano, 2000;

Schiona L., *Le garanzie procedimentali nell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie da parte dell'Isvap*, in *Assic.*, 2009, I, 399 ss.;

Scoca F.G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Arti Grafiche, Città di Castello, 1979;

Torchia L., *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2014.;

Verde G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 747 ss.*;*

Zagrebelsky G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008

XIII. Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Federico Francesco Guzzi

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il procedimento istruttorio innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. – 3. Partecipazione all'istruttoria. – 4. Attività istruttoria dell'Autorità. – 5. Comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale. – 6. La procedura istruttoria in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette (cenni).

1. *Premessa.*

La tematica concernente il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato involve numerosi aspetti di non poco rilievo, di stampo sia generale sia più di dettaglio: in questa sede verranno tralasciati i profili concernenti la nozione di sanzione (in specie, le implicazioni e i rapporti con la disciplina di cui alla l. n. 689/1981, ed il suo carattere, se tipicamente afflittivo e/o anche regolatorio: su questi profili cfr., *supra*, rispettivamente, il contributo di Leonardi e quello di Trimarchi) e le misure cautelari.

Non si tratterà neppure delle fasi *alternative* e premiali (i cd. impegni e i programmi di clemenza sui quali cfr., *supra*, il contributo di Leone), che si innestano all'interno della procedura sanzionatoria, e delle cd. autorizzazioni in deroga; non si tratterà, infine, dei principi generali del modello procedimentale-sanzionatorio dell'Autorità (o comunque se ne farà solo qualche accenno puntuale e succinto), né dei profili riguardanti – a monte – l'oggetto stesso dell'accertamento e dell'indagine dell'Autorità che riguarda, come noto, le condotte di abuso di posizione dominante, concentrazione e intese [Su queste tematiche si veda, in generale, Fattori - Todino, 2010; Catricalà - Lalli, 2010; Catricalà - Troiano, 2010; Clarich, 2005; Frego Luppi, 1999; Frignani - Pardolesi, 2006; Polica, 2007; Tesauro - D'Alberti, 2000].

Si tratterà, quindi, direttamente e nel dettaglio, del procedimento sanzionatorio come disciplinato dalla legge n. 287/1990 e dal d.P.R. n. 217/1998. Infatti, mentre la legge generale contiene poche e scarne disposizioni in merito alla procedura e, dunque, alle rispettive fasi, il regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Agcm ci dà invece un quadro ampio, piuttosto esaustivo,

specifico e dettagliato del procedimento sanzionatorio; è dunque sul regolamento che verrà focalizzata l'attenzione della ricerca e del presente contributo.

2. *Il procedimento istruttorio innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.*

Come specificato nella introduzione, il procedimento sanzionatorio (di carattere speciale rispetto al modello generale di cui alla legge n. 241/1990) trova disciplina nell'art. 14 della legge n. 287/90 e, soprattutto, nel d.P.R. n. 217/1998 il quale, sostituendo il regolamento n. 461/1991, ha introdotto un modello procedimentale piuttosto dettagliato che si sviluppa in più fasi: avvio dell'istruttoria – fase della partecipazione delle imprese e connesso esercizio dei poteri istruttori dell'Autorità – comunicazione delle risultanze e audizione finale delle imprese interessate – provvedimento finale.

In omaggio a uno schema garantistico di stampo penale (in cui si distingue la funzione giudicante da quella inquirente), gli interventi nell'ambito del procedimento sono ricondotti (seppure senza determinare una formale separazione tra organo istruttorio e organo decidente) a una duplice competenza, a un modello quindi bifasico in cui sono protagonisti, da una parte, gli uffici che propongono/avviano e conducono l'attività istruttoria (e pre-istruttoria) e dall'altra il collegio, il quale valuta le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'attività stessa oltre, ovviamente, ad avere la competenza sulla decisione finale. Ma andiamo con ordine.

Ex art. 6 (avvio dell'istruttoria) del d.P.R. cit., nei casi di presunte infrazioni delle regole sulla concorrenza poste in essere dalle imprese operanti nel mercato, il collegio, valutate le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'istruttoria (la delibera ha carattere recettizio, di conseguenza, ai fini della sua efficacia è necessaria la notifica all'impresa destinataria dell'attività istruttoria).

L'avvio dell'attività è quindi di esclusiva competenza del collegio; gli uffici hanno solo la possibilità di formulare delle proposte in merito alla necessità di procedere (sul fondamento della decisione di avvio dell'istruttoria v. Cons. Stato, sez. VI, n. 2199/2002).

Siamo in presenza di un modello bifasico in cui troviamo un netto dualismo, in termini di competenza, fra chi procede, propone, indaga (gli uffici) e chi decide (il collegio). Dualismo che non è casuale ma – in un'ottica garantistica – tende proprio, delimitando le rispettive sfere di competenza, a far sì che vengano prese decisioni ponderate in merito sia alla necessità di procedere sia a quella decisoria/provvedimentale in senso stretto.

Rimane un certo margine di autonomia degli uffici, invece, per quanto concerne l'attività pre-istruttoria (art. 12 legge n. 287/1990) [sulla fase pre-istruttoria v. Fattori - Todino, cit., 349-351. In generale v. De Lucia, 2002, 717 ss.; Id., 2006, 140: «La preistruttoria amministrativa consente ad un'amministrazione di acclarare che una determinata situazione generi il dovere, o concretizzi l'opportunità di esercitare un determinato potere. Con essa, l'amministrazione forma al suo interno la decisione circa l'esercizio del potere, circa l'avvio del relativo procedimento. La preistruttoria ha dunque natura interna, intendendosi con tale espressione quelle attività che, precedendo la formalizzazione in atti o procedimenti, assumono una rilevanza giuridica nell'ambito dell'organizzazione amministrativa. Essa ha un collegamento interno con l'atto di avvio, nel senso che può senz'altro culminare in un atto di un procedimento esterno (appunto l'avvio), ma può anche dar luogo all'archiviazione della pratica, qualificabile, nella maggior parte dei casi, come atto interno». Sul punto v. Cons. Stato, sez. VI, n. 3269/2004 e, in materia di concorrenza, Cons. Stato, sez. VI, n. 652/2001: «il termine "valutare", oltre ad implicare una prima delibazione sulla sussistenza delle presente violazioni, non può che comportare un'iniziale e minimale attività, anche istruttoria, diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute al fine di verificare la sussistenza quanto meno di un *fumus* in ordine alle violazioni da contestare. Una diversa interpretazione condurrebbe all'irragionevole conseguenza di dover comunicare il formale avvio di istruttoria per ogni denuncia presentata (anche in termini generici), con il rischio della strumentalizzazione di tali esposti». Nei medesimi termini v. Cons. Stato, sez. VI, n. 4362/2002. Tar Lazio, sez. I, n. 3301/2008. Sempre con riferimento alla fase preistruttoria, v. Tar Lazio, sez. I, n. 3720/2004, secondo cui: «la decisione di aprire l'istruttoria al fine di verificare la violazione dei divieti di cui agli articoli 2 e 3 della legge n. 287 è preceduta da una fase preliminare di valutazione dei fatti che può concludersi con la decisione di archiviazione; durante tale fase non vi è l'obbligo di utilizzare i poteri istruttori di cui l'Autorità dispone») che è fase di indagine preliminare, prodromica e funzionale alla scelta se proseguire per mezzo di una comunicazione formale di avvio oppure se optare per l'archiviazione; autonomia inevitabile posto che, prima di procedere in via formale, un minimo di delibazione sommaria e preventiva è necessaria comunque porla in essere; se i meccanismi garantistici in questa fase sono carenti, il *vulnus* trova però ampio bilanciamento nel procedimento formale (una volta e se verrà instaurato) all'interno del quale si attivano tutte le garanzie partecipative, le quali risultano piuttosto rafforzate e penetranti (Sui principi procedimentali, ed in particolare sul contraddittorio, cfr., *supra*, i contributi di Monteduro e di Tuccari. Sui poteri partecipativi dei terzi e l'ampliamento del novero dei soggetti ammessi a partecipare v. Cons. Stato,

sez. VI, n. 1258/2002. Cons. Stato, sez. VI n. 3865/2004. Cons. Stato, sez. VI, n. 1113/2005 secondo cui: «la circostanza che l'Autorità sia tenuta a perseguire l'interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica non è in grado di escludere, in linea di principio, che anche soggetti terzi rispetto ai destinatari diretti dei provvedimenti finali possono vantare interessi, pretensivi o oppositivi, suscettibili di ricevere protezione giuridica. E l'interesse delle imprese terze rispetto a un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza è oggetto di valutazione positiva da parte dell'ordinamento». Cons. Stato, sez. VI, n. 280/2005).

Nell'ipotesi in cui si opti per l'avvio, il citato articolo 6, comma 3, del d.P.R. n. 217, prevede che il provvedimento di avvio stesso (deliberato dal collegio) debba indicare gli elementi essenziali relativi alle presunte infrazioni (elementi che, soprattutto nell'ottica della procedura alternativa degli impegni), dovrebbero essere circostanziati e indicati in maniera puntuale), il termine di conclusione del procedimento (che non è legislativamente prefissato bensì lasciato all'autonoma decisione dell'Autorità), l'ufficio presso cui può prendersi visione degli atti della procedura, il responsabile del procedimento, il termine entro cui le parti possono chiedere di essere sentite (per un esempio di provvedimento di avvio, di recente, e a titolo esemplificativo, v. Provvedimento di avvio del 22 maggio 2013 in materia di trasporto ferroviario (Gruppo FS); nonché, Provvedimento di avvio del 16 luglio 2013 in tema di tariffe professionali (CNF)).

Il provvedimento deve quindi essere notificato alle imprese, agli enti interessati, e a coloro che (avendo un interesse immediato diretto e attuale) hanno presentato denunce e istanze utili all'avvio della procedura istruttoria.

Sempre in un'ottica garantistica, lo stesso provvedimento è pubblicato nel bollettino dell'Autorità.

3. *Partecipazione all'istruttoria.*

Ex art. 7, comma 1, Reg., possono partecipare all'attività istruttoria i soggetti destinatari delle notifiche di avvio dell'istruttoria (parti necessarie), nonché, eventualmente, i soggetti portatori di interessi pubblici e privati e le associazioni dei consumatori che possano subire un pregiudizio diretto, immediato e attuale; la partecipazione di questi ultimi è subordinata a una motivata richiesta che deve essere fatta entro un termine (non perentorio) di trenta giorni dalla pubblicazione dell'avvio nel bollettino dell'Autorità.

Ai soggetti che partecipano all'attività istruttoria sono dati una serie di poteri, determinanti un pieno contraddittorio [sul contraddittorio v. altresì Ramajoli, 2003].

Ex art. 7, comma 2, Reg., possono infatti presentare memorie scritte, documenti, deduzione e pareri, nonché esercitare il diritto di accesso di cui all'art. 13 del Regolamento citato (il cui modello di riferimento sono, a livello transnazionale, i Regg. CE n. 1/2003 e n. 773/2004).

È poi prevista la possibilità – ma solo per i soggetti destinatari della notifica di avvio del procedimento di istruttoria, la cui tutela risulta quindi più pregnante – di essere sentiti in una formale audizione e di essere nuovamente sentiti prima della chiusura dell'istruttoria medesima.

In definitiva, si devono distinguere le imprese destinatarie dell'accertamento e i soggetti interessati e/o denuncianti che hanno ricevuto notifica, dai soggetti terzi che abbiano fatto espressa richiesta di partecipazione; la partecipazione di questi ultimi ha valore essenzialmente strumentale: non avendo finalità difensive bensì collaborative, contribuisce (ricalcando le osservazioni ai piani, fatte in sede di programmazione urbanistica) alla completezza dell'accertamento e, in generale, all'attività istruttoria

Con riferimento al termine per la richiesta partecipativa fatta dai soggetti in questione, come accennato, la norma prevede un termine di trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione, sul bollettino, del provvedimento di avvio dell'istruttoria; termine che non dovrebbe comunque intendersi come perentorio.

Nell'ottica, infatti, dell'ottimizzazione della partecipazione e della funzione garantistica dell'istruttoria, sarebbe dunque possibile fare una richiesta postuma e successiva alla scadenza dei trenta giorni; il che si giustifica anche alla luce del fatto che l'istanza tardiva va ad innestarsi in un procedimento (quello istruttorio) di una durata che varia caso per caso (risultando, a volte, particolarmente prolisso. Solo in tema di concentrazioni il termine, fissato per legge, per decidere se aprire un'istruttoria è di 30 giorni e quello per concluderla è di 45 giorni. Per abusi di posizione dominante e intese in genere è fissato in 240 giorni, ma l'Autorità ne stabilisce caso per caso, nell'atto di avvio, la durata).

Sempre per quanto concerne la partecipazione, l'audizione delle imprese, le loro deduzioni e memorie etc., assumono particolare rilevanza, oltre che per finalità difensive, anche nell'ottica dei cd. impegni che le stesse imprese possono assumere al fine di evitare le sanzioni.

Con riferimento invece ai poteri partecipativi che si sostanziano in una richiesta di accesso agli atti, siffatta possibilità, come anticipato, è prevista dall'art. 13 Reg., il quale prevede, appunto, che nel corso dell'istruttoria i soggetti interessati possano richiedere i documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità.

L'accesso in questione (sul quale il responsabile del procedimento provvede entro il termine di 30 giorni, informandone il collegio) si caratterizza per le sue finalità essenzialmente partecipative/difensive più che informative. Posto che sia-

mo all'interno dell'attività istruttoria, è evidente che i soggetti che fanno istanza (soprattutto le imprese soggette all'accertamento) mirano ad una conoscenza non meramente informativa bensì funzionale all'eventuale audizione o alla predisposizione di memorie e scritti difensivi.

Ad ogni modo – sebbene l'art. 7, comma 2, Reg. preveda l'accesso per i soggetti partecipanti – valorizzando i principi generali in materia di accesso (che non arretrano neanche dinanzi a disposizioni speciali e di dettaglio), la richiesta potrebbe essere fatta anche da parte di soggetti che non sono formalmente parti del procedimento istruttorio.

L'accesso, in definitiva, non è esclusivamente finalizzato, e dunque circoscritto all'attività partecipativa/difensiva delle imprese o dei soggetti che, in generale, prendono parte all'istruttoria, ma gode (in base ai principi generali in materia) di uno spettro applicativo più ampio che vede come titolari tutti coloro i quali abbiano interesse, a prescindere dall'intervento formale all'interno del procedimento istruttorio (su partecipazione, forme di accesso e riservatezza v. Tar Lazio, n. 1547/1996; Tar Lazio, n. 873/1999; Tar Lazio, n. 12144/2000; Tar Lazio n. 2281/2000; Cons. Stato, sez. VI, n. 1671/2001; Tar Lazio, n. 80/2003; Tar Lazio, n. 5601/ 2004; Tar Lazio, n. 9276/2012; Tar Lazio, n. 1344/2012; Tar Lazio, n. 7467/2012. Cons. Stato, sez. VI, n. 1568/2013. C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt. Case C-536/11 - Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG and other*).

Come si affermava in precedenza, il *vulnus* partecipativo/informativo concernente l'attività cd. pre-istruttoria degli uffici, trova bilanciamento nell'ampio e penetrante potere di intervento che abbiamo visto configurarsi nell'ambito dell'attività istruttoria; un esempio pratico (di bilanciamento) si ha proprio nelle ipotesi di accesso, che può dunque essere esperito anche con riferimento ai documenti attinenti alla fase conoscitiva di tipo pre-istruttorio (sempre che, ovviamente, l'Autorità non opponga un motivato diniego che può attenere, ad es., alla richiesta di dati non essenziali, note interne, scambi di corrispondenza tra la Commissione e l'Autorità, all'identità dei soggetti denuncianti, ai segreti commerciali/aziendali non essenziali alla difesa o che comunque prevalgono in sede di bilanciamento accesso-difesa).

5. *Attività istruttoria dell'Autorità.*

I poteri istruttori dell'Autorità nell'ambito del procedimento sanzionatorio sono disciplinati dagli artt. 8, 9, 10 e 11 del Regolamento, sostanziandosi in poteri di richiesta di informazione e documenti e in poteri di ispezione, perizie, analisi statistico/economiche e consultazione di esperti.

In generale, l'art. 8 Reg., prevede che gli uffici possono esercitare i propri poteri istruttori solo a decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria deliberato dal collegio, il quale è comunque informato degli stessi accertamenti svolti durante l'attività di indagine.

Per quanto concerne le richieste di informazioni (da formulare per iscritto indicando fatti a cui si riferiscono, scopo, termini di risposta, sanzioni in caso di rifiuto, ritardo o risposte non veritiere) le stesse possono essere fatte a chiunque, sia ai soggetti parte del procedimento, sia a terzi che siano comunque in possesso di documento utili. Evidentemente, le richieste dovranno essere collegate ai fatti addebitati e dunque agli accertamenti oggetto di indagine senza sconfinare in acquisizione di informazioni debordanti dall'attività per cui si è deciso di procedere.

I poteri di ispezione (esercitabili in qualunque momento dell'attività istruttoria) si sostanziano invece nella possibilità (per i funzionari dell'Autorità, con la collaborazione della Guardia di finanza) di accedere presso i locali dell'impresa e di controllare e prendere copia dei documenti aziendali (di qualunque tipologia, dunque anche informali) ivi depositati (sui poteri di accertamento e ispezione v. art. 20, 21, 22, Reg. Ce n.1/2003. Sull'ispezione istruttoria in generale e sui profili attinenti alla riserva di giurisdizione, ove vada a intaccare la libertà personale di domicilio o di corrispondenza, v. De Lucia, cit., 150. Di recente, Lascio, Napoli, 2012).

Le ispezioni sono autorizzate dal collegio e dell'attività svolta si redige processo verbale secondo le modalità indicate dall'art. 18 Reg.

È importante evidenziare che all'Autorità non possono essere opposti motivi attinenti a segreti professionali, industriali, vincoli di riservatezza, oppure questioni attinenti a esigenze di autotutela, di rischio di sanzioni fiscali e amministrative. A ogni modo – al fine comunque di evitare che si possano diffondere informazioni sensibili – le stesse imprese possono chiedere all'Autorità medesima di mantenere la riservatezza in ordine ai documenti acquisiti: l'Autorità potrà quindi negare l'accesso a terzi, in caso di richiesta.

Per quanto concerne infine le perizie, le analisi economiche e statistiche e la consultazione di esperti, è previsto che le stesse siano autorizzate dal collegio e che i relativi risultati (al fine del contraddittorio) vengano comunicati sia alle parti a cui è stato notificato l'avvio dell'istruttoria sia a quelle intervenute.

Alla luce di quanto brevemente illustrato, si evince quindi che la fase istruttoria condotta dagli uffici viene posta in essere sempre sotto la direzione del collegio il quale autorizza appunto lo svolgimento delle varie attività elencate (ispezioni, perizie e consulenze). Come visto in precedenza, il collegio autorizza altresì l'avvio dell'istruttoria e, come vedremo, sulla base delle proposte degli uffici e degli elementi probatori acquisiti, autorizza l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) al fine poi dell'adozione del provvedimento finale.

Il collegio è quindi il responsabile dell'intera attività e delle decisioni più importanti, mentre gli uffici hanno funzione strumentale e di supporto all'attività procedimentale-sanzionatoria.

Se il modello dialettico e bifasico (collegio-uffici) è sinonimo di garanzia, posto che in tal modo non si lascia l'attività di indagine e acquisizione delle prove all'arbitrio degli uffici, è anche vero però che la circostanza secondo cui il collegio stesso decida sugli atti (sui cui poi andrà a deliberare) più importanti della procedura istruttoria, fa sì che non si determini quella netta separazione tra attività istruttoria e decisoria propria del modello penale (separazione in senso stretto) al quale il procedimento sanzionatorio sembra comunque ispirarsi.

La delibera finale è presa non da un soggetto vergine, bensì proviene da un organo che ha avuto piena contezza della fase precedente, sin dal suo avvio passando per l'attività probatoria.

Ad ogni modo, il pieno contraddittorio, il rapporto collaborativo e dialettico tra collegio e uffici, la separazione funzionale tra i due soggetti, sembrano garantire un modello essenzialmente neutrale dell'Autorità, pur configurandosi comunque quale amministrazione (in questo caso giustiziale).

6. *Comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale.*

La fase istruttoria si chiude con la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) contenente gli elementi di fatto e di diritto scaturiti dall'attività precedente.

Siffatta comunicazione (da fare entro trenta giorni dall'indicazione del termine di chiusura dell'istruttoria) si pone dunque a cavallo fra la fase di avvio della procedura e quella relativa al provvedimento finale.

Il collegio – verificata la non manifesta infondatezza delle proposte fatte dagli uffici in relazione al materiale acquisito – ne autorizza l'invio alle imprese, le quali (assieme agli altri enti interessati) hanno diritto di essere sentite; c'è dunque la possibilità di ottenere un'audizione finale (oltre a quella di cui alla fase istruttoria vera e propria) per mezzo di una richiesta formale che è possibile fare fino a cinque giorni prima del termine (indicato nella suddetta CRI) di chiusura dell'istruttoria.

Il collegio può anche sentire gli altri soggetti intervenuti che ne facciano motivata richiesta.

Di queste audizioni viene fatto processo verbale in cui refluiscono le principali dichiarazioni rilasciate dalle parti.

Completata questa fase, si arriva così alla decisione finale del collegio, provvedimento strettamente connesso all'atto di avvio e alle CRI.

Il provvedimento finale infatti – per il principio di immodificabilità della contestazione delle infrazioni e violazione poste in essere dalle imprese – non può contenere sanzioni che si riferiscono a fatti non contestati; non si possono sanzionare fattispecie ulteriori e quindi non addebitate, in quanto ci sarebbe un inammissibile ampliamento dell'oggetto della contestazione con connessa violazione del diritto di difesa (posto che, in merito, le parti non hanno potuto contraddire tramite memorie e audizioni).

Se sotto il profilo astratto e teorico la questione (per il richiamato principio di immodificabilità tra contestazione/addebito e sanzione) del rapporto tra accertamento e sanzione sembra chiara, qualche problema di ordine pratico e fattuale può invece porsi; come sottolineato infatti dalla stessa giurisprudenza, è necessario verificare la tipologia della eventuale discrasia (e modifica) tra quanto emerso e quanto contestato nella CRI, rispetto al provvedimento finale; la restrizione temporale del periodo considerato rispetto all'originaria contestazione, per i giudici amministrativi non assurge, ad esempio, ad alterazione sostanziale della natura dell'addebito, non incidendo così, e negativamente, sul diritto di difesa (sul punto v. Cons. Stato, sez. VI n. 1699/2001. Sui rapporti, in generale, tra istruttoria e addebiti finali, v. Cons. Stato, sez. VI n. 652/2001; Cons. Stato, sez. VI, n. 1671/2001, secondo cui la restrizione dell'imputazione originaria – dall'accusa di intesa restrittiva e di abuso di posizione dominante alla sola accusa di pratica concordata – non implica una modifica che si traduce in illegittimità del procedimento per non corrispondenza tra istruttoria e addebiti finali; Cons. Stato, sez. VI, n. 5085/2007).

Illegittimo sarebbe dunque un addebito nuovo concernente violazioni concorrenziali che attengono, ad es., ad ambiti di mercato diversi da quelli oggetto di indagine.

Esemplificativa, in merito, la sentenza n. 4362/2002, nella quale la VI sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima una sanzione relativa ad un settore (quello del cd. latte speciale) non preso in considerazione nella CRI, in cui si parlava di "latte di partenza" e "latte di proseguimento" ma non di "latte speciale" al quale invece si è allargato l'addebito in sede di provvedimento finale.

Nell'ipotesi citata, è stato ritenuto violato il principio di specificità e immodificabilità tra contestazione e sanzione (e dunque di corrispondenza tra proposte formulate e provvedimento finale) posto il riferimento ad un mercato diverso, non oggetto di valutazioni giuridiche nella comunicazione delle risultanze istruttorie.

In definitiva, da quanto detto in merito alla corrispondenza tra CRI e provvedimento finale, si può affermare che la violazione procedimentale concernente i rapporti addebiti/sanzioni, non è connessa ad ogni modifica e cambiamento (v.

la restrizione temporale o l'omesso approfondimento e menzione di una contestazione), bensì solo a variazioni sostanziali (v. il mercato rilevante preso in considerazione).

Proprio con riferimento al mercato rilevante, la VI sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 652/2001, ha appunto escluso l'illegittimità procedimentale connessa ad alcune discrasie tra risultanze e atto finale (si faceva riferimento, nel primo atto, ad aspetti attinenti, in sede di mercato discografico, alla domanda di consumatori finali poi non più menzionati nel provvedimento finale); questa omissione e/o non considerazione, per i giudici amministrativi non assurge a modifica sostanziale, posto che il mercato rimane sempre uno: il mercato delle case discografiche (sia che faccia riferimento ai consumatori finali oppure ai rivenditori). Al netto delle evidenziate questioni relative ai rapporti con le risultanze istruttorie, il provvedimento finale assurge, in definitiva, a decisione di accertamento dell'infrazione con cui, tramite diffida (avente valore ripristinatorio), si fissano i termini per l'eliminazione delle infrazioni stesse da parte delle imprese.

La diffida, comunque, non ha valenza formale, non assurge a mero strumento per mezzo del quale ci si limita a fissare un termine al fine di rimuovere le conseguenze lesive sul mercato; nella diffida possono essere infatti evidenziate, da parte dell'Autorità, le specifiche condotte tramite cui rimuovere la condotta illecita.

Ex art. 15, l. n. 287/1990, nei casi di infrazioni gravi, le quali possono essere ricondotte, a titolo esemplificativo, al numero di soggetti coinvolti, al volume dei prodotti e servizi oggetto della violazione e dunque alla quota di mercato coinvolta e alla sua estensione geografica, alla natura stessa dell'infrazione (v. gli accordi veri e propri di ripartizione del mercato), ai vantaggi tratti dall'illecito (in giurisprudenza v. Tar Lazio, sentenza n. 12769/2004, secondo cui, ad es., le intese orizzontali relative alle strategie di prezzo e alla ripartizione del mercato sono per loro natura gravi), tenuto conto della gravità e durata delle infrazioni stesse, col provvedimento finale viene disposta (oltre alla diffida) una sanzione amministrativa pecuniaria (di carattere dunque afflittivo) che non dovrà superare il 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa nell'esercizio precedente (con riferimento alla gravità della sanzione, è venuta meno la classificazione in categorie della gravità: poco gravi – gravi – molto gravi, a cui si collegavano le rispettive somme; si fa invece riferimento, come base di calcolo, al valore delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce, realizzate dall'impresa all'interno dell'area geografica considerata nello spazio economico europeo).

In casi di inottemperanza alla diffida verrà poi comminata una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato oppure, nel caso sia già stata comminata sanzione, in aggiunta alla diffida, verrà irrogata una sanzione di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata.

I complessi criteri di calcolo (di cui al Regolamento e alla legge n. 689/1981) sono armonizzati con quelli comunitari (art. 23 Reg. 1/2003 e gli orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende) al fine di uniformare (a onta degli ampi margini di discrezionalità dell'Autorità in tema di irrogazione dell'entità della sanzioni) il sistema interno e quello sovranazionale.

L'atto finale sanzionatorio infine, come chiarito dalla giurisprudenza (sul punto v. Cons. Stato, sez. VI, n. 652/2001. Sulle operazioni di verbalizzazione v. Cons. Stato, sez. VI, n. 1191/2001), non è provvedimento collegiale, soggetto di conseguenza alla disciplina stessa della collegialità; non è dunque illegittima la delibera in cui non abbia partecipato uno dei membri.

Vi è poi discrezionalità circa i *quorum* (strutturali e funzionali) per la decisione. Il fatto che non siano previsti membri supplenti depone per l'inconfigurabilità dell'organo quale collegio perfetto, in cui, come noto, è prevista la partecipazione della totalità dei componenti.

7. *La procedura istruttoria in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette (cenni).*

Interessante nell'ambito dell'analisi della procedura sanzionatoria dell'Agcm in tema di violazione di illeciti concorrenziali, è il riferimento alla procedura in tema di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette; materia di cui, come noto, si occupa (con qualche problema di sovrapposizione di competenze con l'Agcom) la stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'analisi della procedura istruttoria in questo settore (a cui si farà riferimento soltanto per ciò che riguarda alcuni degli ambiti e dei profili di differenziazione), risulta non priva di interesse, posto che, rispetto a quella fin qui analizzata, si rintracciano alcuni tratti distintivi (verranno invece tralasciati gli aspetti di carattere comune con la procedura in tema di concorrenza, v. i poteri di ispezione, perizie, le richieste di informazione atti e documenti, l'accesso e la partecipazione dei soggetti coinvolti).

La disciplina di riferimento è quella di cui al d.lgs. n. 146/2007 la quale prevede – a differenza del Regolamento n. 217/1998 – come unico responsabile dell'attività istruttoria il responsabile del procedimento.

È il responsabile che infatti – valutati tutti gli elementi utili – decide (dandone comunicazione alle parti e agli altri soggetti interessati) se avviare l'istruttoria al fine di verificare l'esistenza di illeciti in materia di informazioni commerciali.

A differenza della procedura prima analizzata, il collegio non delibera (alla luce delle proposte avanzate dagli uffici) in merito all'attivazione della procedura;

il potere pre-istruttorio e di avvio è concentrato in capo al responsabile il quale decide se procedere, cura l'istruttoria (sebbene le richieste di ispezioni, di perizie devono essere autorizzate dal collegio) e decide, infine, in merito alla stessa chiusura del procedimento il quale – a differenza di quello in materia di concorrenza – ha un termine legislativo predefinito di 120 giorni (prorogabili fino ad un massimo di 60 giorni in caso di particolari esigenze istruttorie o in caso di estensione soggettiva od oggettiva del procedimento).

Chiusa la fase di indagine, il responsabile (una volta comunicata alle parti la data di conclusione dell'istruttoria con relativo termine ai fini della presentazione di memorie e documenti), rimetterà quindi al collegio gli atti ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Alla luce di quanto brevemente descritto, in questo settore l'area di separazione tra fase istruttoria e fase decisoria è più marcata; l'istruttoria è concentrata in capo ad un soggetto la cui attività non è subordinata ai poteri di autorizzazione e ratifica circa l'avvio e la chiusura dell'attività di accertamento; il responsabile cura in autonomia (eccetto le autorizzazioni in materia di ispezioni e perizie) l'intero procedimento, che una volta terminato verrà acquisito dal collegio per la decisione finale.

Siamo quindi in presenza di una più netta separazione di competenza tra organo istruttorio e organo decidente.

Se nella procedura prima analizzata – nonostante la separazione funzionale degli organi, sono rintracciabili profili di commistione volti a minare i rispettivi ambiti di intervento – in materia di pubblicità ingannevole la separazione è invece più netta: il responsabile è organo istruttorio, il collegio è organo decidente il quale potrà decidere *ex* art. 17 del Regolamento: a) per la non ingannevolezza/illiceità del messaggio o della pratica commerciale; b) per l'ingannevolezza e illiceità, adottando diffide e sanzioni pecuniarie con eventuale pubblicazione di estratto del provvedimento; c) accogliere impegni (*ex* art. 18 Regolamento l'Autorità potrà anche disporre la pubblicazione della pronuncia, in via integrale o per estratto, o degli stessi impegni assunti dal professionista).

Bibliografia

Cassese S. - Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole,* Bologna, 1996;
Catricalà A. - Lalli A., *L'antitrust in Italia,* Milano, 2010;
Catricalà A. - Troiano P., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010;
Cerulli Irelli V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006;
Clarich M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello,* Bologna, 2005;
Clarich M. *Garanzia del contraddittorio nel procedimento,* in *Dir. amm.,* n. 4/2004;
De Lucia L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm*., 2002, 717 ss.;
De Lucia L., *Profili strutturali del procedimento,* in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in Cerulli Irelli V. (a cura di), Napoli, 2006, 140;
Fattori P. - Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia,* Bologna, 2010;
Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti,* Padova, 2011;
Frignani A. - Pardolesi R. (a cura di) *La concorrenza*, Torino, 2006;
Frego Luppi S., *L'amministrazione regolatrice,* Torino, 1999;
Lascio F., *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, Napoli, 2012;
La Spina A. - Capotorto S., *Le autorità indipendenti,* Bologna, 2008;
Luciani F. (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia,* Napoli, 2011;
Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;
Screpanti S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.,* n. 4/2007;
Tesauro G. - D'Alberti M., *Regolazione e concorrenza,* Bologna, 2000;
Ramajoli M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust,* Milano, 1998;
Ramajoli M., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust,* in *Dir. proc. amm.,* n. 3/2003.

XIV. Il procedimento sanzionatorio della Consob

Alberto Marcovecchio

Sommario: 1. Il quadro normativo di riferimento e le garanzie procedimentali. – 2. Il procedimento sanzionatorio della Consob. – 2.1. La fase istruttoria. – 2.2. La fase decisoria. – 3. Le recenti proposte di modifica e prospettive di riforma.

1. *Il quadro normativo di riferimento e le garanzie procedimentali.*

L'attribuzione alla Consob della potestà sanzionatoria in tema di illeciti finanziari costituisce un approdo recente, rispetto all'originaria impostazione in base alla quale, in controtendenza rispetto ad altri settori parimenti presidiati dalle *Authorities*, le competenze erano suddivise tra un soggetto tecnico preposto all'istruttoria e uno politico (l'allora Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica) cui era affidata la fase decisoria.

In particolare, nel sistema previgente, l'Autorità procedeva alla contestazione degli addebiti e alla valutazione delle osservazioni e delle deduzioni difensive eventualmente pervenute da parte dei trasgressori. All'esito di tale accertamento, la Consob formulava la proposta, in chiave propulsiva, di archiviazione o di adozione di una misura sanzionatoria: l'irrogazione del provvedimento conclusivo spettava al Ministero del tesoro, con decreto motivato pubblicato per estratto sul bollettino dell'Autorità. Un potere di diretta irrogazione della sanzione competeva alla Consob soltanto per i procedimenti riguardanti i promotori finanziari e i soggetti incaricati della revisione legale [Paviotti, 2002].

L'entrata in vigore della l. n. 62/ 2005 ha segnato una cesura rilevante rispetto a tale modello previgente, posto che, all'art. 9, c. 2, ha stabilito l'abbandono del sistema duale [Giovagnoli, Fratini, 2009], consistente – come detto – in una ripartizione funzionale del procedimento di irrogazione tra la Consob, per la fase istruttoria, e il Ministero dell'economia, per quella decisoria, omologando il modello del procedimento sanzionatorio a quello previsto per le altre *Authorities* [Clarich, Camilli, 2007] e superando così una residua diffidenza del legislatore rispetto a tale Autorità. Sicché, per tutte le violazioni che comportino l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal Titolo II, Parte V, del d.lgs. n. 58/1998 (c.d. Testo unico della finanza), è oggi competente in via esclusiva la Consob, tramite uno schema procedimentale che richiama da vi-

cino quello generale sulle sanzioni amministrative previsto, come è noto, dalla l. n. 689/1981.

La citata legge n. 62 è stata adottata in attuazione della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di abusi di mercato la quale stabiliva, tra l'altro, che i) ogni Stato membro è tenuto ad attribuire a un'unica autorità amministrativa il compito di vigilare sull'applicazione delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva; ii) l'autorità amministrativa deve disporre di tutti i poteri di vigilanza, indagine e decisionali indicati dalla direttiva.

L'attribuzione della potestà sanzionatoria alla Consob appare come il naturale completamento del sistema complessivo di regolazione delle aree di sua competenza, rafforzando i poteri di controllo ad essa demandati e presentandosi come mezzo indiretto di governo dello specifico settore. Condizione essenziale perché la regolazione del mercato finanziario sia efficace è la previsione (e la corretta implementazione) infatti di un adeguato impianto sanzionatorio da parte dell'Autorità. In altri termini, l'accorpamento delle funzioni istruttorie e decisorie in capo alla Consob ha la funzione di ampliare l'insieme dei poteri a disposizione dell'Autorità in vista della costruzione di un modello di controllo e di tutela del mercato finanziario più penetrante e incisivo [sul punto v., *infra*, il contributo di Trimarchi].

L'unificazione delle funzioni istruttorie e decisorie è stata temperata dalla codificazione di determinati principi e regole, di matrice anche sovranazionale, tendenti ad assicurare il pieno rispetto delle garanzie procedimentali nel concreto svolgersi dell'*iter* di irrogazione della sanzione, anche in ragione della peculiare delicatezza dell'ambito di intervento e della concreta lesività delle misure inflitte agli operatori del mercato [Troise, 2012].

In dettaglio, l'art. 195 del T.u.f., come modificato dalla citata legge n. 62, ha disposto che il procedimento sanzionatorio sia informato ai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie [in generale, sui principi applicabili al procedimento sanzionatorio delle autorità indipendenti, v., *infra*, i contributi di Tuccari e di Monteduro].

Particolare importanza nell'ambito in esame assume – come si vedrà – il rispetto del principio del contraddittorio. La garanzia del contraddittorio nel procedimento dinnanzi alle Autorità indipendenti costituisce infatti il tratto più qualificante del loro modo di essere e di agire [Clarich, 2004].

Le leggi istitutive delle Autorità hanno delineato un modello di contraddittorio che si pone su una linea più avanzata rispetto a quello generale prefigurato dalla l. n. 241/1990 (si pensi alla possibilità dell'audizione orale, in larga parte estranea alla nostra tradizione amministrativa, prevista – per le sanzioni in

tema abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato – dall'art. 187-*septies* del T.u.f.) e anche la giurisprudenza ha sottolineato più volte la rilevanza dell'attuazione del principio del contraddittorio in tale settore, rilevando come la partecipazione dialettica degli interessati al procedimento è più che mai doverosa presso le *Authorities* [Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 aprile 2002, n. 3070], con particolare riferimento ai procedimenti di tipo sanzionatorio o ordinatorio avviati nei confronti dei soggetti posti in posizione di soggezione.

Come è noto, si è sostenuto che l'integrale rispetto delle garanzie partecipative da parte delle Autorità contribuisca a ridurre il *deficit* di legalità sostanziale che le caratterizza e a dare sostanza a un diverso sistema di legittimazione, nel quale la ragione giustificativa non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale [Cassese, 1999].

Parimenti determinante è il rispetto del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, che costituisce peraltro applicazione diretta dei principi di derivazione europea e, in particolare, dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui ogni persona ha diritto a un processo equo da parte di un giudice indipendente e imparziale [sulla rilevanza dei principi dell'«equo processo» nel procedimento amministrativo v. Allena, 2012]. Tale principio è stato attuato – come si dirà – con la suddivisione delle competenze nell'istruttoria e nella decisione tra le strutture operative dell'Autorità e la Commissione per bilanciare l'attribuzione alla Consob anche del potere decisorio.

Dopo averne individuato i principi generali, il legislatore ha proceduto a procedimentalizzare l'attività sanzionatoria della Consob. Il quadro normativo di riferimento, tuttavia, è particolarmente frammentato, dal momento che, accanto alla citata legge n. 62, che ha apportato numerose modifiche al T.u.f., la disciplina è completata dalle fonti regolamentari della stessa Autorità.

Inoltre, è pacificamente riconosciuta l'applicabilità al procedimento sanzionatorio della Consob, e più in generale a quello delle Autorità indipendenti, delle garanzie procedimentali stabilite dalla legge quadro n. 241 [Villata, F. Goisis, 2008] e della normativa di carattere generale posta, in tema di attività sanzionatoria, dalla l. n. 689 del 1981. Come precisato in giurisprudenza, infatti, l'impianto normativo in questione (particolarmente complesso) è costituito dalla normativa speciale – anche di natura regolamentare – e dalle disposizioni generali in tema di sanzioni amministrative (e dalla legge generale sul procedimento), come è ricavabile dal tenore letterale di alcune previsioni del T.u.f. che operano un richiamo (talvolta in negativo, talaltra in senso conforme) alle regole poste dalla l. n. 689/1981 [cfr., Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383; App. Milano, sez. I, decr. 13 dicembre 2006].

2. *Il procedimento sanzionatorio della Consob.*

Il procedimento sanzionatorio è scandito allo stato in due fasi: l'una istruttoria (a sua volta suddivisa nella sezione denominata «parte istruttoria di valutazione delle deduzioni» e in quella denominata «parte istruttoria della decisione») e l'altra decisoria.

Va premesso che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'unico termine massimo di durata del procedimento sanzionatorio e di decadenza della pretesa pubblica di applicazione della sanzione deve ritenersi quello quinquennale, decorrente dal giorno della commessa violazione, stabilito dall'art. 28, c. 1, l. n. 689/1981, mentre non incide sulla validità del provvedimento finale il superamento dei termini previsti dalla normativa speciale della Consob. Nonostante un condivisibile indirizzo che pare più rispettoso dei valori costituzionali della certezza del diritto e della tutela della dignità della persona secondo cui la violazione del termine di conclusione stabilito dalla stessa Autorità comporta l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio [Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2005, n. 5099], la giurisprudenza prevalente ritiene, infatti, che il termine di 360 giorni entro cui deve concludersi il procedimento sanzionatorio, previsto dal regolamento Consob n. 12697 del 2000, in attuazione dell'art. 2 della l. n. 241/1990 che regola – come è noto – i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi, non sia perentorio.

E ciò per due ordini di ragioni tra loro connesse: in primo luogo, la previsione di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990, nonostante la generalità del testo legislativo in cui è inserita, è incompatibile con i procedimenti ai quali è applicabile la l. n. 689/1981, che costituisce un sistema di norme organico e compiuto e delinea una procedura di carattere contenzioso, scandita in fasi i cui tempi sono regolati in modo da non consentire, anche nell'interesse dell'incolpato, il rispetto di un termine particolarmente breve [Cass. civ., sez. I, 16 novembre 2006, n. 24436; sez. II, 1 marzo 2007, n. 4873]; in secondo luogo, tale ultima normativa non stabilisce il rispetto del termine di 360 giorni a pena di decadenza e tale conseguenza non può essere introdotta da un regolamento, adottato in esecuzione di una diversa legge (la n. 241), che a quella materia non ha riguardo.

Va aggiunto anche che l'orientamento in discorso trova sponda nella consolidata giurisprudenza amministrativa secondo cui non è illegittimo il provvedimento emanato dopo lo spirare del termine di conclusione del procedimento amministrativo [di recente, C. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3172; Tar Lazio, Roma, sez. I, 4 giugno 2013, n. 5551], sebbene si registrino, quantomeno per i procedimenti di natura sanzionatoria come quello in esame, alcune posizioni contrarie [v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 settembre 2011, n. 7129].

Come anticipato, il procedimento sanzionatorio si suddivide in due fasi: l'una istruttoria e l'altra decisoria. Per il vero, prima del formale avvio dell'*iter* procedimentale volto all'irrogazione delle sanzioni amministrative da parte della Consob è possibile individuare una fase preliminare denominata "preistruttoria", in cui l'Autorità, esercitando i penetranti poteri di vigilanza che la legge le conferisce (art. 187-*octies* T.u.f.), procede all'apprensione dei fatti, ossia alla raccolta dei dati rilevanti per l'eventuale accertamento dei fatti illeciti, sia mediante la verifica documentale sia sulla base dei sopralluoghi ispettivi eventualmente posti in essere (cfr. art. 13, l. n. 689/1981). Tale fase può essere attivata anche sulla base di informazioni ricevute da altre autorità (italiane o estere) o a seguito di denunce e reclami provenienti da terzi sui quali tuttavia l'Autorità, in deroga al generale dovere di procedere (quantomeno in via di delibazione dei fatti a essa prospettati), ha una mera facoltà di attivarsi (cfr. art. 24, l. n. 262/2005).

Un ruolo particolarmente rilevante nella fase preistruttoria è assunto dal presidente della Commissione, il quale, ai sensi dell'art. 1, c. 6, del d.l. n. 95/1974 (convertito in l. n. 216/1974, istitutiva della Consob), ha un generale potere di supervisione dell'attività istruttoria (sia di indirizzo sia propriamente ispettivo) e, nello specifico, designa, sulla base dei criteri generali indicati dalla Commissione e su proposta del responsabile del procedimento, i soggetti incaricati dell'acquisizione di informazioni utili all'istruttoria (cfr. anche deliberazione Consob n. 8674 del 17 novembre 1994).

Come è stato rilevato, la riconduzione dei poteri attribuiti al presidente all'insieme delle attività precedenti all'apertura formale del procedimento sanzionatorio e concernenti l'apprensione dei fatti rilevanti che, a uno stadio diverso, ulteriore e propriamente procedimentale costituiscono l'oggetto dell'esame istruttorio, non dovrebbe porre il loro esercizio in contrasto con il principio di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie [Troise, 2012]. In altri termini, l'attività del presidente, volta all'acquisizione del materiale potenzialmente rilevante per l'esplicazione del procedimento sanzionatorio, non presenta carattere propriamente istruttorio (e dunque procedimentale), costituendo al contrario un semplice sostrato di dati raccolti nell'esercizio del potere di vigilanza in posizione di tendenziale neutralità, che sono destinati – eventualmente – a costituire oggetto dell'attività istruttoria, successivamente svolta dalle strutture operative competenti.

La fase pre-procedimentale si svolge senza alcun intervento del presunto autore dell'illecito, dal momento che – si è affermato – il procedimento sanzionatorio non è ancora (formalmente) instaurato e, dunque, non opererebbe il principio del contraddittorio [di recente, Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2007, n. 26794]. Rimane tuttavia una sorta di zona grigia non adeguatamente regolamentata sia con riferimento ai soggetti che vi operano sia in relazione alla posizione dell'interessato, che dovrebbe invece essere ricondotta a una maggiore formalizzazione e trasparenza.

2.1. *La fase istruttoria.*

Il momento iniziale del procedimento sanzionatorio in senso proprio coincide con l'atto di contestazione degli addebiti ossia con la comunicazione degli estremi della violazione (identificazione degli elementi essenziali della condotta posta in essere e delle circostanze materiali e temporali in cui la commissione dell'illecito è stata perpetrata), da parte – oggi – del responsabile della divisione competente per materia, d'intesa con il funzionario generale incaricato nell'ambito della direzione generale delle funzioni di «collaborazione con riferimento alle attività istituzionali» (art. 2, c. 2, della delibera n. 15086 del 2005 ed ivi rinvio all'art. 1, lett. a), della delibera n. 13144 del 2001, come modificata dalla delibera n. 15085 del 2005), mentre in passato spettava alla Commissione in composizione collegiale.

È in tale fase che sono identificati gli elementi essenziali dei fatti costitutivi della violazione amministrativa per la quale si intende procedere, nonché le circostanze di tempo e di luogo rilevanti. L'atto di contestazione segna quindi il passaggio dalla fase investigativa pre-procedimentale ad una successiva fase procedimentalizzata e rappresenta anche il primo momento di contatto tra soggetti sanzionandi e Autorità proponente, al fine di instaurare il contraddittorio tra le parti funzionale al diritto di difesa dell'interessato.

Risulta confermata anche nel nuovo contesto normativo quindi l'indispensabilità della contestazione degli addebiti, quale *condicio sine qua non* per l'esercizio del potere sanzionatorio, in applicazione dei principi di difesa, del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, e a testimonianza del processo di giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo [Rordorf, 2000]. In particolare, l'atto di contestazione deve essere idoneo a consentire all'interessato di potersi difendere, rendendo conoscibile un'accusa precisa e circoscritta nei suoi estremi giuridici e di fatto. Del resto, poiché nell'attività di vigilanza e sanzionatoria l'Autorità assume la veste sia di giudice sia di pubblico ministero (anche se attraverso organi diversi), è necessario adottare un sistema "accusatorio" particolarmente garantistico per la parte privata [Zucconi Galli Fonseca, 2009].

E proprio ai fini dell'esercizio del diritto di difesa e del rispetto del principio del contraddittorio, come chiarito in giurisprudenza, la contestazione degli addebiti determina e circoscrive, una volta per tutte, le violazioni che costituiscono l'oggetto del procedimento sanzionatorio [Tar Lazio, Roma, 31 dicembre 2005, n. 15180; Cass. civ., sez. I, 13 luglio 1990, n. 7262]. In sostanza, il fatto posto a base della contestazione dell'illecito non è modificabile nel corso del procedimento, a pena di illegittimità del provvedimento finale, anche in attuazione delle relative garanzie costituzionali [Corte cost., 3 novembre 2000, n. 460]. La contesta-

zione deve cioè essere la più completa e analitica possibile, essendo precluso per l'ente fare riferimento a fatti non contestati o a violazioni sulle quali le parti non si siano mai pronunciate. Sicché, ove nel corso dell'istruttoria dovessero emergere circostanze nuove e rilevanti, l'organo competente dovrebbe procedere ad attivare una nuova e tempestiva contestazione degli addebiti.

Fermo restando che non possono essere sollevati nuovi fatti mai contestati alle parti, è dubbia l'ammissibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto medesimo, in applicazione del principio – di natura processuale – *iura novit curia*. Secondo l'orientamento prevalente, sarebbe sempre possibile un nuovo o diverso inquadramento giuridico dei fatti operato dall'Autorità, purché tale modifica non determini in concreto una lesione del diritto di difesa in relazione alla facoltà del presunto trasgressore di partecipare al procedimento [Cass. civ., sez. I, 5 ottobre 2000, n. 13267].

Un profilo particolarmente complesso che assume rilevanza ai fini dell'esercizio del diritto di difesa è l'individuazione del momento iniziale per il calcolo del termine per la contestazione degli addebiti, posto che l'art. 195, c. 1, del T.u.f., si limita a stabilire che essa debba avvenire, in deroga al termine generale di 90 giorni previsto dall'art. 14 della l. n. 689/1981, entro 180 giorni dall'accertamento. In particolare, in giurisprudenza era sorto un contrasto in ordine alla corretta individuazione del *dies a quo* per il computo del termine entro il quale la Commissione (la quale in passato era – come detto – competente in tale fase) doveva procedere alla contestazione delle infrazioni. Secondo un primo orientamento, il termine entro il quale all'accertamento doveva far seguito la contestazione iniziava a decorrere soltanto dall'ultimazione della fase di accertamento delle violazioni ossia dal momento in cui la Commissione avesse avuto la disponibilità dei risultati dell'indagine svolta dai propri organi ispettivi e fosse stata investita della decisione sugli illeciti configurabili nei fatti acclarati [Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2001, n. 8257; sez. trib., 25 maggio 2001, n. 7143], anche se la riunione della Commissione fosse avvenuta alcuni mesi dopo la conclusione delle verifiche ispettive: la chiusura dell'indagine ispettiva era la condizione dell'accertamento ed era esclusa dal computo.

Per altra giurisprudenza, attesa la rilevanza meramente interna della ripartizione tra gli uffici delle attività relative all'acquisizione dei dati e della contestazione degli addebiti, l'identificazione del *dies a quo* non poteva dipendere dal rapporto tra le diverse articolazioni strutturali della Consob [Cass. civ., sez. I, 7 maggio 2004, n. 8692]. Conseguentemente, il termine per la contestazione degli addebiti era individuabile nel momento in cui l'accertamento fosse stato compiuto e, quindi, dalla data di deposito della relazione ispettiva mentre gli eventuali ritardi nella deliberazione della Commissione avrebbero inficiato la validità del provvedimento finale, in relazione al rispetto del termine.

Si contrapponevano, in sintesi, due opposte esigenze: da un lato la considerazione che l'accertamento non potesse essere ridotto ad una mera apprensione della realtà fattuale (soprattutto con riferimento all'esame di fatti complessi) e, dall'altro, il rischio che il protrarsi dell'attività di indagine a causa della distribuzione delle competenze interne alla Consob potesse vanificare di fatto l'effettività del diritto di difesa [Clarich, Camilli, 2007].

Per comporre le predette diverse esigenze di effettiva contestazione soltanto quando fossero raccolte tutte le informazioni rilevanti e sia trascorso il tempo necessario alla valutazione degli elementi acquisiti e di tutela del diritto di difesa, le sezioni unite della cassazione hanno stabilito che la pura constatazione dei fatti nella loro materialità non coincide con l'accertamento, stante la necessità di operare valutazioni complesse, non effettuabili nell'immediatezza della percezione, fermo restando che a tali valutazioni si deve comunque procedere in un tempo ragionevole [Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5395].

Il criterio di ragionevolezza enucleato dalla Corte dovrebbe consentire il rispetto del diritto inviolabile di difesa, dal momento che, escluso in ogni caso l'assunto dell'automaticità tra il giorno in cui l'attività ispettiva ha avuto fine e il decorso del termine, i soggetti operanti nel settore comunque non rimangono esposti *sine die* a una possibile contestazione da parte degli organi di controllo e il termine inizia a decorrere da quando l'organo competente a formalizzare la contestazione (oggi, come detto, il responsabile della divisione competente d'intesa con il funzionario generale incaricato delle funzioni di collaborazione con il direttore generale) è in grado di adottare le decisioni di sua spettanza, senza tener conto di ingiustificati ritardi legati a disfunzioni organizzative interne. Termine che il legislatore ha previsto peraltro decisamente ampio (180 giorni) riconoscendo quindi la necessità di una valutazione approfondita attesa la complessità tecnica della materia finanziaria.

Sicché, una volta esaurita l'attività ispettiva ed eventualmente quella istruttoria preliminare, l'organo competente è in grado di poter esercitare i propri poteri nel termine di legge, senza che possa rilevare la condotta negligente o arbitraria della stessa p.a. e, pertanto, il tardivo compimento di atti che quest'ultima avrebbe dovuto o potuto adottare tempestivamente non è idoneo a spostare in avanti il *dies a quo* di decorrenza del termine per la contestazione dell'infrazione [Cass. civ., sez. V, 29 febbraio 2008, n. 5467]. In altre parole, il termine deve essere individuato prendendo in considerazione non il momento in cui le valutazioni che sanciscono la conclusione dell'accertamento sono completate ma quando avrebbero potuto – e quindi dovuto – esserlo.

Gli unici criteri sono dunque rappresentati dall'irrilevanza di eventuali disfunzioni prodottesi in seno alle strutture organizzative della Consob e dal neces-

sario rispetto del principio di congruità: la disorganizzazione amministrativa non può essere invocata a detrimento di un corretto rapporto tra cittadino e amministrazione [Travi, 1996].

Se la soluzione di non far gravare le disfunzioni organizzative sugli operatori è senz'altro condivisibile, una certa aleatorietà nell'individuazione del termine di conclusione pur sempre rimane. E infatti, la valutazione della legittimità della contestazione da effettuarsi – *ex post* – sulla base del caso concreto e della complessità delle indagini tese a riscontrare la sussistenza dell'infrazione e ad acquisire piena conoscenza della condotta illecita rende inevitabilmente mobile e incerto il *dies a quo* per la contestazione [Tar Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 5 dicembre 2007, n. 12490], con rischi di disparità di trattamento o comunque di configurare termini differenti anche per fattispecie simili, ove la ragionevolezza conduca a individuare un termine diverso per ogni caso [Giovagnoli, Fratini, 2009].

Il momento centrale dello svolgimento del procedimento è la fase istruttoria che – come detto – prende avvio con l'invio all'operatore della lettera di contestazione degli addebiti.

Tale segmento si articola in due distinte fasi, di cui la prima – denominata «parte istruttoria di valutazione delle deduzioni» – si svolge dinnanzi agli uffici competenti per materia. In particolare, entro 120 giorni dalla notifica delle contestazioni degli addebiti, i soggetti interessati hanno facoltà di presentare memorie scritte e documenti, sulle quali la divisione competente formula le proprie valutazioni e trasmette l'intero fascicolo all'ufficio sanzioni amministrative (c.d. Usa), almeno 150 giorni prima della scadenza del termine di conclusione del procedimento (ovvero entro 210 giorni dalla data di notifica delle contestazioni). Il predetto termine di 210 giorni, secondo la giurisprudenza, avrebbe natura ordinatoria [App. Torino, sez. I, decr. 23 gennaio 2008], dal momento che tale termine avrebbe una finalità di individuazione delle competenze e delle funzioni degli uffici della Consob, in attuazione del principio di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie sancito dal T.u.f., piuttosto che scandire la sequenza temporale delle fasi del procedimento. Conseguentemente, la sua violazione non determinerebbe l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio [Sporta Caputi, 2008].

Complementare al diritto di presentare le proprie deduzioni è quello di accedere agli atti del procedimento. Al riguardo, va segnalato che il T.u.f. ha sancito la regola della segretezza delle informazioni acquisite dalla Consob nell'esercizio dell'attività di vigilanza, stabilendo all'art. 4, c. 10, che tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a eccezione del Ministro dell'economia e delle finanze. Tuttavia, la giurisprudenza, anche alla luce delle letture costituzionalmente orientate fornite

dal Giudice delle leggi, ha chiarito che il principio della segretezza di cui all'art. 4, c. 10, del T.u.f., non comporta una preclusione assoluta all'esercizio da parte dell'interessato del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda il procedimento sanzionatorio a suo carico, trattandosi di documentazione necessariamente strumentale al diritto di difesa e in ossequio ai principi di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa [Corte cost., 3 novembre 2000, n. 460; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6562]. In sostanza, la sfera di applicazione del predetto art. 4, c. 10, non comprende gli atti, le notizie e i dati di cui la Commissione dispone in relazione alla sua attività di vigilanza e che sono posti a fondamento di un procedimento sanzionatorio (al quale può equipararsi per identità di *ratio* anche quello disciplinare), divenendo invece pienamente accessibili nei confronti dell'interessato.

La seconda delle due fasi menzionate, denominata «parte istruttoria della decisione», si svolge interamente dinnanzi all'ufficio sanzioni amministrative e si apre con la comunicazione ai soggetti interessati di uno specifico avviso e con la contestuale trasmissione agli stessi della relazione predisposta dalla divisione competente, a conclusione della prima fase istruttoria di cui si è detto. Agli interessati è assicurato un ulteriore momento difensivo potendo presentare a tale ufficio memorie e documenti, sebbene nel termine di appena 30 giorni dalla ricezione della citata comunicazione di avvio. L'ufficio sanzioni, esaminati tutti gli atti del procedimento (ivi incluse le deduzioni difensive prodotte dagli interessati) formula nei successivi e restanti 120 giorni le proprie conclusioni in ordine alla sussistenza o meno della violazione contestata e alla quantificazione dell'eventuale sanzione da applicare, mediante la predisposizione di una relazione da trasmettere alla Commissione. In tale fase – di natura ancora istruttoria come si desume dalle delibere Consob n. 12697 del 2000 e n. 15086 del 2005 – è però esclusa la partecipazione degli interessati, non potendosi presentare eventuali osservazioni conclusive rispetto alle successive valutazioni formulate dall'ufficio sanzioni neanche portate a loro conoscenza, con evidente violazione del principio del contraddittorio, sancito dal citato c. 2 dell'art. 195 T.u.f., e riconosciuto invece nei segmenti istruttori precedenti. E infatti, anche in tale fase possono essere effettuate nuove valutazioni che andrebbero previamente contestate con l'assegnazione di un termine per le eventuali deduzioni difensive, al fine di rispettare il principio del contraddittorio. È possibile richiamare al riguardo la consolidata giurisprudenza europea e comunitaria, secondo cui deve essere garantito al soggetto interessato il diritto di interloquire con gli uffici competenti a formulare le ipotesi accusatorie in ogni fase del procedimento sanzionatorio e quindi di controdedurre rispetto a ogni iniziativa degli stessi [cfr. la nota sentenza CEDU, *Vermeulen c. Belgio*, 20 febbraio 1996]. Del resto, la possibilità di controdedurre è volta non

solo a garantire gli interessi del privato nel procedimento, ma anche ad assicurare all'amministrazione la correttezza dell'azione sotto il profilo della rispondenza al pubblico interesse, potendo ottenere quest'ultima una migliore conoscenza degli elementi di fatto e degli interessi coinvolti. La Commissione è tenuta invece ad assumere le proprie determinazioni esclusivamente sulla base della relazione trasmessa dall'ufficio sanzioni.

2.2. *La fase decisoria.*

Con la trasmissione della relazione finale alla Commissione si conclude la fase istruttoria e si apre la fase decisoria del procedimento per l'emanazione del provvedimento finale, oggi di competenza dell'organo di vertice, superando così il citato dualismo tra la Commissione e il Ministero dell'economia. Sino a tale momento, la Commissione non ha poteri di intervento diretto, ma viene tenuta a conoscenza dei diversi provvedimenti istruttori compiuti dagli uffici.

Anche in tale fase non è riconosciuto all'interessato il diritto di svolgere le proprie difese direttamente davanti all'organo decidente, con ulteriori controdeduzioni o con un'audizione, con un evidente *vulnus* delle garanzie procedimentali e difensive. Come rilevato dal Consiglio di Stato (in relazione all'analoga procedura sanzionatoria disciplinata dal Testo unico bancario), sarebbe necessario invece, per garantire il diritto di difesa dell'interessato, che fosse assicurato il contraddittorio anche dinnanzi all'organo titolare del potere decisorio [Cons. Stato, sez. III, parere 13 aprile 1999, n. 485]. In ottemperanza al principio della piena partecipazione, in condizione di parità, dell'accusato al procedimento, quest'ultimo dovrebbe essere infatti in grado di esporre le proprie tesi difensive, anche oralmente, direttamente davanti all'organo decidente [Villata, Goisis, 2008].

In attuazione del richiamato principio di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, strumentale alla neutralità dell'Autorità, è stato stabilito il divieto per i funzionari che abbiano preso parte allo svolgimento dell'istruttoria di partecipare attivamente alla fase deliberativa finale, a pena di invalidità della delibera conclusiva [Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 aprile 2002, n. 3070], dal momento che tale partecipazione si porrebbe in contrasto con il principio di imparzialità e terzietà dell'organo deputato ad assumerla.

Alla luce delle risultanze istruttorie, quindi, l'organo di vertice assume la propria determinazione (di irrogazione della sanzione o di archiviazione del procedimento), che, in applicazione dell'art. 3, c. 3, della l. n. 241/1990, può fare legittimamente rinvio agli atti del procedimento per l'illustrazione dei presupposti di fatto e di diritto che hanno portato alla decisione finale, purché – in ottempe-

ranza alle regole generalmente vigenti in tema di motivazione *per relationem* – tali atti siano richiamati nel provvedimento con la precisa indicazione degli estremi e siano resi disponibili agli interessati, secondo le modalità previste per l'accesso ai documenti amministrativi [Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2006, n. 389]. Come per la disciplina generale del provvedimento amministrativo, anche in questo settore riemergono tuttavia le criticità relative alla tutela del diritto di difesa dell'interessato (oltre che sul piano sostanziale), dal momento che la possibilità di esercitare il diritto di accesso non può costituire il pretesto per svilire la funzione dell'obbligo di motivazione, posto che la relativa istanza (sempre che sia accolta – e *in toto* – dall'amministrazione) potrebbe non essere evasa in tempo utile per fornire il materiale probatorio necessario per attivare la tutela giurisdizionale, il cui breve termine di decadenza per la proposizione della relativa azione, peraltro, non è neanche sospeso dalla presentazione della domanda di accesso [per i profili processuali v., *infra*, il contributo di Grüner].

Il provvedimento di applicazione della sanzione è pubblicato, quale sanzione accessoria con finalità punitiva [Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929], per estratto nel bollettino della Banca d'Italia e della Consob. Tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti (e avuto riguardo anche alla scarsa diffusione del bollettino), le menzionate Autorità possono stabilire modalità ulteriori rispetto alla pubblicazione del provvedimento sul bollettino (ad es. sui quotidiani o via internet), ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione. In tal modo è possibile accrescere l'effetto afflittivo e preventivo della sanzione amministrativa, informando la generalità dei risparmiatori e dei potenziali investitori dei comportamenti scorretti posti in essere dal soggetto sanzionato [Mazzeo, 2008]. Il risultato pratico di tale sanzione accessoria consiste nell'accentuare il carattere afflittivo della sanzione pecuniaria inflitta, attesi gli intuibili effetti conseguenti alla percepibilità e, in taluni casi, al clamore che si determina nel mondo bancario e finanziario con la divulgazione del provvedimento irrogato [Paviotti, 2002]. Per tali ragioni, il T.u.f. ha previsto che la modulazione di tale sanzione possa avvenire anche a vantaggio del soggetto sanzionato, dal momento che, nel caso in cui la pubblicità possa determinare gravi rischi per i mercati finanziari (e dunque a tutela dell'interesse generale della stabilità del sistema finanziario) o possa produrre conseguenze di sproporzionata afflittività per i soggetti interessati (in esito a un giudizio di bilanciamento tra gli interessi contrapposti), è possibile escludere la pubblicazione e, per i provvedimenti relativi agli abusi di mercato, differirla o escluderla in parte. Si tratta, in sostanza, di una ponderazione comparativa di opposti interessi in cui, da un lato, vi è la tutela dei risparmiatori e dall'altro, in un caso, un valore analogo a quello oggetto del bilanciamento attenendo alla tutela della collettività e in particolare prevenire gravi rischi per il

mercato e, nell'ulteriore ipotesi indicata, un pregiudizio eccessivo per la sfera giuridica e personale del soggetto sanzionato.

3. *Le recenti proposte di modifica e prospettive di riforma.*

Con le citate leggi n. 62 e n. 262 del 2005, e con le delibere attuative adottate dalla Consob, è stato disegnato un assetto organizzativo e procedurale per l'accertamento e l'applicazione delle sanzioni amministrative caratterizzato da una fase istruttoria "bifasica" (dinnanzi, per la prima parte, alla divisione competente per materia e, per la seconda parte, all'ufficio sanzioni) e da una successiva fase decisoria (di competenza della Commissione), e informato ai principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. In sintesi, in base al regime vigente, il responsabile della divisione competente per materia avvia il procedimento sanzionatorio trasmettendo all'interessato la formale contestazione degli addebiti, adottata sulla base degli elementi acquisiti e dei fatti emersi a seguito dell'attività di vigilanza. Con la formale contestazione degli addebiti l'interessato è posto in condizione di esercitare le proprie garanzie partecipative, mediante la presentazione di memorie scritte e documenti. Successivamente, la divisione competente per materia trasmette gli atti e le proprie valutazioni all'ufficio sanzioni amministrative, il quale presenta alla Commissione una proposta motivata di decisione in merito alla sussistenza o meno dell'illecito e alla quantificazione dell'eventuale sanzione.

Come illustrato, le modifiche intervenute di recente sono volte a delineare un modello di procedimento nel quale possano trovare attuazione innanzitutto i richiamati principi del contraddittorio e della distinzione tra la fase istruttoria e la fase decisoria, nel rispetto delle garanzie di difesa dei soggetti interessati.

Tuttavia, alcune lacune e carenze di tutela – soprattutto sul piano del contraddittorio e della partecipazione procedimentale – appaiano ancora evidenti. In particolare, il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative della Consob risente ancora della sua impostazione originaria caratterizzata da un'istruttoria tendenzialmente riservata e (ma questo è un "male comune") delle notevoli difficoltà che si incontrano nell'accesso ai documenti in possesso dell'Autorità, oltretutto in un contesto normativo frammentato e dai confini incerti.

Nell'ottica di una maggior tutela per gli interessati è stata elaborata di recente una proposta di un nuovo regolamento sul procedimento sanzionatorio, datata 5 agosto 2013 e attualmente in corso di discussione in seno alla Consob, la cui attuazione potrebbe avere effetti positivi anche sul piano delle garanzie pro-

cedimentali di cui si è detto. In dettaglio, in tale documento, sono state formulate alcune proposte di modifica alla disciplina regolamentare attualmente in vigore volte ad ottenere, tra l'altro, un recupero di efficienza, efficacia e tempestività dell'azione amministrativa e la semplificazione e l'accelerazione del relativo procedimento (riducendo il termine di conclusione dello stesso in 180 giorni) e, in generale, la certezza dei rapporti giuridici. Al riguardo, va vista favorevolmente l'ipotesi di eliminazione dell'attuale configurazione "bifasica" dell'istruttoria, prevedendosi un modulo istruttorio a "fase unica" incentrato presso l'ufficio sanzioni amministrative (a seguito della trasmissione della lettera di contestazione degli addebiti da parte della divisione competente), che, se attuato, assicurerebbe un significativo snellimento della fase istruttoria e maggiore imparzialità.

In particolare, come evidenziato nella relazione illustrativa della bozza di regolamento, l'accentramento della fase istruttoria in capo all'ufficio sanzioni amministrative realizzerebbe una maggiore omogeneità e uniformità nella valutazione dei fatti oggetto del procedimento, consentendo anche una più efficace attuazione del principio di parità di trattamento dei soggetti interessati. L'ufficio sanzioni amministrative diventerebbe così l'unità organizzativa responsabile del procedimento sanzionatorio con la facoltà per l'interessato di (presentare deduzioni e documenti e) di chiedere l'audizione personale, entro il termine (per il vero eccessivamente ridotto) di 30 giorni dal perfezionamento della notifica della lettera di contestazione. Nel documento viene poi espressamente indicato, a fronte del silenzio della normativa vigente, il contenuto della lettera di contestazione degli addebiti, includendovi opportunamente l'indicazione della facoltà per i soggetti coinvolti di accedere ai documenti istruttori, di presentare memorie e documenti e di chiedere l'audizione personale.

Particolarmente rilevante è infine la regolazione più dettagliata delle garanzie procedurali, essendo inserito nel regolamento un articolo specificamente dedicato al diritto di difesa dell'interessato, con indicazioni precise sui tempi e le modalità per l'esercizio del contraddittorio in forma scritta e orale. Anche in tale bozza di delibera rimane tuttavia priva di regolazione (e, pertanto, poco trasparente) la fase pre-istruttoria e, in particolare, le modalità con cui la Divisione competente per materia acquisisce le informazioni (anche mediante le ispezioni) funzionali all'accertamento dell'illecito e, di conseguenza, alla contestazione degli addebiti. Inoltre, e soprattutto, anche con tale proposta, si è persa nuovamente l'occasione di introdurre, a garanzia del diritto di difesa dell'interessato, la possibilità per le parti di interloquire nella fase finale mediante osservazioni scritte o orali sia sulla relazione predisposta dall'ufficio sanzioni amministrative per la Commissione sia dinnanzi alla Commissione stessa, la cui realizzazione attuerebbe anche i principi di economicità e efficienza dell'azione amministrativa riducendo il rischio di un successivo e probabile contenzioso.

In definitiva, l'attuazione di tali modifiche potrebbe contribuire ad avvicinare il procedimento sanzionatorio della Consob a un modello nel quale siano assicurati 'per intero' i principi e le garanzie costituzionali del giusto procedimento, sebbene ulteriori interventi appaiono ancora necessari per colmare il *deficit* di tutela che tuttora persiste, con particolare riguardo al diritto di partecipazione e di difesa dei soggetti interessati.

Bibliografia

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

Cassese S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 37 ss.;

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 59 ss.;

Clarich M., Camilli E.L., *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di Cassazione*, in *Giur. comm.*, 2007, 6, 1158 ss.;

Fratini M., Gasparri G. (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012;

Giovagnoli R., Fratini M., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009;

Mazzeo M., *La procedura sanzionatoria per le violazioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Resp. civ.*, 2008, 1, 92 ss.;

Paviotti F., *Le sanzioni amministrative della Consob: procedura di irrogazione e controllo giudiziario*, in *Quaderni Ceradi-Luiss*, Roma, 2002, 1 ss.;

Rordorf R., *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, V, 145 ss.;

Siclari D., *Sanzioni amministrative della Consob e individuazione di termini: alla ricerca di un giusto equilibrio fra principio di ragionevolezza, discrezionalità organizzativa delle autorità indipendenti e certezza dei tempi del procedimento*, in *Giur. it.*, 2006, 3, 631 ss.;

Sporta Caputi F., *La manipolazione del mercato nella forma del comunicato stampa decettivo su iniziative societarie*, in *Società*, 2008, 9, 1103 ss.;

Travi A., *Nota a Corte cost., 17 giugno 1996, n. 198*, in *Foro it.*, 1996, I, 2289 ss.;

Troise W., *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012;

Villata R., Goisis F., *Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali e procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in De Angelis L., Rondinone N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario: commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Torino, 2008, 531 ss.;

Zucconi Galli Fonseca E., *Il contraddittorio davanti alle autorità amministrative indipendenti e la legittimazione ad impugnare i loro provvedimenti*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 342 ss.

XV. Il procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia

Daniela Alfonsi

Sommario: 1. Premessa. – 2. Fonti normative e principi generali. – 3. I soggetti responsabili. – 4. L'attività istruttoria preventiva della Banca d'Italia. – 5. L'obbligatorietà dell'azione sanzionatoria della Banca d'Italia. – 6. La contestazione dell'addebito. – 7. I requisiti minimi della lettera di contestazione. – 8. La notifica del verbale di accertamento della violazione. – 9. La presentazione delle controdeduzioni. – 10. Il diritto di accesso agli atti nel corso del procedimento sanzionatorio. – 11. Esame delle controdeduzioni da parte del Servizio Rea. – 12. I criteri d'irrogazione delle sanzioni. – 13. La motivazione del provvedimento sanzionatorio. – 14. Il termine di conclusione del procedimento. – 15. La notifica e la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio. – 16. Il pagamento della sanzione. – 17. Procedimento sanzionatorio in materia di raccolta di dati statistici per la compilazione della bilancia dei pagamenti. – 18. Procedimenti caratterizzati da un ruolo meramente istruttorio della Banca d'Italia: procedimento sanzionatorio in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti e finanziamento del terrorismo e procedimento sanzionatorio regolato dal Testo unico valutario.

1. *Premessa.*

La tematica ha ad oggetto lo studio del procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, il cui esame non può prescindere dalle funzioni specificatamente attribuite dalla legge all'Istituto nel contesto bancario e finanziario. Tuttavia, in questa sede verrà esaminato il solo *iter* sanzionatorio, lasciando da parte ogni approfondimento relativo ai poteri della Banca d'Italia.

Occorre innanzitutto precisare che la potestà sanzionatoria della Banca d'Italia è preordinata a censurare il mancato raggiungimento di talune finalità, individuate dalla legge, che si sostanziano nella sana e prudente gestione dell'attività bancaria e finanziaria, nella vigilanza sui sistemi di pagamento nonché nella prevenzione dell'attività criminosa di riciclaggio di capitali illeciti e di finanziamento del terrorismo internazionale.

Le misure sanzionatorie tendono ad assicurare l'effettività di tali obiettivi, pertanto esse hanno non solo carattere afflittivo nei confronti dell'autore della violazione ma anche correttivo della lesione dello specifico interesse amministrativo.

Il contenuto del potere sanzionatorio varia in relazione alle funzioni ad essa attribuite: in taluni casi la Banca d'Italia ha una potestà sanzionatoria piena, che le consente direttamente di applicare il provvedimento sanzionatorio; in altri casi tale potestà è più circoscritta, spettando ad altra autorità il compito di emanare il provvedimento conclusivo a carattere afflittivo.

Dunque, i modelli sanzionatori sono tradizionalmente di due tipi.

Il primo, più diffuso, prevede che una volta che sono stati contestati gli addebiti ai soggetti, alla banca, alle società e agli enti interessati, l'Autorità provvede a esaminare le deduzioni nei termini di legge, trascorsi i quali emanerà il provvedimento motivato di applicazione delle sanzioni pecuniarie. Gli illeciti sottoposti a tale procedura sono quelli individuati dall'art. 145 del TUB, dall'art. 195 del TUF, nonché quelli inerenti alla violazione dei bilanci (art. 45 del d.lgs. n. 87/1992), dei sistemi di pagamento (art. 32, comma 6, d.lgs. n. 11/2010; art. 8 del d.l. n. 350/2001, che fa riferimento agli obblighi di ritiro di banconote sospette di falsità; d.lgs. n. 180/2004 che concerne le violazioni in materia di pagamenti transfrontalieri), delle norme sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori (art. 67 *septiesdecies*, d.lgs. n. 206/2005), della compilazione della bilancia dei pagamenti e alla posizione patrimoniale verso l'estero dell'Italia (art. 11, comma 6, d.lgs. n. 195/2008).

Il secondo modello, meno applicato e circoscritto a talune fattispecie, a sua volta si suddivide in due sotto-modelli, in cui emerge chiaramente una limitazione del potere sanzionatorio della Banca d'Italia, le cui funzioni spesso si arrestano alla fase di impulso o di istruttoria del procedimento, senza dunque la possibilità di emanare alcun provvedimento sanzionatorio.

Il primo sotto-modello è quello disciplinato dall'art. 60 del d.lgs. n. 231/2007, in materia di prevenzione del riciclaggio di capitali o di finanziamenti destinati al terrorismo internazionale, dove la Banca d' Italia ha solo poteri di impulso, mentre spetta all'Unità di informazione finanziaria (UIF) accertare gli illeciti in materia di riciclaggio, contestarli ai soggetti coinvolti e trasmettere l'istruttoria al Ministero dell'economia e delle finanze, al quale, invece, spetterà il compito di emanare il decreto sanzionatorio.

Il secondo sotto-modello è quello previsto dalla procedura disciplinata dal Testo unico valutario (d.P.R. 31 marzo 1998, n. 148), nel quale la Banca d'Italia ha non solo poteri di impulso del procedimento ma anche poteri istruttori, che si sostanziano nella predisposizione di una relazione illustrativa che dovrà essere inviata al Ministero dell'economia e delle finanze per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio finale.

A questo modello si è fatto ricorso anche dopo la soppressione dell'Ufficio italiano dei cambi (UIC), disciplinato dall'art. 1 del d.lgs. 25 settembre 1999, n.

374, il quale prevedeva che «le autorità competenti al rilascio delle autorizzazioni o licenze, alla ricezione delle dichiarazioni di inizio attività, ovvero alla tenuta di albi o registri di cui al comma 1, comunicano, senza ritardo, anche con mezzi informatici o telematici, all'Ufficio Italiano dei Cambi, i dati relativi agli operatori e all'attività esercitata, ogni successiva variazione, nonché i provvedimenti di sospensione o revoca del titolo autorizzatorio o di cancellazione eventualmente adottati, indicandone i motivi. L'UIC utilizza i dati raccolti a fini antiriciclaggio». Tale norma è stata poi abrogata dall'articolo 64 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, il quale, nel delineare il nuovo assetto regolamentare e operativo in materia di prevenzione e contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo internazionale, non ha espressamente confermato la disposizione di cui all'articolo 1 del decreto n. 374/1999. Il decreto n. 231/2007 ha inoltre sancito la soppressione dell'UIC e il trasferimento delle relative competenze antiriciclaggio all'Unità di Informazione Finanziaria (UIF), istituita presso la Banca d'Italia per le materie confluite nella potestà sanzionatoria della stessa, tra cui quelle concernenti le violazioni in materia di embargo e congelamento dei capitali dei terroristi (d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109) e le violazioni delle disposizioni in materia di monetizzazione metallica (d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213).

Il quadro normativo che emerge da tale rassegna risulta alquanto frastagliato, tanto che più volte è stato sollecitato un intervento di semplificazione e di riordino delle procedure sanzionatorie da parte del legislatore, affinché lo stesso escluda la Banca d'Italia dalle procedure in cui il suo ruolo risulta del tutto marginale.

L'idea è quindi quella di far convergere tutte le procedure in un unico modello che assuma le sembianze di quello descritto dall'art. 145 T.u.b., nel quale alla Banca d'Italia sono attribuiti ampi poteri decisionali in ordine all'applicazione delle sanzioni amministrative [Fratini, 2011] (Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929).

A ogni modo, qualche passo avanti è stato fatto, soprattutto per rendere la procedura principale di irrogazione delle sanzioni più razionale: si sono difatti raggruppate in un unico *corpus* tutte le varie disposizioni frammentate in più atti normativi, diretti a varie categorie di intermediari.

Con provvedimento del 18 dicembre 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 10 gennaio 2013, la Banca d'Italia ha adottato le nuove «Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa». Tale provvedimento chiarisce innanzitutto i principi generali che devono guidare l'esercizio del potere da parte dell'Autorità e le regole che presiedono al procedimento sanzionatorio, garantendo una maggior trasparenza e partecipazione ai soggetti privati [Costagliola, 2003].

Nella trattazione che segue, dunque, si esaminerà dapprima il procedimento in materia di vigilanza bancaria e finanziaria, alla luce delle recenti modifiche di cui sopra, e poi le procedure in cui il ruolo della Banca d'Italia risulta fortemente ridimensionato.

2. *Fonti normative e principi generali.*

Il procedimento sanzionatorio dinnanzi alla Banca d'Italia è disciplinato da una pluralità di norme.

L'applicazione delle sanzioni trova la sua prima fonte normativa di rango primario negli artt. 145 del T.u.b. e 195 del T.u.f. In particolare, tali norme delineano la struttura del procedimento sanzionatorio che si suddivide in tre fasi: la fase della contestazione degli addebiti, quella del contraddittorio con i soggetti interessati e una fase finale, che si conclude con un provvedimento sanzionatorio o di archiviazione. I restanti aspetti della procedura sanzionatoria sono invece disciplinati dalla legge n. 689/1981, ad eccezione di quanto statuito dall'art. 16 della medesima legge e concernente il pagamento in misura ridotta (art. 145, comma 11, del T.u.b.). Occorre infatti tenere presente che la legge n. 689/1981 ha valenza generale per tutte le sanzioni amministrative pecuniarie diverse dalle sanzioni disciplinari e, dunque, integra la disciplina speciale in materia di sanzioni amministrative sancita dal T.u.f. e dal T.u.b. ogniqualvolta questi ultimi presentino delle lacune normative [Ceci Iapichino, 2008].

Le fattispecie sottoposte a sanzione amministrativa sono invece disciplinate dagli artt. 133, 139, 140 e 144 del T.u.b., i quali, rispettivamente, prevedono le sanzioni amministrative pecuniarie nei casi di abuso di denominazione o di violazione delle disposizioni in materia di autorizzazione o di comunicazione concernenti gli assetti proprietari delle banche o di violazione di norme che nel T.U. disciplinano l'attività bancaria, i requisiti personali degli operatori bancari e i rapporti con la Banca d'Italia. Tra gli illeciti sanzionati dall'art. 144 del T.u.b. sono ricompresi i casi di esercizio non autorizzato del credito da parte delle banche di credito cooperativo in favore di soggetti diversi dai soci, nonché le ipotesi di violazione degli obblighi di pubblicità, all'interno dei locali aperti al pubblico, in ordine ai tassi di interesse, ai prezzi e alle spese per le comunicazioni alla clientela, e a ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti; le fattispecie di prescrizioni in materia di emissione di assegni circolari in assenza di autorizzazione della Banca d'Italia, etc. [Riondato, Zanzani, 2003].

I principi cardine del procedimento sono invece elencati nell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, la quale, in particolare, afferma la necessità che

la procedura sanzionatoria si svolga nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della terzietà dell'organo decidente. Principi a cui sono ispirate l e disposizioni della legge n. 241/1990 e alle quali la stessa legge n. 262/2005 rinvia.

Infine, vi sono le disposizioni di natura regolamentare emanate direttamente dalla Banca d'Italia (provv. n. 473798 del 27 aprile 2006, recante «Modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'ambito della procedura sanzionatoria»; provv. 25 giugno 2008 «Regolamento recante l'individuazione dei termini delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia relativi all'esercizio delle funzioni di vigilanza in materia bancaria e finanziaria, ai sensi degli art. 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni»; provv. 27 giugno 2011 «Disciplina della procedura sanzionatoria amministrativa ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 385/93 e dell'art. 195 del d.lgs. n. 58/98 e delle modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie») che integrano le disposizioni di rango primario.

L'Autorità amministrativa può infatti integrare le disposizioni normative previste dal T.u.f. e dal T.u.b. una volta che questi ultimi hanno ben individuato l'ambito e i limiti del potere normativo secondario. Dunque, gli atti che le Autorità sono demandate ad emanare assumo rilevanza nell'ordinamento generale innovandolo [Clarich, 2005]. La parte più consistente delle disposizioni di rango secondario era contenuta nelle Istruzioni di vigilanza.

Oggi, alla luce delle esigenze di razionalizzazione di cui sopra, la normativa di rango secondario è stata trasfusa, non senza qualche modifica, nelle «Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa» emanate con provvedimento del 18 dicembre 2012 dall'Autorità stessa, che ha abrogato la Circolare della Banca d'Italia del 21 aprile 1999, contenente le Istruzioni di Vigilanza, relativamente al Capitolo VIII, e il Provvedimento della Banca d'Italia del 3 settembre 2003, recante «Procedure per l'applicazione delle sanzioni amministrative agli intermediari non bancari».

Le nuove disposizioni si applicano a tutti i procedimenti sanzionatori che sono stati intrapresi dopo l'entrata in vigore del suddetto provvedimento.

Le modalità di applicazione delle sanzioni dovranno essere condotte con approccio dissuasivo, proporzionale, oggettivo e trasparente. La finalità è dunque quella di scoraggiare la violazione delle regole, di modulare l'applicazione delle sanzioni in conformità alla violazione commessa, e di garantire una equa partecipazione alle imprese nel corso della procedura sulla base di norme certe e trasparenti.

3. *I soggetti responsabili.*

Inizialmente, la legge bancaria del 1936, per individuare i soggetti responsabili degli illeciti amministrativi, si basava su un criterio essenzialmente di natura soggettiva: in particolare, l'art. 87 della suddetta legge identificava i soggetti responsabili in coloro che rivestivano alcune limitate qualifiche (dirigenti, commissari, impiegati). Tale criterio, alquanto restrittivo, aveva creato non pochi problemi interpretativi, sicché, al fine di ampliare il novero dei soggetti responsabili, la giurisprudenza ha finito con il ritenere che l'elenco predisposto dal legislatore fosse solo meramente indicativo e non tassativo. Potevano dunque essere sottoposte a sanzione tutte le persone che avessero di fatto «il potere di determinare la volontà dell'ente bancario» [Condemi, 1991].

Con l'emanazione del T.u.b. sono mutati i criteri di individuazione dei soggetti responsabili, da soggettivi ad oggettivi. Difatti, l'art. 144 del T.u.b. punisce con sanzione amministrativa tutti i «soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione» nonché i dipendenti e coloro che «svolgono funzioni di controllo per la violazione delle norme o per non aver vigilato affinché le stesse fossero osservate da altri» [Lotito,1998; Capriglione, 1994; Borrello, 2003]. Si tratta di un criterio elastico e flessibile, in grado di ricomprendere anche soggetti che si inseriscono nell'organizzazione della banca con modalità diverse dal rapporto di lavoro subordinato, e risponde a pieno alla necessità della banche stesse di implementare e articolare la propria struttura organizzativa in maniera più complessa, senza adottare schemi rigidi, al fine di essere più competitive sul mercato, soprattutto dopo il processo di liberalizzazione e privatizzazione dell'economia attuato in Italia sulla spinta della Comunità Europea [Mattarella, 1996].

In sostanza, chiunque abbia assunto decisioni azzardate per l'impresa dovrà rispondere dei danni cagionati in solido con l'ente creditizio; tuttavia, l'ente potrà sempre agire in regresso nei confronti degli autori dell'illecito, in deroga quindi alla legge n. 689 del 1981, che invece prevede solo la figura del regresso facoltativo.

Le recenti disposizioni emanate dalla Banca d'Italia proseguono nella medesima direzione, ovvero, sono rivolte a tutti i soggetti sottoposti ai poteri sanzionatori della Banca di Italia sulla base delle norme del T.u.b. e del T.u.f.: quindi, banche, intermediari finanziari, Sgr, Sim, Sicav, Poste Italiane s.p.a. oltre a tutti coloro che, come accennato sopra, svolgono funzioni di amministrazione, controllo, direzione, o che hanno compiti di revisione dei conti, i dipendenti con specifiche funzioni o coloro che sono inseriti nella struttura in assenza di un rapporto di lavoro subordinato (cfr Provv. del 28 dicembre 2012).

4. *L'attività istruttoria preventiva della Banca d'Italia.*

La fase amministrativa del procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia ha inizio con l'avvio dell'attività istruttoria preventiva, che è gestita direttamente dall'ente, nel corso della quale lo stesso acquisisce tutti gli elementi necessari per valutare l'avvio o meno della procedura sanzionatoria [Barbagallo,1998].

Diversi sono gli strumenti attraverso i quali la Banca d'Italia acquisisce informazioni necessarie ad attivare la fase istruttoria. Innanzitutto, vi sono le segnalazioni che periodicamente le banche sono obbligate ad inviare alla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 51 del T.u.b. In sostanza, ogni banca, nelle scadenze previste, deve far pervenire la c.d. matrice dei conti, compilata secondo le istruzioni contenute nel «Manuale per la compilazione della matrice dei conti», oltre ai bilanci delle stesse. Dall'esame di tali documenti l'Autorità evince se vi sono anomalie o irregolarità derivanti da comportamenti non conformi alle prescrizioni di legge da parte degli intermediari finanziari, dei gruppi bancari, degli istituti di pagamento e di moneta elettronica.

Un ulteriore strumento di cui si avvale la Banca d'Italia per intraprendere l'istruttoria è l'ispezione, che viene effettuata attraverso l'invio di funzionari presso le varie banche in assenza di qualsiasi preventiva comunicazione. La Banca d'Italia non ha difatti l'obbligo di comunicare l'inizio dell'attività ispettiva, quest'ultima connotandosi come una vera «azione a sorpresa», in quanto tale incompatibile con qualsiasi forma di comunicazione preventiva: la giurisprudenza ritiene dunque non applicabile l'art. 7 della l. n. 241/1990, che disciplina la comunicazione di avvio del procedimento (Tar Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7236], e non necessaria l'instaurazione del contraddittorio con gli interessati (App. Roma, decr. 15 novembre 2001 - 20 maggio 2002, n. 2680/2001) [Fratini, 2011].

Infine, non è da escludere che l'attività istruttoria possa essere svolta attraverso segnalazioni esterne all'amministrazione: si pensi ai casi di informazioni ricevute da altre Autorità (italiane o straniere), dai commissari preposti alle procedure di amministrazioni straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa, nonché, dagli esposti dei privati (App. Roma, decr. 10 luglio - 19 settembre 2006, n. 51966/06; 7 giugno 2006 - 12 luglio 2006, n. 51398/2006).

La fase istruttoria, dunque, è una procedura preliminare volta ad acquisire elementi necessari per dare attuazione alla procedura sanzionatoria.

Proprio perché si dà vita ad una attività di raccolta dei dati, si è posto il problema di estendere anche a tale fase il sistema di garanzie previste dalla legge sul procedimento amministrativo: in particolare, ci si è chiesti se fosse possibile conciliare l'istruttoria preliminare con l'istituto del diritto di accesso agli atti, che costituisce uno dei principali strumenti di tutela di cui può avvalersi il privato nei

casi in cui le sue situazioni giuridiche soggettive vengano lese o incise da un provvedimento amministrativo. Sul punto è intervenuta più volte la giurisprudenza amministrativa, la quale non ha ritenuto possibile estendere le garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo anche alla fase preistruttoria, sull'assunto che le stesse sarebbero destinate a trovare compiuta applicazione proprio nella fase istruttoria successiva all'instaurazione del procedimento sanzionatorio. Ciò in quanto la fase preistruttoria sarebbe solo diretta ad una valutazione preliminare in ordine alla necessità di dare vita a una compiuta fase istruttoria o meno (di qui il carattere strumentale della stessa e l'informalità che la caratterizza: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2003, n.7265) [Vasques, 1997].

5. *L'obbligatorietà dell'azione sanzionatoria della Banca d'Italia.*

La Banca d'Italia, una volta presa contezza dell'illecito, è tenuta ad avviare la procedura sanzionatoria, secondo quanto statuito dagli art. 13 e seguenti della legge n. 689/1981. Vige infatti in materia di sanzioni amministrative il principio dell'obbligatorietà dell'azione sanzionatoria.

Dunque, «l'irrogazione delle sanzioni è una attività vincolata» non assimilabile a quella di vigilanza, nei cui confronti, al contrario, l'Autorità dispone di ampia discrezionalità, soprattutto nell'organizzare i controlli di natura cartolare ed ispettiva; ciò in virtù dei compiti ad essa affidati e consistenti nella salvaguardia della trasparenza e della correttezza dei comportamenti posti in essere dai soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria [Sandulli M.A., 1983; Travi, 1983; Riva Crugnola, 1982].

I controlli dovranno essere condotti, in sostanza, nel rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione, nonché di competitività, di stabilità e di buon funzionamento del sistema finanziario e di tutela degli investitori (Cass., sez. un., 15 luglio 2010 n. 16557; Cass., sez. un., 23 gennaio, 2004 n. 1235; in senso analogo, Cass., sez. un. 18 marzo 2004, n. 5535 del 2004; Cass., sez. un.,21 maggio 2004 n. 9730; Cass., sez. un., 24 gennaio 2005 n. 1362).

Di recente, in dottrina si è dubitato della valenza del principio di obbligatorietà dell'azione in relazione al procedimento sanzionatorio dell'Autorità, in quanto tale potere, essendo strumentale all'esercizio dell'attività di vigilanza, parteciperebbe della medesima natura discrezionale di quest'ultima. Alla Banca d'Italia dovrebbe dunque essere riconosciuta una mera facoltà ad intraprendere il procedimento sanzionatorio a seconda del caso concreto che le si pone di fronte [Bani, 2000; De Biasi, 2003; Titomanlio, 2007; Goisis, 2013]. Ma a tale

orientamento si è più volte obiettato che la doverosità dell'azione amministrativa sanzionatoria è strettamente correlata all'esigenza che venga rispettata la normativa in materia di vigilanza, la quale è espressione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. [Paliero, Travi, cit.; Ceci Iapichino, cit.].

Dunque, una volta che la banca ha provveduto, nell'ambito delle sue competenze normative, a modulare i sistemi di controllo e ad integrare gli illeciti previsti dalla legge, non potrà effettuare nessun'altra valutazione discrezionale sugli stessi, dovendo conformarsi alla rigida predeterminazione delle regole procedurali e dei criteri per l'esercizio dell'azione. La discrezionalità dell'ente creditizio potrà riemergere solo in fase di determinazione del *quantum* della sanzione [*contra*, Caponigro, 2011], anche se in relazione a questo aspetto vigono ancora orientamenti contrastanti: c'è chi ritiene che in tale fase la Banca d'Italia possa esercitare attività discrezionale [Condemi, 1991] e chi, invece, ritiene che si debba parlare non tanto di discrezionalità c.d. pura, ma tecnica [Paliero, Travi, cit.].

6. *La contestazione dell'addebito.*

Terminata l'attività di indagine e verifica della Banca d'Italia, la stessa procede ad accertare le irregolarità verificando la corrispondenza dei fatti posti in essere con le fattispecie sanzionatorie. Tale attività viene poi trasfusa nel relativo verbale di accertamento, ai sensi dell'art. 24 della legge n. 262/2005.

Successivamente, si instaura la prima fase della procedura sanzionatoria mediante la contestazione degli addebiti ai soggetti chiamati per legge a risponderne sulla base di quanto statuito dall'art. 14 del T.u.b. Con la contestazione l'Autorità manifesta esternamente la volontà di agire nei confronti dei soggetti che hanno posto in essere comportamenti contrari agli obblighi di vigilanza e al tempo stesso consente ai responsabili di venire a conoscenza degli illeciti contestati e di intervenire nel procedimento.

Il diritto al contraddittorio non viene sancito dalla legge n. 689/1981, ma si ricava dai principi generali del procedimento amministrativo a cui la legge rinvia. Esso consente al destinatario della contestazione di esercitare il suo diritto di difesa che si sostanzia nel prendere parte attivamente al procedimento instaurato, nell'accesso agli atti del procedimento nel rispetto dei limiti sanciti dall'art. 24 della legge n. 241/1990, nell'integrare l'istruttoria attraverso il deposito di memorie difensive [Chieppa, 2005; Clarich, 2004; Cintioli, 2010].

Innanzitutto, occorre precisare che la contestazione assolve alle funzioni attribuite dalla legge sul procedimento amministrativo all'istituto della comunica-

zione di avvio del procedimento, anche se lo stesso non viene contemplato dalle norme speciali del T.u.f. e del T.u.b. Il mancato richiamo all'istituto *de quo* non fa venir meno le garanzie partecipative al procedimento, che sono sempre assicurate dalla funzione dialettica, partecipativa e deflattiva affidata dalla legge speciale alla contestazione della violazione [App. Roma, decr. 14 novembre 2000 - 4 maggio 2001, n. 693/1999; App. Roma, decr. 6 maggio - 9 settembre 2004, n. 143/2004; Corte App. Roma, decr. 11 marzo - 7 maggio 2002, n. 9249/2001; Cons. Stato, sez.V, 21 aprile 2006 n. 2254; Cass. civ., sez. V, 11 giugno 2010, n. 14104]. Essendo dunque la contestazione espressione dei principi generali del procedimento amministrativo, ne consegue che ogni limitazione concernente la sua notifica o la sua esclusione deve essere espressamente prevista dalla legge e non può essere estesa in via analogica.

L'accesso agli atti invece consente agli interessati di venire a conoscenza dei documenti istruttori in base ai quali verrà formulata la decisione finale; è dunque un istituto finalizzato a garantire la trasparenza dell'attività amministrativa e a consentire ai privati di potere predisporre una idonea difesa dei propri interessi affinché vengano il meno possibile lesi dall'esercizio del potere sanzionatorio. Infine, la contestazione ha altresì la funzione di prevenire eventuali contenziosi tra p.a. e privato, garantendo un confronto ad armi pari tra le parti, oltre a permettere all'ente di modulare la decisione finale anche in base alle difese avverse [Giovagnoli, Fratini, 2009].

7. *I requisiti minimi della lettera di contestazione.*

La lettera di contestazione, proprio perché assolve alla funzione di rendere edotti gli interessati degli addebiti mossi nei loro confronti e di predisporre le loro difese, deve rispondere a dei requisiti minimi necessari volti ad assicurare le suddette finalità.

I requisiti contenutistici inizialmente descritti nelle Istruzioni di Vigilanza sono oggi confluiti nel provvedimento concernente le «Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa».

Innanzitutto, occorre che la lettera contenga, oltre agli elementi formali necessari a qualificarla come atto di contestazione introduttivo della procedura sanzionatoria, una chiara esposizione degli estremi di fatto in cui si sostanzia la violazione, ovvero, i fatti costitutivi rilevati, individuati in tutte le circostanze concrete, anche di tempo e di luogo, dato che non potranno essere più modificati dall'amministrazione: l'atto, difatti, produce l'effetto di delimitare l'ambito di applicazione del potere sanzionatorio poiché in caso contrario risulterebbe alta-

mente leso il diritto di difesa dei trasgressori (Cass. civ., sez. I, 2 maggio 2006, n. 10145; Cass. civ., sez. I, 5 ottobre 2000, n. 13267) [Cerbo, 1999; Colla, Manzo, 2001].

La giurisprudenza ha più volte affermato la non necessità di una descrizione dettagliata degli accertamenti delle violazioni, essendo sufficiente una descrizione sintetica delle irregolarità commesse dai destinatari della lettera (App. Roma, decr. 10 luglio - 18 dicembre 2000, n. 817/1997; App. Roma, decr.10 luglio 2000 - 26 gennaio 2001, n. 908/1995). Una puntuale descrizione potrebbe essere difatti necessaria solo quando le irregolarità siano da ricollegare ad episodi sporadici o eccezionali, non quando siano riferibili ad un ampio arco temporale. In tali casi, di fatto, è sufficiente far riferimento solo a taluni dei comportamenti violativi delle regole di vigilanza, a titolo esemplificativo, senza ledere al tempo stesso il diritto dei privati ad essere compiutamente informati sui fatti addebitati (Cass. civ., sez. I, 25 maggio 1994, n. 5107; App. Roma, decr. 4 dicembre 2008 - 16 dicembre 2008, n. 458072008; App. Roma, decr.14 ottobre - 11 novembre 2002, n. 4796/2002).

Ulteriori elementi necessari sono il riferimento all'accertamento ispettivo e ai documenti dai quali emerge l'irregolarità commessa, l'indicazione delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie, del responsabile del procedimento sanzionatorio presso la quale va rivolta la richiesta di visione e copia degli atti istruttori, l'invito a far pervenire al Servizio Rapporti esterni e affari generali della Banca d'Italia eventuali controdeduzioni nel termine di trenta giorni, l'indicazione della facoltà dei responsabili di richiedere un'audizione personale nel medesimo termine di trenta giorni e il termine di conclusione del procedimento.

La contestazione può essere contenuta in qualsiasi atto notificato (Cass., sez. I, 26 ottobre 2006 n. 23018) e la stessa è ritenuta valida anche quando sia erroneamente indicata la norma applicabile in concreto, sempre se tale errore non abbia inciso sul diritto di difesa dell'interessato (Cass., sez. I, 26 marzo 2006, n. 7123); lo stesso discorso vale per la mancata indicazione nella lettera della sanzione edittale, non essendovi alcuna disposizione che ne impone la comunicazione, sempre però che nella lettera sia indicata la condotta materiale che gli viene addebitata, potendo il responsabile, con ordinaria diligenza, ricondurla alla norma di legge (Cass., sez. II, 23 gennaio 2007, n. 1412).

Nel caso, infine, di omessa indicazione del responsabile del procedimento, l'orientamento maggioritario è nel senso della non nullità della lettera di contestazione, in quanto tale indicazione risponde a esigenze diverse da quelle desumibili dall'art. 14 della legge n. 689 del 1981 (Cass., sez. I, 28 settembre 2006, n. 21058; Cass., sez. I, 11 gennaio 2006, n. 289; Cass., sez. I, 5 aprile 2005, n. 7083). D'altronde, in tale ipotesi, si applica l'art. 5 della l. n. 241/1990: fino a

quando non viene nominato il responsabile del procedimento è considerato responsabile il funzionario preposto all'unità organizzativa di riferimento [App. Roma, decr. 25 novembre 2008 - 5 gennaio 2009, n. 6504/2008; Giovagnoli, Fratini, 2009].

Un ulteriore effetto produttivo della lettera *de quo* è l'interruzione della prescrizione del termine quinquennale previsto per riscuotere le somme dovute a titolo di sanzione pecuniaria a seguito della sua notificazione. Si applicano al riguardo le norme previste dal codice civile per effetto del loro richiamo da parte dell'art. 28 della legge n. 689 del 1981. La lettera di contestazione, dunque, ha valenza di messa in mora del debitore e pertanto è idonea ad interrompere la prescrizione (Cass, sez. I, 23 gennaio 1998, n. 617; App. Roma, decr. 31 luglio - 17 luglio 2001, n. 661/1999).

8. *La notifica del verbale di accertamento della violazione.*

La lettera di contestazione è un atto recettizio che deve essere debitamente portata a conoscenza degli interessati. Tale adempimento deve essere effettuato nel termine di novanta o centottanta giorni dall'accertamento: il primo termine si applica alle procedure di cui all'art. 145 del T.u.b. mentre il secondo è riferito alla procedura disciplinata dall'art. 195 del T.u.f. Il termine invece è di trecentosessanta giorni se i soggetti responsabili risiedono all'estero.

Ai sensi della legge n. 689/1981, la contestazione può essere immediata o postuma. La contestazione immediata non deve essere intesa nel senso di fare coincidere la contestazione delle violazioni con l'inizio dei controlli, ma occorre tener conto dei tempi necessari a raccogliere gli elementi istruttori e a valutare nel complesso il comportamento assunto dal responsabile. La valutazione del tempo necessario a vagliare i dati acquisiti con l'istruttoria non è rimessa al totale arbitrio dell'Autorità ma potrà essere oggetto, nei casi di opposizione, di sindacato del giudice il quale dovrà dunque constatare la ragionevolezza dei tempi impiegati dall'amministrazione nell'acquisire la documentazione, tenendo conto della complessità del caso concreto. Il giudice non potrà però sostituirsi all'amministrazione nel valutare l'opportunità degli atti istruttori. La contestazione dunque deve avvenire al termine degli accertamenti.

Nei casi in cui però non sia possibile la contestazione immediata, l'art. 14 della legge n. 689/1981 prevede altresì la contestazione postuma, ovvero, che la stessa sia notificata entro novanta giorni dall'accertamento nei confronti dei soggetti residenti o aventi sede nel territorio italiano. Proprio per la complessità dell'attività istruttoria preventiva delle procedure di cui all'art. 145 T.u.b., le «Di-

sposizioni di vigilanza» prevedono che tale adempimento debba essere effettuato nel termine di novanta giorni dall'accertamento dell'illecito. Solo a seguito di una approfondita verifica l'Autorità di Vigilanza potrà formulare l'ipotesi di addebito, altrimenti si correrebbe il rischio di ostacolare quel processo conoscitivo che consente all'Organo di Vigilanza di vagliare attentamente la sussistenza di tutti i requisiti dell'illecito [Desiderio, 1974].

Il termine per la notifica deve decorrere dall'accertamento della violazione presso l'intermediario se le violazioni sono state riscontrate a seguito dell'attività ispettiva; se invece le stesse sono state riscontrate durante l'attività di vigilanza informativa, dal momento in cui la Banca di Italia acquisisce gli elementi idonei a sussumere il fatto concreto nell'illecito individuato dalla norma. Tale termine decorre dal momento in cui l'Autorità raccoglie gli ultimi dati richiesti (Cass, sez. I, 11 giugno 2003, n. 9357; App. Roma, 17 giugno - 6 luglio 2010, n. 61677/2009). La legge determina una presunzione di equivalenza tra la ricezione dei documenti e l'accertamento della violazione, fissando così in un momento ben preciso il *dies a quo* del termine di notifica.

Ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689/1981, la notifica deve essere effettuata in conformità alle prescrizione dell'ordinamento civile: la stessa può essere effettuata anche da un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione e, quindi, anche a mezzo del servizio postale.

La giurisprudenza ha ad ogni modo precisato che la notificazione non deve essere necessariamente effettuata dallo stesso soggetto che ha accertato l'illecito, purché il funzionario accertatore e notificatore appartengano alla medesima unità amministrativa (Cass., sez. lav., 13 gennaio 2006, n. 539; Cass, sez. I, 6 luglio 2004, n. 12320).

Di norma, la notifica viene effettuata a mani nel corso di una riunione presso l'intermediario finanziario o la filiale competente della Banca d'Italia, mentre la notifica alle persone fisiche non più incarica può avvenire anche a mezzo della posta elettronica certificata, che è stata debitamente comunicata all'Autorità al fine delle relative comunicazioni. Una volta notificata la lettera di contestazione ai legali rappresentati delle banche, alle società, agli enti, spetterà a questi ultimi poi fornire tempestivamente le informazioni richieste dalla Banca d'Italia, relative al luogo e alla data di nascita, alla residenza e al codice fiscale dei possibili destinatari delle contestazioni, verificandone esattezza e completezza, indicando altresì le domiciliazioni e gli indirizzi pec. Come accennato sopra, le banche, le società e gli enti rispondono in solido del pagamento della sanzione e sono tenuti a esercitare il diritto di regresso verso i responsabili sulla base del vicolo di solidarietà stabilito dall'art. 145 del T.u.b. e 195 del T.u.f.

Nel caso di mancata notifica nel termine previsto dalle disposizioni della Banca di Italia, la legge prevede che l'obbligazione di pagare una somma a tito-

lo di sanzione amministrativa si estingue per la persona nei cui confronti è stata emanata [Cass., sez. II, 13 marzo 2006, n. 5400]. La sanzione dunque ha carattere personale, ne consegue che nel caso di più coobbligati a diverso titolo, la responsabilità potrà essere fatta valere solo nei confronti di quei soggetti a cui il provvedimento è stato notificato nei termini [Colla, Manzo, 2001; Sandulli M.A.].

Nel caso in cui ci si avvalga del servizio postale, ai fine della tempestiva notificazione, occorre aver riguardo all'atto di consegna della lettera all'ufficiale giudiziario e non alla ricezione della lettera da parte degli interessati (Cass., sez I, 11 giugno 2003, n. 9357; App. Roma, decr. 25 febbraio - 10 maggio 2005, n. 51774/2004), ciò non incide però sul termine di presentazioni delle controdeduzioni che dovrà decorrere infatti dal giorno dalla materiale ricezione della lettera di contestazione degli addebiti.

9. *La presentazione delle controdeduzioni.*

La lettera di contestazione segna il passaggio da una fase investigativa preprocedimentale ad una successiva procedimentalizzata nella quale si instaura il contraddittorio con i soggetti destinatari della sanzione. Questi ultimi infatti hanno la facoltà di presentare deduzioni scritte e documenti, da sottoporre al vaglio della Banca di Italia, nel termine di trenta giorni dalla notifica della contestazione. La suddetta documentazione deve essere inviata al Servizio Rea, che è responsabile del procedimento sanzionatorio, preferibilmente avvalendosi della posta elettronica certificata; una seconda copia deve essere inoltrata invece all'Unità (Filiale o Servizio) della Banca di Italia competente per la vigilanza sull'intermediario e nel cui territorio ha sede la banca, la società o l'ente cui appartengono i responsabili della violazione; nei casi di procedure avviate in sede ispettiva, la copia va inviata anche al Servizio Ispettorato Vigilanza.

La documentazione allegata dai soggetti interessati deve essere pertinente con l'oggetto dell'addebito e idonea a supportare le proprie difese, non è necessario produrre tutti gli atti relativi all'azienda, in quanto spesso già noti all'Autorità, e quelli relativi all'attività precedente la data di conclusione degli accertamenti ispettivi.

L'attività difensiva degli interessati si svolge non solo nel rispetto del principio del contraddittorio, ovvero, al fine di far emergere le proprie istanze difensive nel corso del procedimento, ma anche nel rispetto del principio della leale collaborazione tra le parti al fine di rendere più efficace ed efficiente l'esercizio del pubblico potere [Clarich, 2004; Rordorf, 2010; Ramajoli, 2003]. In partico-

lare, il ruolo dei privati è funzionale a far emergere eventuali difetti di procedura e a guidare al meglio l'Autorità nell'emanazione di un provvedimento finale il più possibile conforme ai principi del procedimento amministrativo.

Generalmente l'attività dei privati si svolge mendiate la presentazione di controdeduzioni scritte, che devono essere redatte in maniera essenziale, seguendo l'ordine degli addebiti e, se superano le cinquanta pagine, devono concludersi con una sintesi delle principali tesi difensive riportate; ciò al fine di agevolare la comprensione delle argomentazioni avverse da parte degli organi preposti all'esame delle stesse. Ad ogni modo, in caso di trasmissione cartacea dei documenti e delle controdeduzioni, gli stessi devono essere tramessi anche a mezzo di un supporto informatico, accompagnato dalla relativa dichiarazione di conformità all'originale cartaceo.

Le controdeduzioni poi possono essere presentate individualmente o essere sottoscritte anche da tutti gli interessati, ovvero, dai soggetti solidamente responsabili per il pagamento della sanzione pecuniaria, compreso il legale rappresentante della banca, della società o dell'ente. Nel caso in cui gli interessati non producano nulla o non indichino controdeduzioni, la procedura proseguirà ugualmente il suo corso.

Le disposizioni di vigilanza della Banca di Italia prevedono, in deroga alla procedura di cui alla legge n. 689/1981 (App. Roma, decr. 20 aprile - 7 maggio 2009, n. 12511/2008), altresì la possibilità di richiedere un'audizione personale entro i trenta giorni dalla notifica della contestazione. Tali audizioni, avendo carattere strettamente personale, non possono essere svolte da altri soggetti in delega e normalmente avvengono nei trenta giorni successivi presso le Filiali della Banca d'Italia. Nel caso in cui le audizioni dovessero svolgersi oltre il termine previsto per presentare le difese, non è possibile integrarle in quella sede. È invece ammessa la rinuncia all'audizione ma la sua comunicazione deve pervenire tempestivamente al Servizio Rea tramite pec. Al termine dell'audizione verrà redatto un verbale che riporta sinteticamente il contenuto delle stesse.

Ad ogni modo, trattandosi di una facoltà, non vi è l'obbligo dell'Autorità di informare il privato circa la possibilità di richiedere un'audizione personale: ne consegue che la mancata comunicazione in tal senso non costituisce un vizio del procedimento sanzionatorio (App. Roma, decr. 14 giugno - 6 luglio 2010, n. 61703/2009).

Al contrario, la mancata convocazione degli interessati che hanno richiesto l'audizione determina un vizio del procedimento che inficia la decisione finale, essendo l'Autorità tenuta al rispetto delle norme regolamentari da essa emanate (App. Roma, decr. 20 aprile 2009 - 7 maggio 2009, n. 12511/2008).

Occorre tener presente poi che, nel caso in cui gli interessati avessero difficoltà nel produrre documenti nei termini di cui sopra, le norme regolamentari consentono loro di richiedere una proroga del termine per controdedurre, normalmente non

superiore ai quindici giorni. È necessario però che la richiesta avvenga entro il termine di presentazione delle controdeduzioni, al fine di evitare che si dia seguito alla procedura senza istruttoria. Sebbene le disposizioni non indichino le ragioni che devono sottostare alla richiesta di una proroga, tuttavia si ritiene che tali motivi debbano essere o di natura oggettiva, legati, ad esempio, alla complessità degli addebiti rivolti, o di natura soggettiva, come nel caso in cui il numero dei soggetti responsabili coinvolti sia elevato, sempre in conformità al principio di proporzionalità.

In ogni caso, non può costituire oggetto di proroga la richiesta di audizione personale che deve pertanto essere effettuata perentoriamente entro il termine di presentazione delle controdeduzioni, pena l'inammissibilità. Al più, l'interessato, nel caso in cui subentrino impegni improrogabili, potrà chiedere una proroga della data dell'audizione ma non della richiesta di audizione (App. Roma, 20 aprile - 7 maggio 2009, n. 12511/2008) [Fratini, cit.].

L'unico caso in cui gli interessati possono richiedere una proroga delle deduzioni difensive oltre i termini di cui all'art. 1.3 delle disposizioni di vigilanza della Banca di Italia, è quando la stessa, nel corso del procedimento, accerta ulteriori fatti nuovi che scaturiscono però dalla violazione delle medesime disposizioni contestate nella lettera notificata. In tali casi, le norme consentono all'Autorità di integrare le contestazioni già formulate senza modificare i termini di conclusione del procedimento, previa sospensione dello stesso. Le integrazioni non possono però mai tradursi in nuove e diverse contestazioni pena la violazione del principio del contraddittorio e di difesa. Ai responsabili è comunque sempre assegnato un termine per controdedurre in relazione ai fatti di cui sopra, oltre la possibilità di chiedere una proroga o un'audizione personale nei termini di legge.

10. *Il diritto di accesso agli atti nel corso del procedimento sanzionatorio.*

Il contraddittorio tra le parti viene reso possibile grazie al richiamo effettuato dalle disposizioni in materia di vigilanza all'art. 22 della legge n. 241/1990, che disciplina il diritto di accesso agli atti nel corso del procedimento amministrativo. Con l'accesso si rende possibile ai privati, destinatari del provvedimento amministrativo, di prendere contezza degli atti istruttori che li riguardano al fine di predisporre le proprie difese. L'obiettivo è soprattutto quello di bilanciare le armi a disposizioni della p.a. e del privato, affinché si instauri un dialogo paritario tra le parti che consenta al tempo stesso all'amministrazione di esercitare il proprio potere secondo i principi di efficacia ed efficienza che presiedono il procedimento [Cabiddu, 2002; Capriglione, 2005; De Troia, 2000, Tulumello, 2007; Fares, 2003].

Il diritto di accesso si sostanza dunque nella possibilità di prendere visione e copia degli atti di cui la p.a. si serve per l'emanazione del provvedimento finale. Tuttavia tale diritto non è assoluto ma è pur sempre sottoposto a dei limiti stabiliti dalla legge. Il diritto di prendere visione degli atti, espressione del diritto di difesa, deve difatti controbilanciarsi con altri principi altrettanto rilevanti, quali il diritto alla riservatezza, alla *privacy* e al segreto d'ufficio. Tale bilanciamento risulta nella pratica di difficile attuazione e spesso la giurisprudenza è intervenuta a fornire l'esatta interpretazione applicativa delle norme *de quo*, anche in relazione ai procedimenti sanzionatori attivati dalle Autorità amministrative indipendenti.

Il problema del rapporto tra accesso e segreto si è posto in modo particolare per il procedimento sanzionatorio della Banca di Italia in virtù dell'art. 7 del T.u.b. che prevede il segreto d'ufficio per «tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza». Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che una volta verificato che gli atti di cui si chiede l'accesso attengano ad un procedimento sanzionatorio e siano rilevanti per la difesa dei diritti dei privati, l'accesso non può essere negato e l'esigenza di segretezza diviene recessiva rispetto al diritto di difesa (Cons. Stato, 13 aprile 2006, n. 2068; Cons. Stato, 7 novembre 2006, n. 6562; Cons. Stato, 11 ottobre 2007, n. 5356).

Ciò, in ossequio anche alla lettura costituzionalmente orientata delle norme sul segreto d'ufficio fornita dalla Corte costituzionale in un caso analogo concernente la Consob. La stessa ha difatti affermato che non rientrano tra le norme che disciplinano il segreto d'ufficio, e pertanto sono pienamente accessibili, gli atti e i dati in possesso della Commissione in relazione alla sua attività di vigilanza e che sono alla base di un procedimento sanzionatorio (Corte cost., 3 novembre 2000, n. 460). Gli atti di vigilanza rientranti nell'art. 7 del T.u.b. devono pur sempre essere posti in essere dalla Banca di Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza sul credito, nella duplice articolazione della raccolta del risparmio ed esercizio del credito; al contrario, non vi rientrano gli atti espressione dell'attività di vigilanza attinente ad una fase successiva, come nel casi di determinazioni volte a comminare una sanzione pecuniaria [Giovagnoli, Fratini, 2009].

In sostanza, lungi dall'affermare che il diritto di accesso prevale sempre sulla riservatezza, occorre contemperare il diritto di difesa con quello alla riservatezza, garantendo così alle imprese di visionare il fascicolo posto alla base del procedimento sanzionatorio, non senza prima provvedere alla segretazione delle parti di documenti che riportano informazioni sensibili. L'individuazione delle parti da segretare è il risultato di un giudizio di bilanciamento di contrapposti interessi, che però non può mai privare l'interessato del diritto di venire a conoscenza degli elementi essenziali per la difesa (Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2011, n. 6992).

Alla luce degli orientamenti emersi è stata poi estesa ai privati anche la possibilità di accedere al verbale ispettivo dell'Autorità proprio perché costituisce parte integrante degli atti che ne sono alla base ed espressione unitaria della potestà ispettiva (Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6562; Tar Lazio Roma, sez. I, 28 maggio 2010, n. 13895).

L'amministrazione, tuttavia, può giungere a negare l'accesso di una parte dell'attività ispettiva qualora ritenga che sia funzionale all'instaurazione di un procedimento a carico di terzi o dello stesso interessato, sempre se tale attività necessiti di integrazione ai fini della formulazione dell'addebito.

Ulteriore limite al diritto di accesso è dato dalla tutela alla riservatezza dei terzi, poiché gli atti oggetto dell'istruttoria potrebbero contenere dati riguardanti terzi estranei alla procedura. L'art. 24 della legge n. 241/ 1990 esclude l'accesso per i documenti che concernono la vita privata o la riservatezza delle persone fisiche, giuridiche o gruppi di imprese, soprattutto in relazione ad aspetti sanitari, professionali, commerciali e finanziari. Tuttavia, la limitazione non è assoluta: l'accesso viene consentito tutte le volte in cui la conoscenza di tali atti sia necessaria a difendere i propri interessi compromessi, ad esempio, da un procedimento sanzionatorio. Lo stesso vale per gli atti aventi ad oggetto dati sensibilissimi, in tali casi il trattamento dei dati è consentito soltanto se la situazione che si intende tutelare è di rango pari ai diritti dei controinteressati.

Ad ogni modo, in presenza di atti concernenti situazioni giuridiche di terzi estranei, l'amministrazione ha l'obbligo di informare questi ultimi della richiesta di accesso, affinché possano anche loro presentare memorie ostative all'accoglimento dell'istanza di accesso. Ci si è chiesti, tuttavia, se, in caso di opposizione del terzo, l'amministrazione debba perentoriamente o meno rigettare l'istanza. A riguardo, l'orientamento maggioritario è nel senso di ritenere che l'accoglimento o meno dell'istanza non può basarsi sul solo dissenso del terzo, in quanto la legge attribuisce pur sempre alla p.a. il potere di valutare la fondatezza della stessa, in disparte l'eventuale opposizione dei controinteressati (Tar Sicilia-Catania, sez. IV, 20 luglio 2007, n. 1277).

Il medesimo problema si è posto anche nel caso di istanza di accesso nei confronti degli esposti presentati dai privati e rivolti ai responsabili delle violazioni: se il diritto di accesso sia giustificato da un interesse di rango pari a quello dei controinteressati. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto soccombente l'interesse alla riservatezza, poiché in tali ipotesi non è possibile ravvisare la presenza di controinteressati, non includendo la suddetta nozione anche coloro che rendono in maniera anonima dichiarazioni a carico di terzi (Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3081; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3601; Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 1998, n. 923).

11. *Esame delle controdeduzioni da parte del Servizio Rea.*

Nel corso del procedimento, le controdeduzioni e i documenti prodotti dai soggetti interessati passano poi al vaglio dell'unità amministrativa preposta all'esame degli stessi.

Occorre tuttavia precisare che inizialmente la fase istruttoria e quella successiva, di emanazione del provvedimento conclusivo, non erano affidate interamente all'Autorità amministrativa ma, in ossequio al principio della separazione tra fase istruttoria e decisoria, alla Banca di Italia spettava solo il compito di proporre la sanzione da applicare in conformità alle risultanze istruttorie, mentre la decisione era rimessa al Ministero dell'Economia e delle Finanze [Conti, 1996; Mattarella,1996]. A seguito delle legge n. 262/2005, recante «Disposizioni per la tutela del risparmio e dei mercati finanziari» le sanzioni in materia bancaria e creditizia sono ora non solo proposte, ma anche applicate dalla stessa Banca d'Italia. Viene dunque eliminata la struttura duale del procedimento sanzionatorio e attribuita ad un unico organo il compito di accertare gli illeciti e comminare le relative sanzioni amministrative.

L'attribuzione del procedimento sanzionatorio a due organi con natura diversa, una tecnica e l'altra politica, aveva creato non pochi problemi in sede di contestazione della sanzione. Si fa, ad esempio, riferimento al caso della non adeguata motivazione del provvedimento, fosse esso conforme o meno alla proposta della Banca di Italia: in tali ipotesi, infatti, gli interessati erano impossibilitati a fare valere le loro difese dinanzi all'organo politico che aveva emanato il provvedimento, potendo agire solo nei confronti dell'organo tecnico [Condemi, 2001; Galantino, 2010].

Ad ogni modo, la procedura istruttoria risulta oggi fortemente snellita rispetto al passato: solo nei casi di particolare complessità la valutazione delle violazioni in materia di vigilanza, aventi carattere di novità o rilevanza sistematica, è rimessa ad un organo collegiale, ovvero, al CEI (Commissione per l'esame delle irregolarità), in conformità ai principi di effettività e di proporzionalità. Negli altri casi, la fase istruttoria è gestita interamente dal servizio Rea, che rappresenta l'unità responsabile dei procedimenti sanzionatori. Il Rea ha il compito di supervisionare la corretta instaurazione del contraddittorio, analizzando tutte le difese istruttorie presentate dagli interessati e consentendo, nei limiti della legge, l'accesso agli atti se richiesto, nonché di procedere alla tempestiva rimozione degli effetti della violazione se si ritiene necessario.

Al termine, l'Unità provvede alla redazione delle conclusioni che verranno poi inserite nella proposta motivata da inviare al Direttorio della Banca d'Italia. Sarà quest'ultimo infatti, una volta acquisito il parere dell'Avvocato Generale o

dell'Avvocato Capo, ad emanare la decisione finale o a disporre l'archiviazione del procedimento, in modo tale che si rispetti sempre il principio di separazione tra fase istruttoria e decisoria [Longobardi, 2005]. Se necessario, il Direttorio può richiedere un supplemento di istruttoria; qualora, invece, nel corso dell'istruttoria riscontri che i fatti oggetto di contestazione siano giustificati o che gli effetti della violazione siano stati eliminati per mezzo degli interventi effettuati, ne terrà conto al fine dell'emanazione di un provvedimento di archiviazione. Tale provvedimento dovrà essere comunicato ai soggetti interessati. (Provv. Banca di Italia del 18 dicembre 2012, recante «Disposizioni di Vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa»).

Con l'invio delle proposta dal parte del Rea al Direttorio si conclude la fase istruttoria e si entra nella fase decisoria. La proposta formulata dell'unità del procedimento viene però inoltrata solo al Direttorio e non anche agli interessati. Ciò ha destato non pochi dubbi in ordine alla compatibilità di tale prescrizione con i principi del contraddittorio e della pienezza della tutela, non potendo difatti gli interessati far valere le loro posizioni nei confronti dell'organo a cui è attribuita la decisione.

Una identica questione si era già posta quando la decisione doveva essere assunta dal Ministro dell'Economia e della Finanza ed era stata risolta nel senso dell'impossibilità di comunicare la decisione agli interessati se ciò non fosse espressamente previsto dalla legge: la carenza di difesa non poteva essere colmata ricorrendo ai principi generali in materia di difesa, poiché rivolti al solo processo dinanzi al giudice (Cass., sez. I, 22 dicembre 2004, n. 23782; Cass., sez. I, 18 aprile 2003, n. 6307). La questione si è dunque riproposta a seguito dell'attribuzione della funzione decisoria alla Banca d'Italia e dell'intensificarsi delle garanzie partecipative nel corso del procedimento amministrativo. Una parte delle giurisprudenza e della dottrina era di fatto giunta ad affermare la necessità di estendere il contraddittorio anche alla fase decisoria [Rordorf, cit.; Giostra, 2001].

Tuttavia, la giurisprudenza ultima ha invece concluso per la soluzione opposta, ritenendo che il principio del contraddittorio non trovi applicazione nella fase successiva alla conclusione dell'istruttoria, diversamente da quanto accade nel caso di un procedimento giurisdizionale (Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935).

La partecipazione al procedimento è limitata alla fase istruttoria attraverso la presentazione di controdeduzioni e documenti e non anche alla fase decisoria, che costituisce un ulteriore momento del procedimento amministrativo e non un distinto grado di giudizio [Ceci Iapichino, cit.; Merusi, 2006].

12. *I criteri di irrogazione della sanzione.*

Il Direttorio, a seguito della proposta del Rea, dovrà emanare il provvedimento di irrogazione della sanzione nei successivi duecentoquaranta giorni dalla scadenza dei termini per presentare le controdeduzioni nei confronti del soggetto al quale è stata notificata per ultimo la lettera di contestazione.

Nel determinare l'importo della sanzione il Direttorio dovrà far rifermento ai limiti edittali fissati dalla legge n. 689 del 1981 [Carbonetti, 2006]. In particolare, lo stesso dovrà tener conto della gravità della violazione, del comportamento assunto dal responsabili a seguito della notifica della violazione, ovvero della loro volontà di limitare gli effetti della violazione, della personalità e delle condizioni economiche di questi ultimi.

I suddetti criteri sono poi meglio specificati nelle «Disposizioni di vigilanza» che agevolano ulteriormente l'Autorità nella applicazione pratica degli stessi. Ai sensi dell'art. 1.6 delle disposizioni regolamentari, la gravità della violazione dovrà essere vagliata tenendo conto della durata della violazione; delle dimensioni dell'intermediario e del gruppo di appartenenza; dei riflessi della violazione sulla situazione tecnica, organizzativa e gestionale dell'azienda e del gruppo di appartenenza, nonché dell'eventuale assunzione nei confronti degli intermediari, ai quali i responsabili appartengono, di misure inibitorie; dell'attendibilità della rappresentazione della situazione aziendale fornita all'Autorità di vigilanza. Inoltre, sempre ai fini della valutazione della gravità, occorrerà tener conto altresì delle ipotesi in cui, con un'unica azione od omissione, sia commessa la violazione di diverse disposizioni o più violazioni della medesima disposizione; dei casi di reiterazione della stessa e dei riflessi, anche potenziali, sulla clientela, su altri portatori di interessi qualificati o sui mercati.

Il Direttorio dovrà indicare nella motivazione, in maniera analitica, i criteri di cui si è avvalso per l'individuazione della sanzione in ossequio agli obblighi di motivazione sanciti dall'art. 24 della legge n. 262/2005. Tuttavia, la giurisprudenza sul punto ha chiarito che la mancata indicazione dei criteri di commisurazione della sanzione non costituisce un vizio inficiante il provvedimento sanzionatorio in quanto, in sede di impugnazione del provvedimento, il giudice dell'opposizione, investito della questione relativa alla congruità della violazione, non ha propriamente il compito di controllare la motivazione dell'atto, ma piuttosto di rideterminare la sanzione direttamente sulla base dei criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689/1981 (Cass., sez. II, 15 giugno 2010, n. 14305; Cass., sez. II, 19 marzo 2007, n. 6417; Cass., sez. I, 9 novembre 2006, n. 23930; Cass., sez. I, 10 dicembre 2003, n. 18811).

La giurisprudenza, inoltre, in taluni casi, ha modulato la sanzione anche sulla base della funzione effettivamente ricoperta dal responsabile all'interno dell'or-

ganizzazione e della sua durata in carica, sebbene tali criteri non siano menzionati nelle disposizioni d vigilanza. Si tratta di un criterio a cui la giurisprudenza tendenzialmente fa ricorso, ma non mancano ipotesi in cui la differenziazione non è stata attuata. Ciò si è verificato soprattutto quando le irregolarità non possono che essere imputabili a tutti alla stessa maniera, nelle rispettive competenze (App. Roma, decr. 13 giugno - 12 luglio 2006, n. 51899/2006; App. Roma, decr. 13 giugno - 12 luglio 2006, n. 50511/2005; App. Roma, decr. 4 maggio 2006 - 7 giugno 2006, n. 55376/2005).

13. *La motivazione del provvedimento sanzionatorio.*

Ogni provvedimento sanzionatorio che incide sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati deve essere sufficientemente e adeguatamente motivato. L'obbligo di motivazione della Banca di Italia è sancito dall'art. 24 della legge 262/2005.

La disposizione è altresì conforme all'art. 3 della legge n. 241/1990, con il quale viene indicato anche il contenuto minino della motivazione: quest'ultima deve contenere i presupposti di fatto e di diritto che, sulla base degli atti istruttori, hanno portato a quella decisione. La finalità della motivazione è quella di consentire al destinatario del provvedimento di esercitare il diritto di difesa mediante opposizione in sede giurisdizionale. È importante dunque che la motivazione descrivi il fatto e indichi la norma violata: non è necessario invece che la stessa sia dettagliata e analitica, ciò che conta è che indichi, anche succintamente, le ragioni sottese alla decisione dalle quale sia possibile dedurre che vi è stato un esame degli elementi istruttori addotti dall'interessato. Sul piano delle ragioni di fatto, è lecita la scelta di indicare solo alcuni casi di violazioni, esplicativi della natura e della portata dell'atteggiamento assunto dagli istituti di credito, purché indicativi del loro *modus operandi* (App. Roma, decr. 25 novembre 2008 - 5 gennaio 2009, n. 6504/2008).

È inoltre possibile che la motivazione avvenga per *relationem*, il che si verifica quando il contenuto della motivazione non è presente nel provvedimento finale ma è individuabile mediante un rinvio ad altri documenti o atti compiuti nel corso del procedimento, come ad esempio il verbale di accertamento. La separazione tra motivazione e contenuto della stessa non lede affatto il diritto di difesa dell'interessato potendo lo stesso comunque venire a conoscenza delle ragioni che hanno portato all'irrogazione della sanzione, mediante una pluralità di atti che sono messi a sua disposizione.

Tuttavia, nel caso in cui nel corso del procedimento sanzionatorio vengano contestati fatti nuovi, l'obbligo di motivazione non può essere assolto mediante il

solo rinvio al verbale di accertamento ma occorrerà indicare le ragioni di fatto e di diritto che hanno portato ad irrogare la sanzione o meno sulla base delle successive deduzioni (App. Roma, decr. 22 gennaio 2009 - 2 aprile 2009, n. 6404/ 2008; Cass., sez. lav., 28 ottobre 2003, n. 16203; Cass., sez. III, 1 settembre 1999, n. 9192; Cass., sez. II, 16 gennaio 2007, n. 871; Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786). In ogni caso, quando si ricorre alla motivazione per *relationem* è necessario che l'interessato possa agevolmente venire a conoscenza del contenuto degli atti richiamati. All'uopo ci si è domandato in giurisprudenza se nei suddetti casi il provvedimento finale dovesse essere notificato insieme ai documenti richiamati. Al riguardo, la giurisprudenza maggioritaria esclude che la motivazione per *relationem* debba essere accompagnata dalla notifica degli atti richiamati, in quanto l'indicazione di tutti dati necessari a reperire il documento presso l'amministrazione è sufficiente ad assolvere all'obbligo di motivazione richiesto, dato che la norma si limita a sancire solo la messa a disposizione degli stessi e non anche la notifica (Cass., sez. I, 11 gennaio 2006, n, 389; Cass., sez. I, 6 luglio 2004, n. 12320; Cass., sez. I, 20 febbraio 2004, n. 3391).

Ne consegue che una motivazione priva dei riferimenti necessari o dell'indicazione dei requisiti minimi per la sua validità determina un vizio del procedimento, lesivo del diritto di difesa.

Un'ulteriore questione interpretativa che si è posta in relazione all'istituto *de quo* è se vi sia un obbligo per l'amministrazione di indicare anche le ragioni in base alle quali ha disatteso le controdeduzioni dell'interessato. A tal proposito, si sono registrati opposti orientamenti giurisprudenziali: uno favorevole ad addure anche le motivazioni dell'infondatezza delle deduzioni avverse (Cass., sez. I, 13 gennaio 2005, n. 519; Cass., sez. I, 15 gennaio 1999, n. 391), l'altro invece sfavorevole in quanto il giudizio di opposizione che si va ad instaurare non ha ad oggetto l'atto ma il rapporto sanzionatorio (Cass., sez. I, 29 marzo 2001, n. 4588; Cass., sez I, 24 marzo 2004, n. 5891). Il giudice potrà autonomamente, in sede di opposizione, valutare le deduzioni degli interessati non prese in considerazione dall'amministrazione, purché riportate nei motivi di opposizione.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 28 gennaio 2010, n. 1786, hanno aderito all'ultimo orientamento precisando, dunque, che i vizi di motivazione in ordine alle difese avverse non comportano la nullità del provvedimento, dovendo il giudice dell'opposizione svolgere un giudizio sul rapporto sanzionatorio e non sull'atto.

Il provvedimento sanzionatorio, oltre ad indicare le ragioni di fatto e di diritto che devono sottostare alla motivazione, deve altresì indicare il termine e l'autorità nei confronti della quale è possibile ricorrere. Il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è di sessanta giorni decorrenti dalla notifica del-

lo stesso all'interessato e il ricorso potrà essere proposto dinanzi al Tar del Lazio, sede di Roma (art. 135, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 104/2010). La mancata indicazione del termine per impugnare il provvedimento sanzionatorio non determina l'illegittimità dello stesso ma una mera irregolarità.

14. *Il termine di conclusione del procedimento.*

Il procedimento sanzionatorio, come accennato sopra, dovrà concludersi nel termine di duecentoquaranta giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la presentazione delle deduzioni da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la notifica della lettera di contestazione, ai sensi dell'art. 1.5 delle disposizioni di vigilanza.

Per valutare il rispetto del termine di conclusione del procedimento è necessario far rifermento solo alla data di adozione dello stesso e non anche a quella di notifica, ciò in quanto il provvedimento sanzionatorio non è annoverato tra gli atti recettizi, né tra gli atti che limitano la sfera giuridica dei privati, né è assimilabile alle ingiunzioni tributarie (App. Roma, 15 - 22 luglio 2010, n. 59523/2009; App. Roma, decr. 18 maggio - 18 luglio 2009, n. 50229/2009). Tale termine, ad ogni modo, deve essere prolungato nei casi in cui viene richiesta la proroga per il deposito delle controdeduzioni, al fine di non pregiudicare i tempi necessaria per l'amministrazione a deliberare una decisione conforme ai principi amministrativi.

Secondo i più, invece, non determina una spostamento in avanti dei termini del procedimento amministrativo la richiesta dell'audizione personale, in quanto non ritenuto evento speciale tale da compromettere la tempista procedurale dell'amministrazione.

Ulteriore questione affrontata dalla giurisprudenza e dalla dottrina concerne la natura del termine di conclusione del procedimento, se perentoria o meno. All'uopo si registrano due orientamenti: uno propenso a ritenere che il termine *de quo* sia perentorio, con la conseguente illegittimità del provvedimento emanato successivamente alla scadenza del termine, e un secondo che, in omaggio al principio secondo cui la perentorietà deve essere prevista espressamente dalla legge, ritiene che il mancato rispetto del termine di conclusione determini una mera irregolarità.

Orientamento, quest'ultimo, accolto da un numero di pronunce che hanno affermato come il potere sanzionatorio dell'amministrazione non venga meno alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento (Cass., sez. I, 14 febbraio 2004, n. 2204; Cass., sez, I, 21 novembre 2001, n. 14633; Cass., sez. I,

4 aprile 2000, n. 4094). Dunque. il termine per la conclusione del procedimento ha natura meramente acceleratoria.

Ciò non vuol dire che la p.a. possa esercitare il potere al di fuori dei termini senza subire alcuna conseguenza, difatti con la riforma del 2009 (l. n. 69/2009), è stato giuridicizzato il c.d. danno da ritardo. Il nuovo art. 2-*bis* nella legge n. 241/1990 afferma che l'amministrazione e i soggetti indicati dalla predetta legge siano ritenuti responsabili per i danni cagionati dalla inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento [Clarich, Fonderico, 2006; D'Oro, 2009; Festa, 2010].

Non solo, il suddetto ritardo è fonte di responsabilità anche per il funzionario preposto all'emanazione, in quanto il mancato rispetto dei termine costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale ai sensi dell'art. 2, comma 9, della legge n. 242/1990.

15. *La notifica e la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio.*

Una volta emanato il provvedimento sanzionatorio, la Banca d'Italia provvede alla notifica dello stesso agli interessati con le modalità previste dal codice di procedura civile. La notificazione non perfeziona il provvedimento ma ha solo la funzione di far decorrere i termini per esperire il ricorso dinanzi al giudice.

Il procedimento sanzionatorio giunge invece al termine solo a seguito della sua pubblicazione sul Bollettino di vigilanza della Banca d'Italia. Tuttavia, se le sanzioni sono comminate a norma dell'art. 144 del T.u.b., ovvero, nei casi di sanzioni amministrative per la violazione delle disposizioni in materia di condizioni contrattuali e rapporti con i clienti, la pubblicazione avviene entro i trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, a spese degli enti di appartenenza degli interessati, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico. Si tratta infatti di illeciti più gravi, che colpiscono il pubblico, e pertanto devono essere inasprite anche le forme di pubblicazione [Fiamma, 2003]. Il rischio che si corre è quello di una lesione della propria immagine nel modo bancario e finanziario, che a volte è espressione di un effetto di prevenzione ancora più marcato rispetto alla sola sanzione pecuniaria.

La pubblicazione di provvedimenti sanzionatori solleva difatti sempre clamori nella comunità bancaria, a ribadire la necessità che si agisca sempre con rigore ed efficienza [Molé, Fantola, 1996; Castiello, 1994; Clarich, 1995; Troise Mangoni, 2012].

Della pubblicazione deve essere data immediata comunicazione alla Banca di Italia. Nei casi invece di provvedimenti sanzionatori emanati in conformità

all'art. 195 T.u.f., la Banca di Italia può decidere di modulare le forme di comunicazione in base alla natura della violazione e agli interessi coinvolti. La pubblicazione avviene a spese del responsabile.

16. *Il pagamento della sanzione.*

Il pagamento delle sanzioni disposto con il provvedimento dell'Autorità di vigilanza deve avvenire nel termine di trenta giorni dalla notifica del provvedimento presso gli uffici indicati nell'ordinanza. I soggetti tenuti al pagamento dovranno poi dare comunicazione dello stesso alla banca, alla società o all'ente di appartenenza, nonché alla Banca d'Italia attraverso la trasmissione del modello F23. In caso di inadempienza delle persone fisiche, spetterà agli intermediari subentrare nell'obbligazione risarcitoria in quanto solidalmente responsabili ed esercitare successivamente il diritto di regresso nei confronti dei responsabili.

Occorre infine precisare che per tutte le sanzioni del T.u.b. non si applica l'art. 16 della legge n. 689/1981, che disciplina il pagamento in misura ridotta. Si tratta di un istituto che permette di applicare una sanzione più bassa a fronte riconoscimento, da parte dell'autore della violazione, della propria responsabilità, con conseguente rinuncia all'esercizio l'azione giurisdizionale.

L'istituto costituisce una forma di conciliazione volta a definire il rapporto obbligatorio con il trasgressore, oltre a rispondere a chiare finalità acceleratorie della definizione del procedimento, di cui si impedisce e previene l'ulteriore corso, nonché deflative [Bartolini, 2005; Cerbo, 1999; Rosini, 1991]. Il legislatore nega l'applicabilità di tale istituto alle sanzioni del T.u.b., volendo lo stesso evitare che venga sminuita la natura afflittiva delle stesse e la loro efficacia deterrente, richiamando gli attori della scena finanziaria ad un maggior senso di responsabilità, rispetto alla delicatezza del loro agire ed al loro potere di incidere sul pubblico risparmio [Ceci Iapichino, cit.].

Una volta notificato il provvedimento sanzionatorio che dispone il pagamento, lo stesso può essere impugnato nei termini di legge dinanzi al Tar del Lazio, Roma. Ad ogni modo, la proposizione del ricorso non sospende il pagamento della sanzione e, in caso di mancato pagamento nei termini, si applicheranno gli interessi secondo le disposizioni di legge.

17. *Procedimento sanzionatorio in materia di raccolta di dati statistici per la compilazione della bilancia dei pagamenti.*

Il procedimento sanzionatorio in materia di raccolta di dati statici per la compilazione della bilancia dei pagamenti è disciplinato dall'art. 11 del d.lgs. n. 195/2008. Tale disposizione statuisce innanzi tutto che criteri per l'applicazione delle sanzioni, in caso di violazione delle norme del presente decreto legislativo, sono stabiliti con provvedimento della Banca d'Italia. In caso di mancato invio dei dati necessari alla Banca di Italia per la compilazione della bilancia di pagamenti, la stessa dovrà provvedere, a norma del comma 6 del suddetto articolo, a contestare gli addebiti e a valutare gli stessi e le eventuali controdeduzioni presentate dagli interessati nel termine di novanta giorni dalla notifica della contestazione. Nel suddetto termine la Banca di Italia dovrà altresì procedere ad applicare le sanzioni con provvedimento motivato.

Anche a tale procedimento sanzionatorio si applicano le disposizioni di cui alla legge n. 689/1981, in quanto compatibili, ad esclusione dell'art. 16 della medesima legge che disciplina il pagamento in misura ridotta. Le violazioni dovranno essere accertare avvalendosi del procedimento indicato dall'art. 145 del T.u.b.

Dunque, vi è sostanziale coincidenza in termini procedurali tra il suddetto procedimento e quello di vigilanza. Invero, nel 2009 sono state apportate alcune modifiche alla materia in esame da parte di un provvedimento dell'Autorità che ha finito per introdurre talune differenze rispetto al procedimento di vigilanza. In particolare le «Disposizioni in materia di raccolta di informazioni statistiche per la bilancia dei pagamenti e la posizione patrimoniale verso l'estero» rese pubbliche il 5 gennaio 2010, prevedono che l'avvio dell'attività istruttoria non è disposto dal Rea ma dal Capo del Servizio Rilevazioni ed elaborazioni statistiche della Banca di Italia, a cui spetta il compito di raccogliere i dati statistici. In secondo luogo, le norme regolamentari prevedono un organo consultivo con il compito esclusivo di valutare le irregolarità contestate e tutti i documenti istruttori.

Al termine della suddetta valutazione, tale organo, denominato Comitato tecnico per la bilancia dei pagamenti, trasmette al Direttorio la proposta di irrogazione della sanzione o di archiviazione del procedimento.

Anche il termine di durata del procedimento si differenzia da quello previsto nel procedimento di vigilanza, in quanto risulta più breve: non di 240 giorni, ma 180 dalla notifica della contestazione. Infine, una ulteriore diversità si riscontra nei criteri di cui la Banca di Italia si deve avvalere per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio che sono dati, in particolare, dal profilo di segnalazione dell'impresa, fondamentale per l'attendibilità del dato statistico finale, dalle sue condizioni e dimensioni economiche, dalla volontà di eliminare o ridurre le conseguenze della violazione, dalla sussistenza del dolo o dalla colpa nel compiere l'illecito.

18. *Procedimenti caratterizzati da un ruolo meramente istruttorio della Banca d'Italia: procedimento sanzionatorio in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti e finanziamento del terrorismo e procedimento sanzionatorio regolato dal Testo unico valutario.*

I procedimenti indicati in epigrafe sono procedimenti in cui la Banca d'Italia ha poteri molto limitati e circoscritti, difatti le sue funzioni si arrestano per lo più alla fase istruttoria, demandando l'emanazione del provvedimento finale ad un diverso organo.

Il procedimento sanzionatorio in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo è disciplinato dall'art. 60 del d.lgs. n. 231/2007.

Prima di analizzare le odierne funzioni dell'Autorità occorre precisare che, anteriormente alla legge antiriciclaggio n. 197/1991, i compiti di controllo circa eventuali violazioni erano assegnati in via monocratica all'UIC, ufficio italiano cambi, mentre l'emanazione del provvedimento finale spettava al Ministero dell'economia e delle finanze. Successivamente, il procedimento è stato sottoposto a modifiche al fine di consentire la partecipazione all'*iter* di accertamento delle violazioni a più autorità ed enti. Al riguardo infatti, l'art. 60 cit. statuisce che i comportamenti non conformi alle prescrizioni in materia di antiriciclaggio sono demandate all'UIF, alle autorità di vigilanza del settore, alle amministrazioni interessate, alla Guardia di finanza e alla Dia in base alle funzioni dalle stesse esercitate.

Da un modello accentrato sulla figura dell'UIC nella fase istruttoria, si è dunque passati ad un modello diverso in cui i compiti di controllo sono stati diversificati e assegnati ad una pluralità di organi a cui la legge affida specifiche funzioni per contrastare il riciclaggio di capitali e finanziamenti illeciti. La Banca d'Italia, dunque, dovrà controllare che le banche e gli intermediari finanziari assolvano agli obblighi previsti dalla legge e, ove ciò non avvenga, procedere alla relativa contestazione dell'addebito nel rispetto delle prescrizioni fornite dalla legge n. 689/1991. La contestazione poi verrà trasmessa al Ministero dell'Economia e delle Finanze che provvederà a svolgere l'attività istruttoria e ad emanare il provvedimento finale con decreto, dopo aver assunto il parere di una commissione consultiva. Delle sanzioni irrogate il Ministero fornisce comunicazione alle autorità che hanno dato impulso alla procedura (in particolare le informazioni sono fornite all'UIF che è dotato di un sistema informatico preposto a conservare i dati per un periodo pare a dieci anni).

Occorre precisare che l'unità di informazione finanziaria, sebbene sia interna alla Banca di Italia, è deputata a svolgere i propri compiti in piena autonomia.

Gli stessi consistono nell'analisi finanziaria delle operazioni sospette segnalate dai soggetti a ciò obbligati dalla legge (intermediari finanziari, professionisti e altri operatori non finanziari), nella valutazione di ogni fatto che potrebbe essere correlato a riciclaggio o finanziamento del terrorismo e, infine, nel partecipare ai lavori di vari organismi europei e internazionali impegnati nella prevenzione e nel contrasto del riciclaggio, del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa. Proprio in virtù delle numerose funzione assegnategli, l'UIF può avvalersi anche della Guardia di Finanza nello svolgimento delle sue attività.

Anche al suddetto procedimento non si applica la disposizione di cui all'art 16 della legge n. 689/1981, o, meglio, si applica solo «per le violazioni dell'articolo 49, commi 1, 5 e 7, il cui importo non sia superiore a 250.000 euro» e comunque non è esercitabile «da chi da chi si è già avvalso della medesima facoltà per altra violazione dell'articolo 49» del medesimo decreto.

Nel procedimento regolato dal Testo unico valutario, disciplinato dal d.P.R. n. 148/1998, il ruolo della Banca di Italia si spinge sino alla fase istruttoria successiva. Nello specifico, all'Autorità spetta non solo il compito di contestare l'addebito, ma anche di esercitare i poteri di controllo che si sostanziano nelle ispezioni e nei sequestri amministrativi. Nelle suddette attività la Banca d'Italia è coadiuvata dalla Guardia di finanza che ha i medesimi poteri di controllo.

Le ispezioni preventive alla contestazione hanno la finalità di indagare sull'eventuale omessa dichiarazione, da parte di residenti e non residenti, della circolazione da e verso l'estero di capitali di importo pari o superiore a € 10.000, sulla mancata redazione della comunicazione valutaria statistica per operazioni commerciali da e verso l'estero; sul mancato invio dei dati necessari per la rilevazione statistica nazionale sugli investimenti effettuati all'estero o diretti all'estero; sulla violazione degli embarghi attuati nei confronti degli Stati sottoposti a sanzioni economiche; sulla violazione delle misure adottate per reprimere e contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale e, infine, sull'omessa dichiarazione da parte di chiunque effettui il trasferimento di oro da e verso l'estero, ovvero il commercio di oro nel territorio nazionale, ovvero altra operazione in oro, a titolo gratuito, di importo pari o superiore a € 12.500.

Dei suddetti accertamenti viene redatto poi il relativo verbale dove si attestano i fatti commessi, i sequestri predisposti e le eventuali dichiarazioni rese dai responsabili, oltre all'indicazione della somma da versare allo Stato, le modalità del pagamento e la possibilità di richiedere l'oblazione. Il verbale viene poi notificato agli interessati e trasmesso alla Banca d'Italia nel caso in cui l'accertamento non sia stato effettuato direttamente dalla stessa. Gli interessati, a questo punto, possono richiedere l'estinzione del procedimento mediante oblazione che tutta-

via non potrà applicarsi per gli illeciti che hanno ad oggetto le misure di congelamento dei capitali dei terroristi.

Nel caso in cui l'estinzione non sia possibile, la Banca d'Italia avvia la fase di istruttoria successiva nel corso della quale viene instaurato il contraddittorio con gli interessati in conformità ai principi che regolano il procedimento amministrativo. In particolare, gli interessati possono presentare scritti difensivi e possono chiedere l'audizione personale entro 90 dalla notifica del verbale di contestazione. Nei successivi 180 giorni l'Autorità deve provvedere a completare l'istruttoria che verrà poi trasmessa al Ministero dell'Economia e delle Finanze, unitamente ad una relazione dalla stessa redatta e comunicata anche agli interessati. In caso di sequestro l'istruttoria si concluderà invece nel termine di 150 giorni. Il mancato rispetto del termine previsto per l'istruttoria o per la comunicazione agli interessati della relazione determina l'estinzione dell'obbligazione di pagamento delle somme a titolo di infrazione; lo stesso vale nel caso di mancata emanazione del provvedimento finale nei 180 giorni decorrenti dalla ricezione degli atti della Banca di Italia. Competente a conoscere del giudizio di opposizione avverso il suddetto provvedimento è il giudice ordinario in quanto lo stesso è assunto nella forma del decreto del Ministro [Fratini, 2011].

Bibliografia

Bani E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti: spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000, 160 ss.;

Barbagallo C., *Ispezioni di vigilanza presso le banche e diritto di accesso*, in *Banca, borsa tit. di credito*, 1998, II, 473 ss.;

Bartolini F., *Il Codice delle violazioni amministrative*, Piacenza, 2005, 302 ss.;

Borrello I., *Il controllo del credito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di Cassese S., III, Milano, 2003, 2791 ss.;

Cabiddu M.A., *Totem e tabù, ovvero Banca d'Italia e segreto d'ufficio*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2002, 5, 639 ss.;

Caponigro R., *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011;

Capriglione F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, 560 ss.;

Capriglione F., *Accesso* ex *lege n. 241 del 1990 e "diritto di difesa",* in *Banca, borsa, tit. di credito*, 6, 2005, 605 ss.;

Carbonetti F., *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella disciplina bancaria, finanziaria e assicurativa*, in *Bancaria*, 2006, 29 ss.;

Castiello F., *Gli illeciti bancari nel nuovo T.U. sul credito*, in *Riv. bancaria*, 1994, 68 ss.;

Ceci Iapichino S., *Le sanzioni amministrative*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti E., Padova, 2008, 1464 ss.;

Cerbo P., *Le sanzioni amministrative*, *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1999, 133 ss.;

Chieppa R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005.;

Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 73 ss.;

Clarich M., *Le sanzioni amministrative nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca impresa*, 1995, 65;

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 72 ss.;

Clarich M., *Le Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005,116;

Clarich M., Fonderico G., *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2006, 67 ss.;

Colla G., Manzo G., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, 401 ss.;

Condemi M., *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della corte di Appello di Roma*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Roma, 1991, 24 ss.;

Condemi M., *Commento all'art. 145*, in Capriglione F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Padova, 2001, 406 ss.;

Conti G., *Intermediari e sanzioni: il bilancio dei primi anni di attività di vigilanza*, in *Bancaria*, 4, 1996, 8 ss.;

Costagliola A., *Banca d' Italia e nuove regole sulla procedura*, in *www.diritto.it*, 2013;

De Biasi P., *Persuasione e castigo. Le sanzioni amministrative nel TUB e nel TUF*, Milano, 2003, 176 ss.;

Desiderio L., *Le sanzioni amministrative nella l. bancaria: aspetti procedurali*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 1974, 469 ss.;

De Troia M.P., *Segreto (d'ufficio) inerente l'attività di vigilanza e diritto di accesso; un equilibrio possibile*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2000, 341 ss.;

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie. Tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013;

D'Oro F., *Il danno sa ritardo alla luce delle nuove tendenze legislative e giurisprudenziali*, in *Riv. amm.*, 2009, 355 ss.;

Fares G., *Diritto di difesa e segreto d'ufficio: nuove problematiche in tema di accesso agli atti della CONSOB*, in *Giust. civ.*, 2003, 249 ss.;

Festa G., *Il danno da ritardo nella pubblica amministrazione procedimentalizzata*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di Corradino M., Torino, 2010, 65 ss.;

Fiamma F., *Commento all'art. 145, in Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Commento al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, Bologna, 2003, 2348 ss.;

Fratini M., *Le sanzioni delle Autorità amministrativa indipendenti*, a cura di Clarich M., Padova, 2011, 560 ss.;

Galantino C., *Art. 145. Procedimento sanzionatorio*, in *Testo unico bancario*, a cura di Porzio M., Milano, 2010, 1291 ss.;

Giostra G., *Contraddittorio (principio del), Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, VIII, 2001, 1 ss.;

Giovagnoli R., Fratini M., *Le sanzioni amministrative: raccolta completa con dottrina e giurisprudenza,* Milano, 2009, 17 ss.;

Longobardi G., *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2005;

Lotito P.F., *Banca di Italia e potere monetario*, Torino, 1998, 67 ss.;

Mattarella B.G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 679 ss.;

Merusi F. (a cura di), *Le avventure del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2006, 10 ss.;

Molé M., Fantola M.T., *Decreto Eurosim: le sanzioni amministrative*, in *Le soc.*, 1996, 1053;

Paliero C.E., Travi A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Padova, 1983, 106 ss.;

Ramajoli M., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss.;

Riondato S., Zancani S., *Le Autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in *www.riondato.com*, 2003;

Riva Crugnola E., *Commentario alle «Modifiche al sistema penale». Legge 24 novembre 1981, n. 689*, Milano, 1982, 98;

Rordorf R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Le Società*, 2010, 987 ss.;

Rosini E., *Le sanzioni amministrative: la giurisdizione ordinaria*, Milano, 1991, 128 ss.;

Sandulli M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 164 ss.;

Titomanlio R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 475 ss.;

Travi A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 114;

Troise Mangoni W., *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, 200 ss.;

Tulumello G., *Brevi note sull'attuale disciplina dell'accesso agli atti amministrativi*, in *Giur. merito*, 2007, 1, 6 ss.;

Vasques L., *Limiti la diritto di accesso a tutela delle parti nei procedimenti antitrust italiani e comunitari*, in *Foro it.*, 1997, IV, 161 ss.

XVI. Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)

Massimo Monteduro

Sommario: 1. Premessa: perimetrazione dell'oggetto e specificazione del metodo di analisi. Il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera Agcom n. 136/06/CONS e s.m.i. Ineludibilità di un confronto tra il Regolamento e la superiore disciplina dei LEP di cui alla l. n. 241/1990. – 2. La pre-istruttoria: analisi critica e proposta di ricostruzione come procedimento autonomo e presupposto al procedimento sanzionatorio (rinvio). – 3. (*segue*) La disciplina delle denunce. – 4. (*segue*) Identificazione, natura ed efficacia giuridica degli atti conclusivi del procedimento pre-istruttorio. – 5. Il procedimento sanzionatorio: avvio con notificazione dell'atto di contestazione; istruttoria in contraddittorio; decisione; notificazione, comunicazione e pubblicazione del provvedimento. – 6. (*segue*) Proposta e decisione sugli «impegni»: critica dell'attuale configurazione in termini di sub-procedimento. – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa: perimetrazione dell'oggetto e specificazione del metodo di analisi. Il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera Agcom n. 136/06/CONS. Ineludibilità di un confronto tra il Regolamento e la superiore disciplina dei LEP di cui alla l. n. 241/1990.*

È necessario, in premessa, delineare il percorso dell'analisi che seguirà.

Quanto all'*oggetto*, l'analisi si circoscrive a uno specifico atto normativo: la delibera Agcom n. 136/06/CONS, recante il nuovo «Regolamento in materia di procedure sanzionatorie» (che ha sostituito il precedente Regolamento adottato con la delibera Agcom n. 425/01/CONS), nel testo attualmente vigente, quale risulta dalle modifiche e integrazioni apportate con le delibere nn. 173/07/CONS, 54/08/CONS, 130/08/CONS, 648/09/CONS, 709/09/CONS e, da ultimo, 194/12/CONS.

La delibera n. 136/06/CONS rappresenta infatti l'atto normativo di portata generale relativo ai procedimenti sanzionatori dell'Agcom, in quanto essa si applica, ai sensi dell'art. 2, a tutti «i procedimenti diretti all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni di competenza dell'Autorità, i quali non siano regolati dalla legge in modo difforme».

Anche i regolamenti settoriali relativi a specifici procedimenti sanzionatori dell'Agcom, quali la delibera n. 14/08/CSP recante il «Regolamento sulle proce-

dure di vigilanza e sanzionatorie relative al Codice media e sport», si discostano in maniera limitata dal Regolamento generale sul procedimento sanzionatorio di cui alla delibera n. 136/06/CONS (cfr. l'art. 6 della citata delibera n. 14/08/CSP, ove si statuisce che «per quanto non diversamente disposto dal presente Regolamento, l'attività di vigilanza e sanzionatoria in materia di violazione delle disposizioni del "Codice media e sport" è soggetta alle norme del Regolamento in materia di procedure sanzionatorie»).

Quanto al *metodo* dell'analisi, si è scelto di privilegiare una specifica chiave di lettura: il confronto costante, per ciascuna fase del procedimento sanzionatorio, tra il Regolamento di cui alla delibera n. 136/06/CONS e la superiore disciplina rinvenibile nella l. 241/1990, nella parte in cui quest'ultima fissa (cfr. art. 29) i «livelli essenziali delle prestazioni *[LEP]* di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione» rispetto ai quali tutte le amministrazioni della Repubblica, comprese le autorità indipendenti, «non possono stabilire garanzie inferiori».

Si rinvia, sul punto, alle tesi argomentate *supra*, nel capitolo intitolato ai *Principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti (parte prima)*, in questo lavoro collettaneo.

Ivi si è tentato di dimostrare che:

- le Autorità indipendenti, quando disciplinano con propri regolamenti i procedimenti sanzionatori, sono tenute a rispettare i livelli minimi inderogabili di garanzia stabiliti, *ex* art. 29, dalle disposizioni-chiave della l. n. 241/1990;
- sono i regolamenti delle Autorità indipendenti, per il criterio della gerarchia, a dover cedere rispetto alla l. n. 241/1990, né potrebbe affermarsi il contrario invocando il criterio della specialità.

Da tale assunto di fondo scaturiscono conseguenze rilevanti, giacché – lo si anticipa – il Regolamento Agcom sui procedimenti sanzionatori si rivela, in alcune parti, non in linea con i LEP fissati dalla l. n. 241/1990.

Da tale distonia discende l'illegittimità delle disposizioni regolamentari "fuori asse" rispetto agli stessi LEP, con conseguente necessità di disapplicazione di queste ultime in forza del rapporto gerarchico tra legge e regolamento.

2. *La pre-istruttoria: analisi critica e proposta di ricostruzione come procedimento autonomo e presupposto al procedimento sanzionatorio (rinvio).*

A) L'Agcom ha disciplinato, all'art. 4 della delibera n. 136/06/CONS (d'ora in poi, semplicemente "Regolamento"), le «attività preistruttorie».

Tuttavia, a giudizio dell'Autorità, la pre-istruttoria non configurerebbe un procedimento amministrativo: la pre-istruttoria, dunque, non sarebbe assistita

dalle garanzie stabilite dalla l. n. 241/1990, con particolare riguardo agli obblighi di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di concludere il procedimento entro il termine prefissato, di rispettare le disposizioni della l. n. 241 relative alla durata massima dei procedimenti, di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa (cfr. art. 29, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990).

Ciò si evince chiaramente dalle premesse della delibera n. 709/09/CONS (che ha modificato il testo della delibera n. 136/06/CONS), in cui l'Agcom si è espressa nel senso «della non ostensibilità degli atti detenuti dall'amministrazione nella fase preistruttoria e dell'assenza, in siffatta fase, di un procedimento amministrativo».

L'art. 3-*bis*, comma 6, del Regolamento conferma che «fino all'adozione dell'atto di contestazione, le denunce, nonché gli atti e la documentazione relativa alle indagini svolte, sono sottratti ad ogni forma di accesso».

La stessa nomina di un responsabile del procedimento, nel corso della preistruttoria, non rappresenta una garanzia inderogabile, ma solo un'eventualità.

L'art. 4, comma 5, della delibera n. 136/06/CONS consente infatti al «direttore competente», ossia al dirigente dell'unità organizzativa di primo livello titolare della competenza sanzionatoria *ex* art. 3 dello stesso Regolamento, di «disporre l'archiviazione per manifesta insussistenza della violazione», anche senza nominare un responsabile del procedimento. Solo «ove non ritenga di disporre l'archiviazione per manifesta insussistenza della violazione», il direttore competente «nomina un responsabile per i successivi adempimenti». Da qui il carattere eventuale, nella pre-istruttoria, della figura del responsabile del procedimento.

Per questi profili, il Regolamento Agcom appare in contrasto con i LEP stabiliti dalla l. n. 241/1990 all'art. 29, comma 2-*bis*, relativamente «ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione (…) concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti».

B) Il Regolamento, in particolare, non stabilisce alcun termine di conclusione né alcuna durata massima per la pre-istruttoria.

Lo schema in forza del quale il Regolamento giustifica questa scelta è rappresentato da un riferimento esclusivo alla l. n. 689/1981, anziché alla l. n. 241/1990.

Più precisamente:

- l'art. 4, comma 6, del Regolamento stabilisce che la pre-istruttoria si chiude quando «il responsabile, esaminati gli atti trasmessi ed effettuate, ove del

caso, ulteriori verifiche e qualificate le fattispecie nei loro pertinenti termini giuridici, formula una proposta di archiviazione delle fattispecie segnalate per manifesta insussistenza della violazione, oppure propone l'avvio del procedimento sanzionatorio predisponendo lo schema di atto di contestazione»;

- il successivo art. 5, comma 2, del Regolamento stabilisce poi che l'avvio del procedimento sanzionatorio coincide con la notifica dell' «atto di contestazione», la quale deve avvenire «entro novanta giorni dal *completo accertamento del fatto* ai sensi dell'*art. 4, comma 6*, con le modalità di cui all'*art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689*».

Il Regolamento stabilisce, dunque, un'equazione tra l'«accertamento» di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981 e la conclusione delle «attività preistruttorie» di cui all'art. 4, comma 6, della delibera n. 136/06/CONS.

In questo modo, la pre-istruttoria viene ridotta a momento extra-procedimentale il quale, precedendo l'avvio del procedimento sanzionatorio (quest'ultimo coincidente con la notifica della contestazione dell'illecito), esigerebbe un accertamento di durata non predeterminabile, variabile caso per caso in base alla complessità della fattispecie.

La giurisprudenza amministrativa sul punto si richiama graniticamente all'orientamento del giudice ordinario relativo all'interpretazione dell'art. 14 della l. n. 689/1981, quanto all'individuazione del momento del compiuto «accertamento» da cui far decorrere il termine perentorio di 90 giorni per la notifica della «contestazione».

Secondo la giurisprudenza, «l'art. 14 della legge n. 689 del 1981 non comporta l'automatica predeterminazione di un limite temporale del procedimento di verifica volto all'accertamento della violazione. La giurisprudenza ha, infatti, sottolineato che compete al Giudice di merito determinare il tempo ragionevolmente necessario affinché l'Amministrazione giunga ad una completa conoscenza e valutazione dei fatti, individuando il *dies a quo* di decorrenza del termine in rapporto alla minore o maggiore difficoltà del caso concreto (Cass. civ., sez. II, 18 aprile 1007, n. 9311)» (Tar Lazio, sez. III-*ter*, 3 giugno 2010, n. 14896).

Ne deriva che «la legittimità della durata dell'accertamento va valutata in relazione al caso concreto e alla sua complessità, tenendo presente che il momento in cui l'Amministrazione procedente viene a conoscenza del fatto illecito può non coincidere con quello in cui la trasgressione amministrativa è stata commessa; e ciò si verifica, non solo quando la scoperta dell'illecito è successiva al momento della commissione della violazione, ma anche nell'ipotesi (…) di violazioni ripetute, continuative o permanenti» (Tar Lazio, sez. III-*ter*, 13 maggio 2010, n. 11132; Id., 8 aprile 2010, n. 5874; Id., 9 ottobre 2010, n. 32735).

Ed ancora, si è rilevato che «come più volte evidenziato da questa sezione, in linea, peraltro, con un consolidato orientamento giurisprudenziale, i limiti tem-

porali entro cui l'Amministrazione procedente deve provvedere alla notifica della contestazione ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 sono collegati alla conclusione del procedimento di accertamento, e non alla data di commissione della violazione, posto che l'acquisizione della notizia del fatto deve comprendere, tanto gli elementi soggettivi quanto gli elementi oggettivi di esso, onde riscontrare la sussistenza della infrazione e acquisire piena conoscenza della condotta illecita, sì da valutarne l'esatta consistenza agli effetti della formulazione della contestazione (in termini Cass., sez. I, 4/2/2005, n. 2363; Cass, sez. lav., 8/8/2005, n. 16642; Cass., sez. I, 18/2/2005, n. 3388; Cass., sez. lav., 3/7/2004, n. 12216). Pertanto, i limiti temporali entro cui l'amministrazione deve provvedere alla notifica della contestazione sono collegati al presupposto della effettiva e completa conclusione delle attività di accertamento (Cass. civ., sez. lav., 1 aprile 2009, n. 7951; Id., 29 maggio 2007, n. 12093; Tar Lazio, III-ter, 17 gennaio 2007, n. 12490; Id., 17 gennaio 2007, n. 308). Il Collegio osserva che i richiamati principi giurisprudenziali in tema di decorrenza del *dies a quo* per la contestazione delle violazioni amministrative trovano piena conferma nel regolamento di settore emanato dall'Agcom in materia di procedimenti sanzionatori con la delibera n. 136/06/CONS (…). Dunque, la distinzione tra accertamento ed accertamento formale, come enucleato dalla giurisprudenza, trova pieno riscontro nella struttura del procedimento sanzionatorio delineata dalla stessa Autorità, laddove è ben distinta la fase di recepimento delle segnalazioni da quella di accertamento vero e proprio dell'attendibilità dei fatti segnalati, necessaria per procedere alla contestazione nel solo caso in cui non si possa addivenire alla semplice archiviazione» (Tar Lazio, sez. III-*ter*, 10 ottobre 2012, n. 8367).

In definitiva: il Regolamento Agcom ha scelto di fare esclusivo riferimento, per la pre-istruttoria, alla nozione di «accertamento» tratta dall'art. 14 della l. n. 689/1981, senza considerare i LEP di cui all'art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990 quanto alla «durata massima dei procedimenti».

Le conseguenze di tale scelta, in termini di *deminutio* delle garanzie procedimentali, sono estremamente rilevanti.

Sulla base dello schema descritto, infatti, i giudici amministrativi hanno giustificato la protrazione della pre-istruttoria per periodi molto spesso superiori a un anno.

Solo in casi estremi, in cui la pre-istruttoria aveva finito per richiedere addirittura due anni di tempo, la giurisprudenza è intervenuta dichiarando la non ragionevolezza della durata dell'accertamento pre-istruttorio.

In uno di questi rari casi, si è rilevato che «in relazione alle caratteristiche del caso in esame, tuttavia, da un esame obiettivo dei documenti di causa, il Collegio rileva che l'ultimo atto istruttorio risultava essere la nota, in data 8 settembre 2004, con cui la Guardia di Finanza (…) inviava i supporti magnetici concernen-

ti le registrazioni dei programmi mandati in onda dall'emittente in questione in sette giorni scelti a campione dal 27 maggio al 7 luglio 2004. Ciò posto, il Collegio non può fare a meno di considerare che, nella specie, la violazione contestata (…) consisteva di una pluralità di condotte tra loro sufficientemente omogenee e temporalmente assai ravvicinate, essendo le stesse poste in essere rispettivamente nelle date 28 maggio, 1, 8, 11 e 23 giugno, 2 e 7 luglio 2004, vale a dire in un arco di tempo molto esiguo (circa quaranta giorni); tali episodi venivano portati a conoscenza dell'Agcom in modo compiuto e documentato con la sopracitata nota dell'8 settembre 2004, laddove la contestazione della violazione (…) avveniva con atto notificato soltanto il 4 settembre 2006, vale a dire a distanza di quasi ventiquattro mesi dalla ricezione della richiamata nota da parte dell'Autorità. In tale contesto temporale, e tenuto presente il quadro normativo di riferimento, si intende come il tempo occorso all'Autorità per procedere all'accertamento dei fatti appaia, non solo in astratto eccessivo, in relazione ai filmati trasmessi nei sette giorni scelti a campione dal 27 maggio al 7 luglio 2004, ove isolatamente considerati, ma anche del tutto inadeguato in concreto, in ragione sia del lungo tempo trascorso, sia della esiguità dell'intervallo temporale oggetto di osservazione, sia della omogeneità delle condotte contestate, unitariamente considerate» (Tar Lazio, sez. III-*ter*, 19 aprile 2010, n. 7488).

A giudizio di chi scrive, l'impostazione del Regolamento Agcom circa la pre-istruttoria, laddove enfatizza il riferimento all'art. 14 della l. n. 689/1981 ed ignora i LEP di cui alla l. n. 241/1990, non è condivisibile.

Si rinvia sul punto, nuovamente, al capitolo intitolato ai principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti (parte prima), in questo lavoro collettaneo.

Ivi si sono forniti argomenti in favore della tesi secondo cui:

- la pre-istruttoria deve essere qualificata come procedimento amministrativo presupposto, assoggettato ai principi della l. n. 41/1990;
- ne deriva che non può essere eluso il principio (*ex* artt. 2 e 29 della stessa l. n. 241) che impone il rispetto di un termine massimo di durata e conclusione di ogni procedimento;
- dovrebbe essere ogni autorità indipendente, attraverso i propri regolamenti ai sensi dell'art. 2, comma 5, della l. n. 241/1990, a stabilire il termine massimo di conclusione del procedimento pre-istruttorio, nel rispetto dei termini massimi di 90 giorni o – in casi di motivata eccezionalità – di 180 giorni (trattandosi di LEP ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, commi 3 e 4 e dell'art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990);
- qualora le leggi e i regolamenti relativi a ciascuna Autorità indipendente siano silenti in proposito, dovrà farsi riferimento al termine residuale di 30 giorni di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990.

Né può ritenersi che il riferimento all'art. 14 della l. n. 689/1981, contenuto nell'art. 5 del Regolamento Agcom, prevalga sull'applicazione dei LEP di cui alla l. n. 241/1990: si rinvia ancora al citato capitolo sui principi del procedimento, in cui si è tentato di dimostrare che, per i procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, le disposizioni della l. n. 689/1981 non dovrebbero prevalere, in caso di contrasto, su quelle della l. n. 241/1990 che stabiliscano livelli essenziali di garanzia per i cittadini ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.

3. (segue) *La disciplina delle denunce.*

Anche sotto un altro profilo la disciplina dettata dal Regolamento Agcom appare distonica rispetto ai principi della l. n. 241/1990: si tratta delle previsioni che riguardano le modalità di presentazione e i casi di archiviazione delle *diverse tipologie di denunce*.

Occorre premettere che il Regolamento Agcom riconosce ed attribuisce espressamente il diritto di presentare denuncia a «tutti i soggetti interessati, gli utenti finali, i consumatori e le associazioni od organizzazioni rappresentative dei loro interessi»; tutti questi soggetti «possono chiedere l'intervento sanzionatorio dell'Autorità denunciando eventuali violazioni della normativa di settore» (art. 3-*bis,* comma 1, del Regolamento).

Trattandosi di un potere di denuncia contemplato e disciplinato da un atto normativo di natura regolamentare, si è indubbiamente in presenza di quelle che la dottrina denomina «denunce qualificate» [per tale nozione, cfr. De Lucia; Scognamiglio, 153 ss.; Monteduro, 2010].

Il Regolamento opera tuttavia una discriminazione, in base ai soggetti e agli oggetti, tra le denunce.

Stipulativamente, possono infatti distinguersi:

(i) denunce a tutela privilegiata;
(ii) denunce a tutela ordinaria;
(iii) denunce a tutela affievolita.

A) Le denunce *sub* (i), che potrebbero definirsi a tutela privilegiata, godono di un regime di marcato *favor*: esse non possono essere archiviate – si badi, neppure nei casi di manifesta infondatezza – per il fatto di consistere in «rapporti della Polizia postale e delle telecomunicazioni, della Guardia di finanza e degli Ispettorati territoriali del Ministero delle comunicazioni», a condizione che vi siano riportati: una precisa descrizione del fatto; l'evidenziazione della norma giuridi-

ca che si presume violata; l'individuazione del giorno e dell'ora della presunta infrazione; i dati anagrafici, ovvero ogni dato disponibile ai fini dell'identificazione dei soggetti responsabili della presunta infrazione; i supporti probatori che costituiscono la base per le successive valutazioni in merito alla sussistenza della violazione (art. 3-*bis,* comma 5, del Regolamento).

Come ha rilevato la dottrina [Marini Balestra, 2011, 932] non si comprende perché «siano sprovviste di analogo *status* privilegiato le segnalazioni del Comitato di autoregolamentazione TV e minori di cui all'art. 35 TU Radiotv, dell'organismo di vigilanza sul rispetto degli impegni di Telecom Italia relativi alla rete di accesso di cui alla Delibera n. 718/08/CONS, nonché dei Co.Re. Com». A giudizio di chi scrive, discriminare *in melius* una denuncia, rendendola non (o più difficilmente) archiviabile solo perché provenga da alcuni organi pubblici anziché da altri, anch'essi pubblici o di rilievo pubblicistico, comporta una violazione dell'art. 3 Cost.; appare contrario ai principi di eguaglianza, di imparzialità e di ragionevolezza, più in generale, discriminare (ai fini dell'archiviabilità o meno della denuncia) tra soggetti denuncianti in base alla loro natura giuridica di soggetti privati o pubblici. L'archiviazione dovrebbe appuntarsi esclusivamente sul *quid*, ossia sulla forma e sull'oggetto sostanziale della denuncia, sulla sua inaccoglibilità manifesta o non manifesta, non già guardare al *quis*: è infatti astrattamente possibile che anche un organo pubblico inoltri segnalazioni manifestamente infondate tanto quanto è possibile che a farlo sia un operatore privato.

Se lo scopo della pre-istruttoria è quello di un "filtro", che eviti la celebrazione di procedimenti sanzionatori inutili in quanto innescati da denunce prive di qualsiasi fondamento, proibire l'archiviazione di denunce manifestamente infondate solo perché queste ultime provengano da alcuni organi pubblici è, in definitiva, contrario sia al principio di efficacia di cui all'art. 1, comma 1, che al divieto di ingiustificato aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 241/1990.

B) Le denunce *sub* (ii), quelle a tutela ordinaria, possono invece essere archiviate dal «direttore competente», su proposta del responsabile del procedimento, «con motivazione sintetica […] anche utilizzando procedure semplificate», nei casi previsti dall'art. 3-*bis*, comma 4, del Regolamento, ossia:

- improcedibilità;
- inammissibilità;
- manifesta infondatezza.

Appare evidente come questa disposizione regolamentare ricordi da vicino, per la sua formulazione testuale, la disposizione normativa (sopravvenuta solo nel 2012) di cui all'art. 2, comma 1, della l. n. 241/1990 («se ravvisano la manife-

sta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»).

Interessante, se comparato con la formulazione dell'art. 2 della l. n. 241/1990, è il riferimento all'utilizzo di «procedure semplificate» operato dall'art. 3-*bis*, comma 4, del Regolamento Agcom (in aggiunta all'indicazione della «motivazione sintetica»).

Nell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo, infatti, la «forma semplificata» sembra circoscriversi solo al «provvedimento», ossia all'atto finale che chiude in rito il procedimento dichiarando la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza; il testo dell'art. 2 non chiarisce se la semplificazione possa o debba riguardare, oltre al provvedimento, lo stesso procedimento, amministrativo, rendendolo più snello, celere ed essenziale rispetto a quanto avviene ordinariamente ai fini della cognizione "piena" della fondatezza della domanda.

Di contro, come si è sottolineato, il Regolamento Agcom stabilisce espressamente la semplificazione del rito procedurale (e non solo della forma provvedimentale) della pre-istruttoria.

Le denunce, ai sensi dell'art. 3-*bis*, comma 3, del Regolamento, devono contenere obbligatoriamente le generalità del denunciante (nome, cognome, denominazione o ragione sociale, residenza, domicilio o sede, recapiti telefonici ed eventuali recapiti di telefax e di posta elettronica), nonché tutti gli «elementi idonei a descrivere il comportamento dell'operatore che il richiedente ritiene costituiscano violazione della normativa di settore» ed eventualmente «ogni elemento ritenuto utile alla valutazione dell'Autorità».

Un problema, per le denunce *sub* (ii) a tutela ordinaria, è tuttavia rappresentato dalla maniera non perspicua con cui l'art. 3-*bis*, comma 4, del Regolamento ha definito le nozioni di improcedibilità, inammissibilità e manifesta infondatezza della denuncia.

B.1) Può giustificarsi, infatti, la scelta del Regolamento di qualificare come «inammissibili» le «denunce generiche», ossia quelle indeterminate sul piano obiettivo («aventi ad oggetto fatti non circostanziati o che non siano corredate dalla documentazione necessaria a sostegno dei fatti denunciati») o sul piano subiettivo («che non recano elementi tali da consentire l'individuazione del soggetto che si sia reso responsabile dei fatti oggetto della denuncia o della condotta che si lamenta»).

Allo stesso modo, appaiono correttamente qualificate dal Regolamento come «inammissibili» le denunce per le quali non sussiste la «competenza» dell'Agcom.

In tutti questi casi, facendo applicazione dei concetti illustrati dalla migliore dottrina [cfr. Villata], può parlarsi a rigore di inammissibilità in quanto la necessità di arrestare il procedimento si impone prima di giungere all'esame nel merito della denuncia e discende non da fattori sopravvenuti, ma da *deficit* preesistenti o coevi alla proposizione della denuncia medesima.

Di contro, le denunce relative a «fatti che non appaiono riconducibili alle disposizioni normative di settore», anch'esse qualificate dal Regolamento Agcom come «inammissibili», in realtà integrano più propriamente casi di manifesta infondatezza (nel merito) anziché di inammissibilità (in rito): in tali fattispecie, infatti, soltanto un previo esame nel merito dei profili fattuali e giuridici esposti dal denunciante, seppur sommario, può convincere l'Autorità del carattere alieno dei fatti rispetto alle norme di settore.

B.2) Molte perplessità desta la categoria delle denunce «improcedibili», per come essa è definita dal Regolamento: sarebbero improcedibili, infatti, le denunce «prive della sottoscrizione o non corredate da copia del documento d'identità, ovvero corredate da documento d'identità illeggibile del denunciante».

Il Regolamento Agcom, in questa parte, appare non condivisibile sotto un duplice profilo.

Da un lato, la mancanza della sottoscrizione e la mancanza/illeggibilità della copia del documento rappresentano vizi della denuncia non sopravvenuti, ma originari: non sembra pertinente, dunque, il richiamo alla categoria dell'improcedibilità in luogo di quella dell'inammissibilità.

Dall'altro lato, e soprattutto, la «improcedibilità» radicale, con immediata archiviazione della denuncia in rito, appare misura non proporzionata almeno rispetto ad alcune delle fattispecie contemplate dal Regolamento.

Una tale misura potrebbe giustificarsi solo per il caso della totale mancanza della sottoscrizione, facendo applicazione in via analogica dell'orientamento giurisprudenziale che riconduce all'apposizione della firma del cittadino la certezza della paternità e della provenienza della dichiarazione, quale elemento essenziale di quest'ultima[1].

---

[1] In tal senso, cfr. di recente Cons. Stato, sez. II, 15 ottobre 2013, parere n. 4258, secondo cui «la sottoscrizione del documento costituisce lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta in esso contenuta, consentendo dunque non solo di far risalire la paternità dell'atto ma anche di renderla vincolante verso i terzi destinatari. Non a caso l'apposizione della firma interviene in chiusura del documento, a testimoniare la volontà di adesione rispetto tutto quanto precede. La mancanza della sottoscrizione inficia necessariamente, quindi, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà in essa contenuta e pertanto non può essere considerata una mera irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento, facendo venir meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso (cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1832)». Si tratta di rilievo enunciato

Rispetto alle diverse fattispecie in cui la denuncia sia sottoscritta con l'indicazione delle generalità del denunciante ma sia mancante o sia illeggibile il documento di identità a corredo, di contro, la declaratoria di improcedibilità *tout court* appare misura contrastante con i principi di proporzionalità, da un lato, e di buon andamento dell'attività amministrativa in termini di semplificazione degli oneri burocratici e di leale collaborazione tra p.a. e cittadini, dall'altro.

In questi casi, infatti, dovrebbe farsi applicazione delle disposizioni stabilite dall'art. 6 della l. n. 241/1990 con riferimento al ruolo di garanzia del responsabile del procedimento (elevato a LEP dall'art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990).

In particolare, l'art. 6, comma 1, lett. b), della legge generale sul procedimento impone che il responsabile del procedimento acquisisca d'ufficio ogni elemento utile per l'istruttoria e che, a tal fine, ove necessario, chieda «la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete».

In proposito, «la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare che la mancata allegazione ad una domanda di elementi utili per identificare l'avente diritto – documenti d'identità, firma autentica – non costituisce, in assenza di previsione *legislativa*, elemento di preclusione che non possa essere superata tramite richiesta interlocutoria di integrazione o regolarizzazione (Tar Lazio, sez. II, 5 dicembre 2007, n. 12563). Pertanto, la carenza documentale, in mancanza di previa richiesta di integrazione formulata dall'amministrazione, non poteva essere imputata alla parte istante, anche nell'ottica della leale, reciproca, cooperazione procedimentale di cui alla l. n. 241 del 1990, con conseguente illegittimità del provvedimento finale negativo. La richiesta di integrazione documentale risulta, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 241/90, doverosa, in quanto prima di adottare un diniego per carenza documentale l'amministrazione è tenuta a chiederne l'integrazione» (Tar Sicilia-Catania, sez. III, 22 dicembre 2011, n. 3170).

L'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 241/1990, in questa prospettiva, deve essere considerato la traduzione di principi fondamentali dell'ordinamento, di rango comunitario e costituzionale, con particolare riferimento «al principio di buona amministrazione previsto nell'art. 97 Cost., ed ai suoi corollari di tutela dell'affidamento e buona fede oggi specificatamente codificati nell'art. 6, comma 1 lett. b) della legge 7 agosto 1990, n. 241 (…) le dichiarazioni o istanze erronee o incomplete devono essere oggetto di richiesta di integrazione o sostituzione o rettifica (…) principio costituzionale volto a tutelare la buona fede e l'affidamento del cit-

---

per le dichiarazioni di volontà, ma estensibile, secondo la giurisprudenza, anche alle dichiarazioni di scienza: cfr. Tar Veneto, sez. III, 2 marzo 2005, n. 812, secondo cui «l'imputazione della dichiarazione, di scienza o di volontà che sia, ed i conseguenti effetti, discendono dalla sottoscrizione, e non dalla prova della provenienza della medesima (…) la mancanza della sottoscrizione comporta l'inesistenza stessa della dichiarazione e non si può dunque neppure ipotizzare una sua regolarizzazione».

tadino, attraverso la collaborazione dell'amministrazione al compiuto svolgimento dell'istruttoria nel corso del procedimento (cfr. Tar Lazio, sez. III, 4 dicembre 2009, n. 12533; Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5451; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3097; Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 1; Tar Lazio, sez. II, 13 ottobre 2008, n. 8871; Tar Campania-Napoli, sez. V, 6 giugno 2008, n. 5392; Tar Lombardia-Brescia, sez. I, 7 dicembre 2007, n. 1314), teso a privilegiare l'accertamento della sostanzialità del rapporto sulla formalità della sua rappresentazione» (Tar Campania-Napoli, sez. III, 30 giugno 2010, n. 16515).

In particolare, con riferimento all'illeggibilità della sottoscrizione pur a fronte di un documento che indichi chiaramente le generalità dell'autore, è utile operare un parallelismo tra atti amministrativi e atti privati.

Per gli atti amministrativi, «se è vero che la sottoscrizione dell'atto amministrativo è un elemento necessario ed essenziale, tuttavia non è causa di invalidità o nullità l'illeggibilità della firma apposta in calce all'atto, quando sia comunque possibile, come nel caso di specie, individuare lo *status* del soggetto sottoscrittore, con la riferibilità alla p.a. emanante. In altri termini l'eventuale illeggibilità della firma apposta in calce all'atto costituisce una mera irregolarità del provvedimento che non comporta l'invalidità dello stesso in quanto comunque consente di dimostrare la provenienza dell'atto dal soggetto titolare del potere, senza quindi che da ciò possa derivare l'inesistenza della determinazione amministrativa» (Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2011, n. 4269).

Per gli atti privati, allora, non sarebbe coerente pervenire ad una soluzione diversa, sanzionando la mera illeggibilità della sottoscrizione in calce alla denuncia con la radicale archiviazione della medesima.

Come è stato correttamente osservato, infatti, «per quanto riguarda il vizio formale (o procedimentale) in cui talvolta incorre l'amministrazione, vanno richiamati, ad esempio, la categoria di elaborazione giurisprudenziale della irregolarità del provvedimento amministrativo (che consente di escludere dall'area dell'illegittimità quelle fattispecie nelle quali lo scostamento tra l'atto e il suo formale paradigma normativo risulti "minimale" e, quindi, nella sostanza irrilevante); il principio della sanatoria dei vizi formali o procedimentali per raggiungimento delle scopo (che impedisce di attribuire conseguenze invalidanti all'omissione formale ogni volta che lo scopo cui la forma è preordinata sia stato comunque raggiunto); più di recente, la esplicitazione del principio dell'irrilevanza del vizio formale non influente sul contenuto dispositivo del provvedimento di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241 del 1990. Il sistema, quindi, conosce una pluralità di istituti volti ad evitare che il vizio formale in cui incorre l'amministrazione possa tradursi automaticamente nella illegittimità del provvedimento adottato. Sarebbe allora contraddittorio e sperequato ritenere, al contrario, che l'even-

tuale carenza formale o documentale in cui dovesse incorrere il privato nei suoi rapporti con l'Amministrazione determini per ciò solo, senza alcuna possibilità di regolarizzazione, l'effetto di rendere l'atto che ne sia affetto inidoneo a produrre gli effetti voluti» (così Cons. Stato, ord. 17 maggio 2013, n. 2681).

B.3) Desta perplessità, infine, anche la definizione delle denunce «manifestamente infondate» fornita dal Regolamento Agcom, secondo cui sarebbero tali tutte «le denunce prive dei presupposti di fatto e di diritto».

Questa definizione, in realtà, per come è testualmente formulata, corrisponde alla categoria dell'infondatezza, non a quella della manifesta infondatezza.

Tuttavia, la valutazione della fondatezza o infondatezza della denuncia deve essere compiuta, a rigore, nel procedimento amministrativo avente ad oggetto l'irrogazione della sanzione che si avvia dopo la chiusura delle pre-istruttoria, non nella pre-istruttoria.

In altri termini, la non manifesta infondatezza non coincide con l'infondatezza, potendovi essere denunce che, *prima facie* (ossia nella pre-istruttoria) appaiano non manifestamente infondate ma che, *re melius perpensa* (ossia nel procedimento di irrogazione della sanzione), si rivelino poi infondate, seppur non manifestamente tali.

La confusione tra la definizione di manifesta infondatezza e quella di infondatezza è suscettibile di generare un cortocircuito tra:

- il procedimento pre-istruttorio, che si svolge in forme semplificate e con cognizione sommaria (si ricordi il riferimento alle «procedure semplificate» e alla «motivazione sintetica» operato dall'art. 3-*bis*, comma 4, del Regolamento Agcom);
- e il procedimento sanzionatorio, che invece si svolge in forme ordinarie e con cognizione piena.

Il rischio che ne deriva è quello di un *vulnus* alle esigenze di completezza e adeguatezza dell'istruttoria: a causa di una definizione troppo lata delle fattispecie di manifesta infondatezza, delicate valutazioni di merito potrebbero finire per essere "trasferite" e anticipate nel procedimento semplificato (quello pre-istruttorio) anziché essere "differite" e compiute in maniera più analitica e ponderata nel procedimento ordinario (quello sanzionatorio).

C) Le denunce *sub* (iii), disciplinate dagli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Regolamento Agcom, sono quelle «in materia di comunicazioni elettroniche» e «in materia di servizi postali»: entrambe le tipologie di denunce sono oggetto di «norme speciali per la presentazione e trattazione».

Si illustreranno di seguito (v. *infra*, *sub* C.3 e C.4) le ragioni per le quali le suddette «norme speciali» *ex* artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Regolamento Agcom confi-

gurino una sensibile diminuzione del livello di garanzia e di tutela del denunciante rispetto alle denunce "ordinarie" di cui all'art. 3-*bis*, tanto da giustificare la qualificazione, qui proposta per semplicità espositiva, di denunce a tutela affievolita.

C.1) Gli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Regolamento, nel dettare le suddette «norme speciali» lasciano ferma «l'applicabilità dei commi 1, 2, 4, 5 e 6 dell'art. 3-*bis*» del Regolamento.

Non viene richiamato unicamente il comma 3 dell'art. 3-*bis*, ossia la disposizione che consente, per le denunce "ordinarie", che esse siano comunicate all'Autorità:

- senza la necessità di utilizzare particolari moduli o formulari, purché «per iscritto»;
- senza l'obbligo di scegliere un particolare mezzo di comunicazione (l'art. 3-*bis* dispone semplicemente che le denunce siano inviate dal denunciante «anche via telefax», laddove l'avverbio «anche» consente, evidentemente, modalità di invio della denuncia diverse dal telefax quali la consegna a mani, la spedizione a mezzo del servizio postale, la spedizione con posta elettronica certificata).

Al contrario, per le denunce in materia di comunicazioni elettroniche e in materia di servizi postali, gli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Regolamento Agcom impongono le seguenti «norme speciali per la presentazione»:

- la necessità di redigere la denuncia compilando esclusivamente un modello/formulario predisposto dall'Autorità, con il correlativo divieto assoluto di utilizzo di testi liberi seppur a contenuto sostanziale equipollente a quello del modello/formulario;
- l'obbligo di utilizzare particolari mezzi di comunicazione per l'invio della denuncia, con esclusione di tutti gli altri, senza alcuna eccezione;
- l'archiviazione immediata della denuncia per «irricevibilità» qualora il cittadino rediga la denuncia in forma diversa dalla compilazione del modello/formulario o utilizzi un mezzo di comunicazione diverso da quelli prescritti[2].

[2] In base a quanto disposto dall'art. 3-*ter* del Regolamento Agcom, le denunce in materia di comunicazioni elettroniche, «ferma restando l'applicabilità dei commi 1, 2, 4, 5 e 6 dell'art. 3-*bis*, devono essere presentate, a pena di irricevibilità, esclusivamente a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento o telefax in entrambi i casi compilando l'apposito modello D, che fa parte integrante del presente Regolamento, disponibile nel sito web dell'autorità (www.agcom.it). Con successiva determinazione del segretario generale è disposta la compilazione e la trasmissione in modalità esclusivamente telematica del modello D. La predetta determinazione è pubblicata nel sito web dell'Autorità unitamente alle istruzioni per la compilazione e la trasmissione del modello medesimo». Successivamente l'Agcom, «ritenuta necessaria la predisposizione di un nuovo modello di denuncia in materia di comunicazioni elettroniche che risulti idoneo alla trasmissione telematica e alla successiva elaborazione informatica e registrazione particolare», con Deliberazione n. 496/10/CONS ha

C.2) Per le denunce in materia di comunicazioni elettroniche e in materia di servizi postali, gli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Regolamento Agcom impongono inoltre le seguenti «norme speciali per la trattazione»:

- il principio di «aggregazione» e di «valutazione d'insieme» delle denunce[3];

---

adottato una «Modifica del modello D allegato alla delibera n. 136/06/CONS per la presentazione di denunce in materia di comunicazioni elettroniche». Nel sito istituzionale dell'Agcom, all'indirizzo URL http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=200 (consultato in data 13 gennaio 2014), si legge che «il Modello D: va compilato a schermo […]; deve essere redatto correttamente: i campi obbligatori, a pena di archiviazione immediata della denuncia, sono indicati con un asterisco; il software segnalerà, comunque, eventuali errori ed omissioni nella compilazione; può essere corredato da documentazione afferente alla denuncia (ad es.: contratti, fatture, reclami, risposte ai reclami, etc.); va trasmesso, a pena di irricevibilità, esclusivamente a mezzo posta elettronica all'indirizzo denunce_ugsv@cert.agcom.it ; la modalità di trasmissione telematica del modello D decorre, ai sensi della delibera n. 496/10/CONS, dal 1° novembre 2010; le precedenti modalità di invio del modello D (raccomandata A/R e fax) saranno comunque accettate fino al 31 dicembre 2010; se l'invio non è effettuato dalla propria casella di posta elettronica certificata (PEC), al modello va necessariamente allegata la scansione del proprio documento di identità […]». Infine, per le sole denunce in materia di comunicazioni elettroniche, il comma 4 dell'art. 3-*ter* del Regolamento Agcom stabilisce che esse «non affluiscono al protocollo unico dell'autorità, ma sono soggette a registrazione particolare ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera h), del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 31 ottobre 2000, con modalità di trattamento tali da assicurare le esigenze minime di identificabilità e tracciabilità. Con determinazione del segretario generale sono definite le procedure di registrazione particolare e le misure organizzative necessarie per il loro concreto avvio ed attuazione».

L'art. 3-*quater* del Regolamento Agcom stabilisce, per le denunce in materia di servizi postali, una disciplina sostanzialmente simile a quella delle denunce in materia di comunicazioni elettroniche. Ai sensi dell'art. 3-*quater*, le denunce in materia di servizi postali, «ferma restando l'applicabilità dei commi 1, 2, 4, 5 e 6 dell'art. 3-*bis*, devono essere presentate, a pena di irricevibilità, esclusivamente a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento o telefax, in entrambi i casi compilando l'apposito modello P, che fa parte integrante del presente Regolamento, disponibile sul sito web dell'Autorità (www.agcom.it). Con successiva determinazione del Segretario Generale può essere disposta la compilazione e la trasmissione in modalità esclusivamente telematica del modello P. La predetta determinazione è pubblicata sul sito web dell'Autorità unitamente alle istruzioni per la compilazione e la trasmissione del modello medesimo». Tuttavia, a differenza di quanto è avvenuto per le denunce in materia di comunicazioni elettroniche, per quelle in materia di servizi postali non risulta che l'Autorità abbia ancora disciplinato la compilazione e la trasmissione in modalità esclusivamente telematica. Nel sito istituzionale dell'Agcom, all'indirizzo URL http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=653 (consultato in data 13 gennaio 2014), si legge in proposito che «il Modello P deve essere redatto correttamente: i campi obbligatori, a pena di archiviazione immediata della denuncia, sono indicati con un asterisco; può essere corredato da documentazione afferente alla denuncia (ad es.: reclami, eventuali risposte, contratti, ricevute, etc.); va trasmesso tramite raccomandata A/R […]; deve essere corredato di una copia fotostatica di un documento di identità del denunciante». L'art. 3-*quater* del Regolamento, inoltre, non prevede la «registrazione particolare» delle denunce in materia di servizi postali, non richiamando il comma 4 dell'art. 3-*ter*.

[3] Secondo l'art. 3-*ter*, comma 2, richiamato dall'art. 3-*quater*, comma 2, del Regolamento Agcom, «gli uffici competenti, di preferenza, aggregano opportunamente le denunce ricevute in modo da procedere ad una valutazione d'insieme delle fattispecie denunciate, con l'obiettivo di tu-

- il principio dell' «ordine di priorità nella trattazione», sulla base di «criteri» prefissati quali la «gravità e attualità della violazione», il «grado di diffusione del fenomeno emergente dalle singole denunce», la «possibilità di celere conclusione della fase preistruttoria», nonché di «criteri di priorità integrativi» che possono essere proposti dal Direttore competente al Consiglio dell'Autorità.

C.3) La *ratio* di tali norme speciali, sia per la presentazione che per la trattazione, è ben chiarita dalla delibera Agcom n. 709/09/CONS (intitolata «Modifiche al regolamento in materia di procedure sanzionatorie per le denunce inerenti alla tutela dell'utenza»): le norme speciali di cui all'art. 3-*ter* e 3-*quater*, in sostanza, riducono il livello di tutela e garanzia procedimentale del singolo denunciante per privilegiare le esigenze di buon andamento, celerità, efficienza ed economicità dell'azione sanzionatoria complessiva dell'Autorità.

La citata delibera Agcom n. 709/09/CONS, infatti, giustifica le norme speciali sulla presentazione facendo valere esigenze quali «la necessità di razionalizzare il flusso in entrata delle denunce nel settore delle comunicazioni elettroniche e di consentire una trattazione più organica, unitaria e veloce delle denunce medesime» e «la celerità del processo di istruzione delle pratiche»; la delibera rileva che «relativamente alle denunce sporte nel settore delle comunicazioni elettroniche, la possibilità per l'utente di scegliere se sporgere denuncia attraverso il modello D ovvero "a testo libero" comporta la ricezione di denunce che – oltre a risultare spesso di difficile lettura perché scritte a mano, in corsivo, con grafie non sempre comprensibili – il più delle volte non recano quegli elementi essenziali a configurare la fattispecie concreta, che costituiscono i campi cd. obbligatori del modello D»; proprio per questo si sarebbe reso «necessario contemplare quale unica modalità di presentazione della denuncia la compilazione del modello D, a pena di archiviazione immediata della denuncia medesima».

Ancor più chiara è la dequotazione dell'autonomia della singola denuncia e, correlativamente, la perdita di centralità della singola fattispecie di violazione ove si consideri la *ratio* delle norme speciali per la trattazione di cui agli artt. 3-*ter* e 3-*quater*.

La delibera Agcom n. 709/09/CONS sottolinea, su questo punto, che «le esigenze di snellimento dell'azione amministrativa della direzione competente» e di «economicità ed efficacia dell'azione amministrativa» dell'Agcom impongono

---

telare gli interessi generali dei consumatori ed utenti mediante interventi celeri ed efficaci, anche attraverso appropriate misure regolatorie volte ad evitare il perpetrarsi di ulteriori violazioni o almeno a circoscriverne l'entità e la rilevanza. Rimane ferma, anche ove si proceda all'aggregazione, l'applicabilità delle regole dell'ordinario regime sanzionatorio, e, in particolare, delle norme in materia di cumulo materiale».

«l'introduzione del principio dell'aggregazione delle denunce avverso il medesimo comportamento dello stesso gestore, in maniera tale da trattarle con azione unitaria» e ciò, si badi, «anche prescindendo dai casi singoli».

Qui è evidente come il procedimento sanzionatorio perda i tipici connotati preventivi e repressivi propri del modello disegnato dalla l. n. 689/1981 per assumere le sembianze di un'attività che partecipa della natura regolatoria. Lo scopo del procedimento non appare, almeno in via principale, quello di accertare e sanzionare una specifica violazione: tanto è vero ciò che, coerentemente, si prescinde dai casi singoli, dalle separate fattispecie di violazione con i loro tratti autonomi di identificazione sul piano oggettivo e soggettivo.

Al contrario, si guarda al "caso" singolo come un "sintomo" di "condotte illecite diffuse"; ci si astrae dal "caso" per valutare "nel complesso" gli "interessi generali"; si giunge al punto di non avviare alcun procedimento volto a sanzionare un particolare illecito, pur denunciato da un cittadino, quando l'illecito, sulla base di un giudizio di valore dell'Autorità, non appaia la "spia" di una condotta patologica pervasiva, estesa a tal punto da attentare agli interessi generali dei consumatori e degli utenti.

In questo senso, la delibera n. 709/09/CONS sottolinea che «la modalità "aggregativa" di trattazione delle denunce consentirebbe alla direzione competente di non avviare un'attività preistruttoria complessa per singola denuncia, anche laddove la singola denuncia non rivesta di per sé alcun particolare "valore" in sé né sia sintomatica di una condotta illecita diffusa (…) l'opportuna aggregazione delle denunce ricevute in modo da procedere ad una valutazione d'insieme delle fattispecie denunciate risponde all'obiettivo di tutelare gli interessi generali dei consumatori ed utenti mediante interventi celeri ed efficaci (…) allo stesso scopo, è opportuno consentire all'ufficio competente di proporre, se del caso, appropriate misure regolatorie volte ad evitare il perpetrarsi di ulteriori violazioni o almeno a circoscriverne l'entità e la rilevanza».

Questo, sempre secondo la delibera n. 709/09/CONS, spiega perché, anche alla luce della «considerevole mole di denunce che quotidianamente pervengono alla direzione competente in materia di tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche», si sia reso «necessario introdurre un ordine di trattazione prioritaria delle denunce», che si fondi non solo sul criterio della gravità e attualità della singola violazione, ma anche sui criteri del «grado di diffusione del fenomeno denunciato come emergente dalle singole denunce» e della «possibilità di celere conclusione della fase preistruttoria»; tra i criteri di priorità integrativi, che la Direzione competente potrà proporre al Consiglio dell'Autorità, la delibera n. 709/09/CONS esorta a valorizzare quelli concernenti le «tipologie di fenomeni patologici emergenti» e la «qualificazione soggettiva del soggetto denunciante».

C.4) Esaminate le norme speciali sulle denunce in materia di comunicazioni elettroniche e di servizi postali, possono trarsi le seguenti conclusioni.

Tali norme speciali sanzionano con l'archiviazione immediata per «irricevibilità» le denunce redatte in forma diversa dalla compilazione del modello/formulario prescritto dall'Agcom (Modello "D" e Modello "P") o utilizzando un mezzo di comunicazione diverso da quelli prescritti (posta elettronica; raccomandata a/r o telefax).

In ipotesi, se un cittadino redigesse la denuncia per iscritto su un proprio testo libero, autografo, inserendovi sul piano contenutistico e sostanziale tutte le informazioni richieste dal modello/formulario Agcom e presentandola con i mezzi di comunicazione prescritti, subirebbe inderogabilmente ed *a priori* l'archiviazione della denuncia per irricevibilità solo per non aver, sul piano formale, compilato il modello/formulario ed essersi invece avvalso di un proprio testo.

Allo stesso modo, se un cittadino compilasse diligentemente il modello/formulario Agcom per la denuncia ma lo presentasse, anziché per posta elettronica (in materia di comunicazioni elettroniche) o per raccomandata a/r o telefax (in materia di servizi postali), con mezzi diversi quali la consegna a mani presso la sede dell'Autorità o l'invio per posta raccomandata senza avviso di ricevimento, subirebbe ancora una volta l'automatica archiviazione della denuncia per irricevibilità.

Si tratta di una *deminutio* di tutela del denunciante (rispetto alle denunce "ordinarie" di cui all'art. 3-*bis* del Regolamento Agcom) che appare in contrasto con i principi di regolarizzazione, di prevalenza della sostanza sulla forma, di leale cooperazione tra cittadino e p.a., evincibili dal già citato art. 6, comma 1, lett. b) della l. n. 241/1990.

Tale impostazione formalistica lascia privo di tutela il cittadino denunciante, precludendo automaticamente l'avvio del procedimento pre-istruttorio anche in casi nei quali sarebbe sufficiente un semplice invito del responsabile del procedimento a rettificare l'incompletezza o l'erroneità formale della denuncia[4].

---

[4] Da questo punto di vista, le norme speciali di cui agli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del Regolamento Agcom non sembrano in linea con «il principio generale, posto dall'art. 6, lett. b, l. 7 agosto 1990, n. 241 […] a fronte di una documentazione ritenuta inidonea, è onere dell'amministrazione completare l'istruttoria, richiedendo all'interessato quanto necessario, onde accertare la natura puramente formale e comunque non essenziale dei detti errori od omissioni. Un tale principio trova applicazione anche nell'ipotesi - come nella specie - in cui l'istruttoria sia prevista mediante verifica, con sistema ottico, della scheda per lettura elettronica predisposta a cura dell'interessato istante, secondo il modulo precostituito dalla stessa amministrazione. L'adozione di siffatto metodo di verifica della legittimità delle istanze degli interessati non dispensa l'amministrazione dal dovere di leale cooperazione nei confronti dei soggetti amministrati, ancorché onerati di adempimenti modulari, ai fini dell'accertamento delle condizioni di ammissibilità e dei requisiti di legittimazione per l'emanazione del provvedimento favorevole (Cons. Stato, sez. VI, n. 1360/99)» (così Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1355). Più

Inoltre, destano perplessità le previsioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 3-*ter* del Regolamento.

In base a queste ultime, infatti:

a) più denunce, relative a distinte fattispecie di illecito e presentate da diversi denuncianti, possono essere aggregate dall'Autorità in modo da procedere alla valutazione d'insieme delle fattispecie denunciate;
b) a seguito dell'aggregazione, applicandosi l'ordine di priorità nella trattazione delle denunce prescritto dal comma 3 dell'art. 3-*ter*, l'Autorità deve scegliere quali denunce anteporre alle altre impiegando, tra i criteri di selezione, la «diffusione del fenomeno emergente dalle singole denunce» o la «possibilità di celere conclusione della fase preistruttoria»;
c) ne discende che l'Autorità potrebbe postergare l'esame di denunce che essa ritenga, a suo insindacabile giudizio, relative a casi troppo particolari, non espressivi di fenomeni diffusi, o troppo complessi;
d) a fronte della ricezione di una considerevole mole di denunce, questa postergazione compiuta dall'Autorità potrebbe tradursi nell'accantonamento, *de facto*, delle denunce più spinose o problematiche; sotto l'ombrello giustificativo della priorità da attribuire ai casi più generalizzabili o meno complicati, alle denunce "devianti" non corrisponderebbe l'avvio di alcun procedimento pre-istruttorio; esse rischierebbero di restare nell'ombra senza ricevere risposta.

Si tratta di un rischio ammesso, implicitamente, dalla stessa Agcom nella delibera n. 709/09/CONS. Ivi si legge che «la modalità "aggregativa" di trattazione delle denunce consentirebbe alla direzione competente di non avviare un'attività preistruttoria complessa per singola denuncia … laddove la singola denuncia non rivesta di per sé alcun particolare "valore" né sia sintomatica di una condotta illecita diffusa».

---

in generale, potrebbe richiamarsi l'affermazione giurisprudenziale secondo cui «in caso di incompletezza delle dichiarazioni, la commissione deve provvedere al loro completamento in corso di istruttoria e richiedere all'interessato la verifica dell'indicazione fornita al riguardo, secondo quanto previsto nell'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, volto a tutelare la buona fede e l'affidamento del cittadino attraverso la collaborazione dell'Amministrazione al compiuto svolgimento dell'istruttoria nel corso del procedimento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5451; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3097; Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 1; Tar Lazio, sez. III-*quater*, 4 dicembre 2009 n. 12533; Tar Lazio, sez. II, 13 ottobre 2008, n. 8871; Tar Campania-Napoli, sez. V, 6 giugno 2008, n. 5392; Tar Lombardia-Brescia, sez. I, 7 dicembre 2007, n. 1314). La norma che prevede il potere-dovere dell'Amministrazione di integrare la documentazione costituisce una diretta ed immediata esplicazione, sul piano procedimentale del principio dell'affidamento che il privato deve fare su un comportamento leale, collaborativo ed imparziale del responsabile dell'istruttoria teso a privilegiare l'accertamento della sostanzialità del rapporto sulla formalità della sua rappresentazione» (Tar Lazio, sez. I-*ter*, 4 aprile 2013, n. 3384).

Accedendo a questa interpretazione, tuttavia, verrebbe sostanzialmente violato il principio secondo cui le denunce presentate all'Agcom dai consumatori e dagli utenti, in quanto denunce qualificate (v. *supra*), generano in capo all'autorità indipendente un obbligo di rispondere alla denuncia con decisione espressa, positiva (di apertura del procedimento sanzionatorio) o negativa (archiviazione all'esito della pre-istruttoria) [De Lucia; Monteduro, 2010].

La scelta dell'Agcom di non avviare il procedimento pre-istruttorio e, dunque, di lasciare senza risposta una denuncia pur ricevibile, ammissibile, procedibile e non manifestamente infondata, solo perché, secondo l'Autorità, si tratterebbe di denuncia che «non riveste di per sé alcun particolare valore in sé» o non è «sintomatica di una condotta illecita diffusa», non può restare priva di formalizzazione: tale scelta non può ridursi a una sorta di *interna corporis* dell'Autorità, inaccessibile al cittadino, quest'ultimo costretto ad attendere invano senza avere notizia della sorte della sua denuncia.

La scelta di non esaminare la denuncia e di non avviare alcun procedimento sanzionatorio, in simili casi, produce un effetto giuridico che è equivalente, per il cittadino, a quello prodotto dall'archiviazione della denuncia: per questo, appare necessario che l'Autorità esterni (sia pur con motivazione essenziale e sintetica) le valutazioni che hanno giustificato l'accantonamento della denuncia, per consentire al denunciante di averne conoscenza e di poterne sindacare la legittimità e la correttezza, qualora ve ne siano i presupposti, anche attraverso la sottoposizione al controllo giurisdizionale.

Ogni diversa impostazione non sembra in linea con il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa [Saitta, 2012], in quanto farebbe residuare sacche di *arbitrium* privo di controllabilità, sottratto alla formalizzazione procedimentale e provvedimentale e confinato alla dimensione materiale del *factum*.

D) Un'ultima questione riguarda la disponibilità o indisponibilità delle denunce, una volta presentate: più precisamente, il problema è quello degli effetti sul procedimento pre-istruttorio di un'eventuale rinuncia alla denuncia da parte del denunciante.

La questione è stata affrontata da un'interessante delibera dell'Autorità (n. 125/08/CONS, reperibile all'indirizzo URL http://www2.agcom.it/provv/CONS_sanzioni/d_125_08_CONS.pdf) nella quale si è affermato che, anche a seguito del ritiro della denuncia, il procedimento pre-istruttorio ormai avviato deve comunque proseguire: «l'Autorità è organismo deputato istituzionalmente a svolgere una funzione tutoria di interessi sociali generali, attività che comprende anche l'accertamento e la qualificazione di fatti, atti e comportamenti in termini di liceità o illiceità. In tale ottica, i procedimenti sanzionatori sono connotati da

uno spiccato profilo pubblicistico, essendo diretti a garantire l'osservanza di normative poste a tutela di interessi collettivi, che solo incidentalmente coincidono con gli interessi particolari degli utenti segnalanti. Ne consegue che detti procedimenti sono sottratti, per propria natura, alla disponibilità della parte segnalante e, pertanto, non sono configurabili né ammissibili rispetto ad essi "atti di rinuncia" in senso tecnico. In particolare, nell'ambito del procedimento sanzionatorio disciplinato dalla delibera 136/06/CONS, la segnalazione non può qualificarsi né come istanza di parte né come condizione di procedibilità, il cui venir meno determinerebbe l'estinzione del relativo procedimento. La segnalazione del privato si atteggia, invece, come mera denuncia, ovvero come una delle modalità attraverso cui l'Autorità perviene a conoscenza di fatti giuridicamente rilevanti sul piano sanzionatorio, senza tuttavia esaurire i poteri di valutazione e qualificazione della fattispecie attribuiti all'unità organizzativa competente. Quest'ultima, una volta acquisita la segnalazione, ne verifica la completezza e la fondatezza e compie gli opportuni accertamenti istruttori, se necessari, onde addivenire, all'esito di una corretta qualificazione della fattispecie, all'archiviazione in via amministrativa della segnalazione ovvero all'avvio del procedimento sanzionatorio. In altri termini, il procedimento sanzionatorio *de quo* è pur sempre un procedimento ufficioso, anche quando è avviato a seguito della segnalazione di un soggetto privato».

4. (segue) *Identificazione, natura ed efficacia giuridica degli atti che concludono il procedimento pre-istruttorio.*

È necessario affrontare la non semplice questione dell'identificazione, della natura e dell'efficacia giuridica degli atti che concludono il procedimento pre-istruttorio.

Si tratta di una questione che non è chiarita, in maniera nitida, dal testo del Regolamento di cui alla delibera Agcom n. 136/06/CONS.

A) L'art. 4, comma 6, del Regolamento stabilisce che «il responsabile, esaminati gli atti trasmessi ed effettuate, ove del caso, ulteriori verifiche e qualificate le fattispecie nei loro pertinenti termini giuridici», alternativamente:

- «formula una proposta di archiviazione delle fattispecie segnalate per manifesta insussistenza della violazione»;
- «propone l'avvio del procedimento sanzionatorio predisponendo lo schema di atto di contestazione».

Il ruolo del responsabile del procedimento, anche nella fase pre-istruttoria, non include dunque la competenza a definire il procedimento con decisione ammi-

nistrativa, ma solo la competenza a curare lo svolgimento del procedimento nelle fasi pre-decisionali e a formulare una «proposta» di decisione positiva (atto di contestazione) o negativa (archiviazione)[5].

A quale organo il responsabile del procedimento pre-istruttorio indirizza la sua «proposta»?

Sebbene l'attuale testo della delibera n. 136/06/CONS non lo specifichi espressamente, non sembra esservi alcun dubbio circa il fatto che la proposta del responsabile del procedimento veda come destinatario unico e necessario il Direttore dell'unità organizzativa competente.

Il Direttore è infatti definito, in base al combinato disposto dell'art. 1, comma 1, lett. d) e g) del Regolamento, come «il responsabile dell'unità organizzativa di primo livello», competente «all'adozione dei provvedimenti di cui al presente regolamento».

In questo senso era chiaro il testo originario della delibera n. 136/06/CONS, il cui art. 5, comma 2, aveva cura di precisare che «il responsabile del procedimento, esaminata la relazione e gli atti trasmessi ai sensi dell'art. 4, comma 3, ovvero le segnalazioni trasmesse ai sensi dell'art. 4, comma 5, effettuate le necessarie verifiche e gli accertamenti che il caso richiede e qualificata la fattispecie nei suoi pertinenti termini giuridici, formula al direttore competente la proposta di archiviazione per manifesta insussistenza della violazione oppure la proposta di avvio del procedimento sanzionatorio predisponendo lo schema di atto di contestazione».

A seguito delle numerose modifiche introdotte nel testo della delibera n. 136/06/CONS a partire dalla delibera n. 173/07/CONS, il precedente art. 5, comma 2 risulta essere stato trasfuso nell'attuale art. 4, comma 6, del Regolamento Agcom, ove non compare più l'inciso «formula al direttore competente la proposta», ma solo l'espressione «formula una proposta». L'omissione del riferimento testuale «al direttore competente» non è dovuta, tuttavia, ad una scelta

[5] Negli specifici casi in cui (ai sensi dei due accordi quadro sottoscritti nel 2003 e nel 2008 da Agcom con la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e con la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative, delle Regioni e delle Province e, più specificamente, ai sensi delle conseguenti convenzioni bilaterali stipulate tra ciascun Co.Re.Com e Agcom) l'Autorità abbia delegato ai Co.Re.Com le attività di vigilanza e monitoraggio in ordine a determinate categorie di violazioni, lo svolgimento della fase pre-istruttoria (inclusa l'adozione dell'eventuale atto di contestazione) sarà condotto dai competenti organi del Co.Re.Com. Come è noto, le funzioni che l'Autorità ha previsto di delegare ai Co.Re.Com. nei due accordi quadro del 2003 e del 2008 riguardano: la vigilanza sul settore radiotelevisivo locale per la tutela dei minori; la vigilanza sulle norme in materia di pubblicazione e diffusione di sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa in ambito locale; le procedure sul diritto di rettifica nel settore radiotelevisivo locale; il tentativo obbligatorio di conciliazione in caso di controversie tra utenti e operatori; la definizione delle controversie tra gli utenti e gli operatori; la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione; la vigilanza sugli obblighi di programmazione e sull'attività radiotelevisiva locale.

di discontinuità con il testo originario del Regolamento: essa si spiega semplicemente per la superfluità di tale riferimento, in quanto implicito nell'intero sistema del Regolamento.

Basti solo considerare che la competenza decisoria del Direttore ad adottare l'atto di archiviazione, che conclude il procedimento pre-istruttorio con esito negativo, è confermata dall'art. 3-*bis*, comma 4, del Regolamento, secondo cui «il direttore, su proposta dell'ufficio competente, con motivazione sintetica, dispone, anche utilizzando procedure semplificate, l'archiviazione immediata delle denunce irricevibili ai sensi del comma 1 dell'art. 3-*ter*, improcedibili, inammissibili, e di quelle manifestamente infondate».

Alla luce del principio del *contrarius actus*, non può che essere il Direttore l'organo competente a chiudere la pre-istruttoria con atto positivo (adottando l'atto di contestazione, in accoglimento della proposta di schema di atto di contestazione formulata dal responsabile del procedimento), per simmetria con la competenza ad esso riconosciuta rispetto alla chiusura della pre-istruttoria con atto negativo (l'archiviazione). Ciò è confermato dalla prassi costante dell'Autorità[6].

B) Il Regolamento prevede espressamente, all'art. 3-*bis*, comma 6, la «adozione dell'atto di contestazione» come momento autonomo, che si distingue:

- dalla predisposizione dello «schema di atto di contestazione» ad opera del responsabile del procedimento pre-istruttorio (art. 4, comma 6);
- dalla «notifica dell'atto di contestazione» (art. 5, comma 2).

Dunque, l'atto di contestazione passa da tre diversi momenti:

(i) proposta, attraverso la predisposizione di uno schema;
(ii) adozione;
(iii) notificazione.

La pre-istruttoria, quale procedimento presupposto al procedimento volto all'irrogazione della sanzione, si conclude positivamente nel momento *sub* (ii), ossia quando l'atto di contestazione viene adottato.

L'atto di contestazione, una volta adottato, chiude il procedimento pre-istruttorio: a conferma di ciò, basti considerare che l'adozione (e non la notificazione) dell'atto di contestazione rappresenta il *dies ad quem* fino al quale «le denunce, nonché gli atti e la documentazione relativa alle indagini svolte, sono sottratti ad ogni forma di accesso» (art. 3-*bis*, comma 6, del Regolamento Agcom).

Dopo l'adozione (ed a prescindere dalla notificazione) dell'atto di contestazione, il diritto di accesso agli atti del procedimento pre-istruttorio viene invece consentito dal Regolamento proprio sul presupposto che, ormai, il procedimento

[6] V., per alcuni esempi, la successiva nota 7.

pre-istruttorio sia definitivamente concluso e non più modificabile nel suo esito decisorio, positivo o negativo.

Il momento *sub* (iii), ossia la notificazione, è distinto – sia in astratto, sul piano logico, sia in concreto, sul piano cronologico – dal momento *sub* (ii), ossia l'adozione.

Nella prassi, come dimostra un'analisi a campione delle delibere sanzionatorie pubblicate sul sito istituzionale dell'Agcom, vi è normalmente uno iato temporale di alcuni giorni o, a volte, di settimane tra la data di adozione dell'atto di contestazione e la data della notificazione dell'atto di contestazione all'incolpato[7].

L'art. 5, comma 2, del Regolamento stabilisce che la «notifica dell'atto di contestazione» – e non, invece, l'adozione dell'atto di contestazione – rappresenta l'atto di «avvio del procedimento» sanzionatorio.

Ciò è confermato anche dall'art. 6, comma 1 del Regolamento, chiaro nel ribadire che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio «decorr[e] dalla data di *notifica* della contestazione di cui all'art. 5».

Dunque:

- l'*adozione* dell'atto di contestazione rappresenta l'ultimo anello del procedimento pre-istruttorio; in quanto momento terminale di un'autonoma sequenza procedimentale, l'atto di contestazione adottato si configura tecnicamente come *provvedimento* (nel senso di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990, che definisce il provvedimento come l'atto che conclude un procedimento amministrativo);

---

[7] Cfr., solo a titolo esemplificativo, le seguenti delibere Agcom.

Delibera n. 125/08/CONS (indirizzo URL http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=1860): «Visto l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 30/08//DIT del 24 ottobre 2008, notificato il successivo 22 gennaio 2009».

Delibera n. 22/09/CONS: «Visto l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 17/08//DIT del 6 agosto 2008, notificato in data 4 settembre 2008».

Delibera n. 325/11/CSP (http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=8904): «Visto l'atto della Direzione contenuti audiovisivi e multimediali di questa Autorità cont. n. 73/11/DICAM/PROC. 2324/ZD, datato 30 giugno 2011 e notificato in data 23 agosto 2011».

Delibera n. 492/12/CONS (http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=11912): «Visto l'atto della Direzione Servizi Media - Ufficio obblighi servizi media audiovisivi e radiofonici - di questa Autorità in data 22 giugno 2012, CONT. N. 63/12/DISM, notificato in data 6 luglio 2012, con il quale è stata contestata alla Società … la violazione»

Delibera n. 96/13/CSP (http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=12237): «Visto l'atto della Direzione servizi media di questa Autorità in data 5 febbraio 2013, n. Cont. 17/13/DISM/N° Proc. 2483/SM, notificato in data 17 febbraio 2013, con il quale è stata contestata alla società … la violazione».

Delibera n. 327/13/CONS (http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=11444): «Visto l'atto di contestazione del Direttore del Servizio Ispettivo, Registro e Co.re.com. n.7/13/ISP del 24 gennaio 2013, notificato in data 10 febbraio 2013».

- la *notificazione* dell'atto di contestazione rappresenta invece il primo anello del procedimento volto all'irrogazione della sanzione; essa corrisponde alla *comunicazione di avvio del procedimento* (nel senso di cui all'art. 7 della l. n. 241/1990).

C) Può quindi osservarsi, in sintesi, che:

- il procedimento pre-istruttorio può essere concluso, con esito negativo, dall'adozione di un atto di archiviazione e, con esito positivo, dall'adozione di un atto di contestazione;
- archiviazione e contestazione hanno natura di provvedimenti, nel senso tecnico di atti conclusivi del procedimento pre-istruttorio;
- sia il provvedimento positivo (contestazione) che il provvedimento negativo (archiviazione), pur non producendo effetti costitutivi o preclusivi, producono effetti dichiarativi;
- l'effetto dichiarativo si lega all'accertamento positivo (nel caso della contestazione) o negativo (nel caso dell'archiviazione) della ricevibilità, ammissibilità, procedibilità e non manifesta infondatezza della denuncia e, più in generale, della non manifesta insussistenza dell'illecito sul piano fattuale e giuridico;
- l'effetto dichiarativo si produce a prescindere dal consenso dei soggetti interessati (denunciante, incolpato) e, dunque, autoritativamente [per la tesi secondo cui la natura autenticamente provvedimentale e l'autoritatività del provvedimento, inteso quale atto conclusivo di un procedimento amministrativo, non sono in antitesi con la produzione, da parte del provvedimento, di effetti esclusivamente dichiarativi, anziché costitutivi o preclusivi, sia consentito il rinvio a Monteduro, 2012, 116 ss.].

La conferma del fatto che sia l'archiviazione che l'atto di contestazione consistono in atti di accertamento si trae dallo stesso Regolamento Agcom, il quale, all'art. 5, comma 2, stabilisce un'equazione tra conclusione delle «attività preistruttorie» *ex* art. 4, comma 6, del Regolamento e «completo accertamento del fatto» *ex* art. 14 della l. n. 689/1981.

D) La differenza fondamentale tra archiviazione e contestazione si individua sul piano processuale, rispetto al problema dell'immediata impugnabilità.

Se ad entrambe può essere riconosciuta, sul piano sostanziale, natura provvedimentale, sul piano processuale:

- l'atto di archiviazione è immediatamente lesivo per il denunciante, in quanto rigetta la denuncia precludendo la sanzionabilità della condotta; a fronte dell'archiviazione, l'interesse a ricorrere del denunciante è concreto ed attuale;

- di contro, l'atto di contestazione non è immediatamente lesivo per l'incolpato, in quanto, una volta notificato, comporta l'avvio di un successivo ed autonomo procedimento sanzionatorio il cui esito potrebbe rivelarsi favorevole all'incolpato qualora si risolva in un'archiviazione; ne consegue che, a fronte dell'atto di contestazione, l'interesse a ricorrere non è attuale, sorgendo solo nel momento futuro e incerto in cui il procedimento sanzionatorio si concluderà con il provvedimento di irrogazione della sanzione, non prima di allora.

E) Nel silenzio del Regolamento Agcom, non sembrano ravvisarsi ostacoli all'applicazione, in via residuale, delle disposizioni della l. n. 241/1990.

In questa prospettiva, deve ritenersi applicabile l'art. 6, comma 1, lett. e) della l. n. 241, rispetto ai rapporti tra responsabile del procedimento pre-istruttorio e Direttore competente: «l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale».

Ne discende che, qualora il responsabile del procedimento abbia formulato in sede pre-istruttoria (ai sensi dell'art. 4, comma 6, del Regolamento) una proposta di archiviazione delle fattispecie segnalate per manifesta insussistenza della violazione, il Direttore competente potrà discostarsi da tale proposta e adottare un atto di contestazione dell'illecito ma in tal caso dovrà fornire, nel testo dell'atto di contestazione, una motivazione espressa che giustifichi il discostamento dalla proposta di archiviazione del responsabile del procedimento; analogo obbligo di motivazione graverà sul Direttore competente nell'ipotesi opposta, in cui il responsabile del procedimento pre-istruttorio abbia proposto l'avvio del procedimento sanzionatorio predisponendo lo schema di atto di contestazione (ai sensi dell'art. 4, comma 6, del Regolamento) e, ciò nonostante, il Direttore si determini nel senso di chiudere la pre-istruttoria con un provvedimento di archiviazione.

5. *Il procedimento sanzionatorio: avvio con notificazione dell'atto di contestazione; istruttoria in contraddittorio; decisione; notificazione, comunicazione e pubblicazione del provvedimento.*

A) Come si è già sottolineato, il procedimento sanzionatorio prende avvio, dopo la chiusura della pre-istruttoria, con la notificazione dell'atto di contestazione al trasgressore.

La notifica dell'atto di contestazione è disciplinata dall'art. 5 del Regolamento: essa corrisponde nella funzione e nei contenuti, simultaneamente, alla

notifica degli estremi della violazione di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981 e alla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della l. n. 241/1990.

A testimonianza della sua natura "composita", frutto di una sintesi tra gli istituti di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981 e all'art. 7 della l. n. 241/1990, la notifica dell'atto di contestazione deve riportare:

- una sommaria esposizione dei fatti;
- l'indicazione della violazione accertata;
- l'individuazione del responsabile del procedimento e dell'ufficio ove è possibile presentare memorie difensive o eventuali giustificazioni ed avere accesso agli atti;
- l'indicazione del termine entro cui gli interessati possono esercitare le predette facoltà difensive;
- la menzione della possibilità di effettuare il pagamento in misura ridotta ai sensi dell'art. 16 della l. n. 689/1981, ove applicabile;
- l'indicazione del termine massimo di conclusione del procedimento sanzionatorio, decorrente dalla notifica dell'atto di contestazione

A.1) In coerenza con quanto prescritto dall'art. 14 della l. n. 689/1981, l'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore entro novanta giorni «dal completo accertamento del fatto».

L'art. 5, comma 2, del Regolamento Agcom, tuttavia, a differenza della l. n. 689/1981, ha cura di individuare esattamente il *dies a quo* del termine di novanta giorni.

Il termine comincia a decorrere, infatti, dall'adempimento di cui all' «art. 4, comma 6» dello stesso Regolamento, vale a dire dal momento in cui il responsabile del procedimento «propone l'avvio del procedimento sanzionatorio predisponendo lo schema di atto di contestazione» (cfr. Tar Lazio, sez. III-*ter*, 13 maggio 2010, n. 11133).

In proposito, è stato rilevato che «i richiamati principi giurisprudenziali in tema di decorrenza del *dies a quo* per la contestazione delle violazioni amministrative trovano piena conferma nel Regolamento di settore emanato dall'Agcom in materia di procedimenti sanzionatori con la delibera n. 136/06/CONS […] l'art. 5, comma 2, del suddetto Regolamento […] in subiecta materia integra, in ragione della specialità della stessa, le disposizioni di carattere generale recate dall'art. 14, comma 2 della legge n. 689/1981» (Tar Lazio, sez. III-ter, 25 marzo 2010, n. 4734).

Il ruolo del responsabile del procedimento pre-istruttorio ne risulta sensibilmente valorizzato: un atto endoprocedimentale della pre-istruttoria, quale è la proposta-schema di contestazione, acquisisce infatti una sia pur limitata rilevanza esterna, in quanto assurge a *dies a quo* per la decorrenza di un termine di novanta

giorni che vincola un altro organo, ossia il Direttore competente, rispetto all'avvio del successivo procedimento sanzionatorio.

Al termine di novanta giorni di cui all'art. 5, comma 2, del Regolamento Agcom dovrebbe riconoscersi natura perentoria, in quanto lo stesso comma richiama testualmente l'art. 14 della l. n. 689/1981: secondo il Consiglio di Stato, «l'art 14 della legge n. 689 del 1981, legge generale in materia di sanzioni amministrative, prevede il termine di novanta giorni per la notifica dell'atto di contestazione degli addebiti … termine considerato *a pena di decadenza* del potere sanzionatorio» (Tar Lazio, sez. III, 16 gennaio 2012, n. 399).

Sebbene lo stesso Regolamento nulla specifichi in proposito, dunque, il superamento del termine di novanta giorni dovrebbe comportare la decadenza dal potere sanzionatorio, con conseguente illegittimità insanabile del provvedimento di irrogazione della sanzione qualora il procedimento sanzionatorio sia stato avviato tardivamente.

A.2) L'avvio del procedimento sanzionatorio è determinato dalla notifica dell'atto di contestazione: tuttavia, la notifica della contestazione può trovarsi a dover coesistere, in fattispecie particolari, con l'obbligo imposto dal legislatore di adottare, nei confronti dell'incolpato, speciali atti propulsivi variamente denominati «intimazione» o «diffida».

I commi da 3 a 6 dell'art. 5 del Regolamento Agcom si occupano appunto di "adattare" il regime generale del procedimento sanzionatorio per l'ipotesi in cui vengano in gioco tali fattispecie particolari:

(i) la «inosservanza da parte di un'impresa di una o più condizioni poste dall'autorizzazione generale», disciplinata dall'art. 32 del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lgs. n. 259/2003;

(ii) la violazione delle disposizioni menzionate nelle lettere da a) ad e) dell'art. 51 del Testo unico della radiotelevisione di cui al d.lgs. n. 177/2005 (ossia le disposizioni relative al rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri adottate dall'Autorità con proprio regolamento, ivi inclusi gli impegni relativi alla programmazione assunti con la domanda di concessione; il regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale, approvato con delibera dell'Autorità n. 435/01/CONS, relativamente ai fornitori di contenuti; le disposizioni sulla pubblicità, sponsorizzazioni e televendite; le disposizioni relative alla registrazione dei programmi di cui all'articolo 20, commi 4 e 5, della l. n. 223/1990 ed ai regolamenti dell'Autorità; la disposizione relativa al mancato adempimento all'obbligo di trasmissione dei messaggi di comunicazione pubblica di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 177/2005).

A.2.a) Rispetto alla fattispecie *sub* (i), l'art. 32 del Codice delle comunicazioni elettroniche disciplina lo svolgimento di un procedimento amministrativo che è ben distinto ed autonomo rispetto a quello sanzionatorio disciplinato dal Regolamento n. 136/06/CONS.

In base ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 32 del Codice delle comunicazioni elettroniche, a fronte dell'inosservanza da parte di un'impresa di una o più condizioni poste dall'autorizzazione generale:

- l'Agcom adotta una «intimazione» a porre fine all'infrazione ed a ripristinare la situazione precedente entro un mese (termine abbreviabile o differibile motivatamente), con invito a presentare eventuali memorie difensive;
- in caso di inosservanza dell'intimazione entro il termine, l'Agcom adotta «misure adeguate e proporzionate per assicurare l'osservanza delle condizioni» dell'autorizzazione generale, notificandole all'impresa e fissando un termine ragionevole entro il quale l'impresa deve rispettare le misure stesse;
- in caso di violazioni gravi o reiterate più di due volte nel quinquennio e sempre che le sopra citate «misure» conformative imposte dall'Agcom si siano rivelate inefficaci, il Ministero e l'Autorità, nell'ambito delle rispettive competenze, possono giungere all'adozione di provvedimenti di revoca o sospensione dei diritti d'uso, così impedendo all'impresa di continuare a fornire, in tutto o in parte, reti o servizi di comunicazione elettronica.

Come si è detto, tra il procedimento sanzionatorio disciplinato dal Regolamento n. 136/06/CONS e il complesso procedimento amministrativo di cui all'art. 32 del Codice vi è un rapporto di autonomia e distinzione che è sottolineato dallo stesso Regolamento Agcom, all'art. 5, comma 4 («ferma restando l'autonomia dei provvedimenti rispettivamente adottabili»).

Tuttavia, l'autonomia non significa né totale separazione né assenza di interferenze e collegamenti.

I binari dei due procedimenti, più precisamente, si incontrano in tre punti di connessione, quando l'Agcom si trovi a dover sanzionare violazioni contemplate dall'art. 32 del Codice delle comunicazioni elettroniche:

a) nella fase dell'avvio del procedimento sanzionatorio, in quanto l'Agcom è tenuta ad inserire nel testo dell'atto di contestazione notificato all'incolpato (di cui all'art. 5 del Regolamento n. 136/06/CONS) anche la intimazione a porre fine all'infrazione entro il termine massimo di un mese (di cui al comma 1 dell'art. 32 del Codice);
b) nella fase di svolgimento del procedimento sanzionatorio, rispetto alla durata di quest'ultimo, giacché l'art. 5, comma 3 del Regolamento Agcom stabilisce una proroga automatica di «quaranta giorni» in relazione a tutti i termini procedimentali stabiliti dall'art. 6 dello stesso Regolamento (dunque,

i 120 giorni per la conclusione dell'istruttoria divengono 160; i 150 giorni per l'adozione del provvedimento sanzionatorio divengono 190; i 60 giorni di durata massima della sospensione disposta per motivi istruttori si elevano a 100);

c) nella fase di decisione del procedimento sanzionatorio, in quanto «l'ottemperanza all'intimazione o la sua inosservanza sono comunque valutate a norma di legge, oltre che ai sensi dell'art. 32 del Codice, anche ai fini del trattamento sanzionatorio da irrogare alla conclusione del procedimento» (art. 5, comma 4, del Regolamento).

Si pone, però, un problema relativo al rispetto dei LEP stabiliti dagli artt. 2 e 29 della l. 241/1990 circa la durata massima dei procedimenti amministrativi.

La proroga automatica di 40 giorni stabilita dall'art. 5, comma 3, del Regolamento, infatti, innalza fino a 190 giorni il termine massimo di conclusione del procedimento sanzionatorio (fissato in 150 giorni dall'art. 6, comma 1, del Regolamento). Ciò disallinea il Regolamento Agcom dal LEP quantitativo di 180 giorni che è desumibile dal combinato disposto degli artt. 2, comma 4, e 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990 (v. *amplius infra*).

A.2.b) Rispetto alla fattispecie *sub* (ii), ossia alla violazione delle disposizioni menzionate nelle lettere da a) ad e) dell'art. 51 del Testo Unico della Radiotelevisione, si pone un problema di coordinamento non meno delicato.

L'art. 51 TUR, la cui entrata in vigore risale al 2005, ha infatti modellato per le violazioni in questione un procedimento sanzionatorio speciale.

Nel momento in cui l'Agcom ha adottato, nel 2006, il nuovo Regolamento sui procedimenti sanzionatori, ha dovuto individuare delle "giunzioni" procedimentali, in grado di saldare la sopravvenuta disciplina di fonte regolamentare con la precedente disciplina di fonte legislativa.

L'art. 51 TUR, al comma 2, con riferimento alle violazioni contemplate dal comma 1, stabilisce la seguente scansione del procedimento sanzionatorio:

- accertamenti pre-istruttori;
- notifica della contestazione degli addebiti agli interessati, con assegnazione di un termine non superiore a quindici giorni per le giustificazioni;
- trascorso tale termine o quando le giustificazioni risultino inadeguate, adozione di un atto di «diffida [a]gli interessati a cessare dal comportamento illegittimo entro un termine non superiore a quindici giorni a tale fine assegnato»;
- solo in caso di inottemperanza alla diffida, deliberazione di irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria.

Come è evidente, il procedimento sanzionatorio speciale prefigurato dall'art. 51 TUR e il procedimento sanzionatorio generale disegnato dal Regolamento

Agcom del 2006 si differenziano perché nel primo (e non nel secondo) vi è un diaframma rappresentato dall'atto di «diffida», il quale si interpone tra l'atto di avvio (notificazione della contestazione) e l'atto di conclusione (delibera di irrogazione della sanzione) del procedimento sanzionatorio.

Il Regolamento Agcom, all'art. 5, comma 6, ha risolto il problema di coordinamento in maniera apparentemente semplice, stabilendo che tutti i termini procedimentali dettati dall'art. 6 del Regolamento, con particolare riferimento al termine massimo di 150 giorni per la conclusione del procedimento, «si applicano ai soli fini dell'adozione dell'atto di diffida».

In questo modo, le regole di dettaglio stabilite dal Regolamento Agcom divengono compatibili con la scansione del procedimento sanzionatorio speciale di cui all'art. 51 TUR: basta sostituire idealmente, come *dies ad quem* di riferimento dei termini procedimentali, all'adozione del «provvedimento sanzionatorio» di cui all'art. 10 del Regolamento Agcom l'adozione della «diffida» di cui all'art. 51 TUR.

Resta un problema: se il termine di conclusione del procedimento di cui all'art. 6 del Regolamento Agcom viene disancorato dal provvedimento sanzionatorio e riferito alla diffida, quale è il termine entro cui il provvedimento sanzionatorio dovrà essere adottato?

All'interrogativo tenta di dare una risposta l'art. 5, comma 6, del Regolamento Agcom, il quale recita: «successivamente, ove il comportamento illegittimo persista oltre il termine, non superiore a quindici giorni, assegnato [dalla diffida], il responsabile del procedimento propone al direttore, *senza ritardo*, lo schema di provvedimento sanzionatorio per gli adempimenti di cui all'art. 10 e seguenti».

In sintesi, per le violazioni contemplate dall'art. 51 TUR, il procedimento sanzionatorio subisce una complicazione rispetto alla fase decisoria, la quale viene per così dire "scissa" in due sub-fasi:

a) una prima sub-fase relativa all'assunzione di una decisione "intermedia", di natura ablatoria personale, ossia l'adozione della diffida intesa come ingiunzione a tenere un comportamento che ripristini la legalità violata;
b) una seconda sub-fase relativa all'assunzione della decisione "finale", di natura sanzionatoria, ossia il provvedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria che verrà adottato nel caso in cui la diffida sia rimasta inadempiuta o, viceversa, il provvedimento di archiviazione (che, deve ritenersi *a contrario* – anche se l'art. 5 del Regolamento Agcom e l'art. 51 TUR tacciono sul punto –, verrà adottato nel caso in cui il soggetto diffidato abbia ottemperato completamente e tempestivamente alla diffida).

Se per la prima sub-fase i termini massimi sono quelli di cui all'art. 6 del Regolamento Agcom, evidentemente ciò significa che la seconda sub-fase comporterà uno sforamento di tali termini, allungando ulteriormente il procedimento.

Il Regolamento Agcom si rivela carente di una previsione che garantisca, in questi casi, il rispetto di un termine massimo di conclusione del procedimento sanzionatorio con riferimento all'adozione del provvedimento finale.

Il Regolamento, infatti, si limita ad obbligare il responsabile del procedimento a proporre «senza ritardo» lo schema di provvedimento sanzionatorio al Direttore «per gli adempimenti di cui all'art. 10 e seguenti», ma non chiarisce in alcun modo entro quale termine massimo debba poi sopravvenire, a seguito della trasmissione dello schema di provvedimento, l'adozione del «provvedimento sanzionatorio» da parte dell' «organo collegiale competente».

In ciò si configura una violazione del LEP rappresentato, *ex* artt. 2 e 29 della l. 241/1990, dall'obbligo di prefissare un termine massimo di conclusione del procedimento che sia riferito al provvedimento finale, non già ad atti intermedi.

Nel silenzio del Regolamento Agcom, si impone quanto meno (a giudizio di chi scrive) l'applicazione, in via analogica, del termine residuale di 30 giorni stabilito dall'art. 2, comma 2, della l. n. 241: pur trattandosi di un termine riferito all'intero procedimento, e non a sue singole fasi o sub-fasi, è evidente che *a fortiori* una specifica porzione del procedimento non può, in caso di lacuna della disciplina speciale che la riguardi, eccedere lo *spatium* temporale previsto in via residuale per l'intero.

Ne deriva in via ermeneutica che, decorso inutilmente il termine assegnato dalla diffida, il provvedimento sanzionatorio finale dovrebbe essere adottato non oltre trenta giorni da tale data.

Infine, circa la questione di natura processuale relativa all'immediata impugnabilità della diffida, può citarsi Tar Lazio, sez. III-*ter*, 2 aprile 2013, n. 3315, in cui si trova espresso il seguente principio: «ritiene il Collegio che, fermo restando l'onere di impugnazione immediata della diffida quale atto endoprocedimentale di carattere direttamente ed autonomamente lesivo, rimane altresì fermo l'onere dell'emittente interessata di estendere il gravame anche al provvedimento conclusivo del procedimento sanzionatorio, avviato con la formale contestazione di addebiti, ossia l'ordinanza-ingiunzione di pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria, dotata, per quanto sopra detto, di autonoma valenza lesiva».

In relazione ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Agcom, tuttavia, un diverso orientamento giurisprudenziale ha sostenuto che la «diffida», anziché configurarsi come atto endoprocedimentale seppur immediatamente impugnabile, assurgerebbe ad «atto conclusivo del procedimento sanzionatorio»: in questo senso, v. Tar Lazio, sez. III-*ter*, 17 gennaio 2007, n. 308, secondo cui «la previsione del quarto comma del citato art. 4-*bis* della delibera n. 425/01/CONS, alla stregua del quale "nel procedimento previsto dall'art. 31, comma 1, della legge 6 agosto 1990, n. 223, il termine di cui al comma 1 si applica ai fini dell'adozione del provvedimento di diffida" (…) vale soltanto a significare che la diffida

è atto conclusivo del procedimento sanzionatorio, e dunque a sottolinearne la rilevanza esterna; la previsione in esame non consente però, ad avviso del Collegio, di ritenere che l'ulteriore fase procedimentale (innescata dall'inottemperanza alla diffida) sia anche nella durata rimessa all'arbitrio dell'Autorità. Depone in senso antitetico il principio generale della certezza del tempo dell'agire dell'amministrazione, e la sottesa esigenza di garanzia del destinatario del provvedimento».

B) La fase istruttoria del procedimento sanzionatorio, a seguito del suo avvio, è disciplinata:

- dall'art. 6, commi 2 e 3, e dall'art. 7, comma 3, in ordine al profilo della durata e al problema della sospensione del termine di conclusione del procedimento;
- dall'art. 7, commi 1 e 2, e dagli artt. 8 e 9 con riferimento alla tipologia di atti istruttori e alle garanzie partecipative;
- dall'art. 10, comma 1, in ordine alla conclusione dell'istruttoria;
- dall'art. 10, comma 3, rispetto all'evenienza eccezionale della necessità di riapertura *ex post* dell'istruttoria, pur dopo la sua conclusione, su richiesta espressa dell'organo collegiale investito della fase decisoria.

B.1) L'art. 6, comma 2, del Regolamento Agcom stabilisce che l'istruttoria debba concludersi «entro il termine di centoventi giorni».

Il *dies a quo* di decorrenza di tale termine, pur non espressamente individuato dal comma 2, ragionevolmente deve intendersi coincidente con la «data di notifica della contestazione di cui all'art. 5» cui si riferisce il precedente comma 1 dello stesso art. 6 del Regolamento.

Il *dies ad quem* è invece precisato dal comma 2 e coincide con il momento in cui «il responsabile del procedimento (…) trasmette gli atti di cui al successivo art. 10, comma 1, all'organo collegiale competente per l'irrogazione della sanzione» (v. *infra*, par. B.5).

Il termine di 120 giorni stabilito per la conclusione dell'istruttoria, non essendo espressamente qualificato come perentorio, deve considerarsi di carattere ordinatorio: sul punto, può richiamarsi per analogia l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «i termini endoprocedimentali (…) facendo trapelare una funzione organizzativa ed acceleratoria dell'attività istruttoria, presentano un carattere meramente ordinatorio, servente al buon andamento e all'efficacia dell'azione amministrativa. In altre e più sintetiche parole, nell'ambito del termine massimo finale per la conclusione del procedimento sanzionatorio (…) gli ulteriori termini regolamentari, di natura endoprocedimentale e di carattere organizzatorio, risultano irrilevanti ai fini di garanzia dell'incolpato, già congruamente assolti dal primo» (così Tar Lazio, sez. II, 20 marzo 2013, n. 2841, in caso rela-

tivo a un procedimento sanzionatorio condotto dall'Isvap, ma con enunciazione di un principio generale; nello stesso anche Tar Lazio, sez. I, 30 aprile 2012, n. 3896 ed ivi l'ulteriore giurisprudenza richiamata).

B.2) Un aspetto sul quale il Regolamento Agcom si rivela in contrasto con i LEP di cui l. 241/1990 è rappresentato dal problema della sospensione dei termini di conclusione del procedimento per ragioni istruttorie.

Occorre partire dalla considerazione per cui tutte le disposizioni della l. n. 241/1990 che si riferiscono «alla durata massima dei procedimenti» sono qualificate espressamente come LEP dall'art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990.

Tra queste, vi sono anche le previsioni dettate dalla l. n.241 relativamente alla durata massima della sospensione, per ragioni istruttorie, del termine di conclusione del procedimento: è infatti evidente che la predeterminazione della durata massima della sospensione procedimentale influenza l'effettiva durata massima dei procedimenti.

Il comma 7 dell'art. 2 della l. n. 241/90 stabilisce che, fatti salvi i casi di cui all'art. 17 (ossia i casi nei quali «per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi»), il termine di conclusione del procedimento amministrativo può essere sospeso dalla p.a. a cagione di esigenze istruttorie «per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni».

Il legislatore ha quindi voluto proibire alle amministrazioni di prolungare la sospensione del procedimento, pur motivata da ragioni istruttorie, oltre il limite di trenta giorni, senza possibilità di deroga: ciò a garanzia della certezza *ex ante*, da parte degli amministrati, della durata massima dei procedimenti amministrativi.

I LEP della l. n. 241 si impongono anche alle autorità indipendenti, le quali non possono violarli nei propri procedimenti amministrativi (inclusi quelli sanzionatori).

Il Regolamento Agcom appare invece in distonia con il LEP risultante dal combinato disposto dell'art. 2, comma 7, e 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990.

Da un lato, infatti, gli artt. 6 comma 3, e 7, comma 3, del Regolamento Agcom prevedono che l'Autorità possa, per ragioni istruttorie, disporre una sospensione dei termini procedimentali «che in ogni caso non può essere superiore a *sessanta* giorni»: il termine massimo di 30 giorni di cui all'art. 2, comma 7, della l. n. 241/1990 viene così raddoppiato.

Dall'altro lato, il Regolamento Agcom prevede un'ulteriore possibilità di dilazione del termine di conclusione del procedimento nel caso in cui l'organo collegiale, dopo aver avviato la fase decisoria, decida di riaprire l'istruttoria.

Ai sensi dell'art. 10, comma 3, del Regolamento, infatti, «qualora ritenga necessari ulteriori approfondimenti istruttori, l'organo collegiale trasmette gli atti all'unità organizzativa specificando la natura ed il tipo di approfondimenti da svolgere. In casi particolari, la richiesta di approfondimenti può essere reiterata, comunque non più di una volta. La richiesta di approfondimenti determina la *proroga di ulteriori sessanta giorni* del termine di cui al comma 1 dell'art. 6».

Seppur sotto il *nomen* di proroga, ci si trova comunque di fronte a un'ulteriore ipotesi di allungamento del termine massimo di conclusione del procedimento, di durata doppia rispetto al termine di 30 giorni di cui all'art. 2, comma 7, della l. n. 241/1990 e, oltretutto, reiterabile per una volta, con l'effetto di far decorrere, a seguito della reiterazione, un'ulteriore "proroga" di 60 giorni[8].

Combinando la sospensione (max 60 giorni) di cui agli artt. 6, comma 3, e 7, comma 3, con la proroga (max 60 giorni + ulteriori 60 in caso di reiterazione) di cui all'art. 10, comma 3, del Regolamento, si giunge ad un massimo di dilazione del termine di conclusione del procedimento pari a 180 giorni.

Si consideri che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è fissato dall'art. 6, comma 1, del Regolamento in 150 giorni: il combinato disposto delle sospensioni/proroghe per ragioni istruttorie può, dunque, far lievitare la durata effettiva del procedimento fino a 330 giorni, esorbitando da ogni limite di durata stabilito dall'art. 2 della l. n. 241/1990.

B.3) La tipologia degli atti istruttori è descritta analiticamente dal Regolamento all'art. 7, commi 1 e 2.

L'istruttoria è finalizzata ad «acquisire informazioni o ulteriori elementi di valutazione» ove ciò sia «necessario». La fase istruttoria è condotta dal responsabile del procedimento, il quale:

- può proporre al Direttore di affidare al competente Servizio lo svolgimento di *ispezioni*, disciplinate dalla delibera n. 63/06/CONS (intitolata «Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità», cui è allegata una «Carta dei diritti» recante l'indicazione dei diritti e delle garanzie di cui si può avvalere il soggetto che è sottoposto ad ispezione);

[8] Si noti che la fattispecie attualmente disciplinata dall'art. 10, comma 3, del Regolamento n. 136/06/CONS corrisponde esattamente a quella che aveva formato oggetto, rispetto al previgente Regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'Agcom n. 425/01/CONS, di una delibera di «interpretazione autentica» adottata dalla stessa Autorità. Si tratta della Delibera n. 409/05/CONS, intitolata «Interpretazione autentica dell'articolo 8, comma 3, del Regolamento in materia di procedure sanzionatorie, approvato con Delibera Agcom 7 novembre 2001, n. 425/01/CONS», la quale aveva disposto che «il comma 3 dell'art. 8 della Del.Aut.gar.com. n. 425/01/CONS e successive modificazioni si interpreta nel senso che la richiesta di approfondimenti istruttori da esso contemplata può in casi particolari essere reiterata, comunque non più di una volta, con l'effetto di determinare un'ulteriore proroga del termine».

- può disporre *perizie;*
- può chiedere ai soggetti che ne siano in possesso *informazioni e documenti utili* all'istruttoria; in tal caso la richiesta deve indicare i fatti e le circostanze in ordine ai quali si chiedono i chiarimenti, lo scopo della richiesta, il termine entro il quale deve pervenire la risposta o essere trasmesso il documento, le modalità attraverso cui fornire le informazioni, le sanzioni eventualmente applicabili in caso di inottemperanza alla richiesta.

B.4) Sul piano delle garanzie partecipative, l'art. 8 del Regolamento garantisce innanzitutto il diritto di accesso, rinviando alle forme e alle modalità previste dall'apposito Regolamento concernente l'accesso ai documenti (Delibera n. 217/01/CONS).

Su questo punto, tuttavia, emerge un profilo di distonia rispetto ai LEP di cui alla l. 241/1990 concernenti «gli obblighi per la pubblica amministrazione (…) di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa» (art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990).

L'art. 8 del Regolamento n. 136/06/CONS, infatti, limita l'esercizio del diritto di accesso in favore dei soli «soggetti ai quali è stato notificato l'atto di contestazione».

In questo modo, sembrerebbero esclusi tanto il denunciante quanto eventuali controinteressati, dato che l'art. 5, comma 2, del Regolamento prevede che l'atto di contestazione sia notificato «al trasgressore», senza menzionare altri soggetti [Marini Balestra, 937].

Talora anche la giurisprudenza sembra aver sposato un simile approccio, molto restrittivo. Ad es., Tar Lazio, sez. III-*ter*, 21 aprile 2008 n. 3327, in vicenda relativa all'Agcom, ha respinto la «tesi della ricorrente secondo cui nei procedimenti sanzionatori sarebbe pur sempre applicabile, a tutela degli interessi dei soggetti terzi, la disciplina generale dettata dalla l. n. 241 del 1990», adducendo «in senso contrario, con richiamo al principio di specialità della disciplina dettata dal legislatore per un determinato settore o per una particolare materia, Cass. civ., I sez., 15 dicembre 2005 n. 27681» e dichiarando inaccoglibile l'istanza di accesso presentata da una società non coinvolta direttamente dal procedimento sanzionatorio, sulla base della considerazione per cui «la documentazione, acquisita dall'Autorità al fine di valutare l'*an* e il *quantum* della sanzione comminabile, attiene ad un aspetto della vicenda che interessa solo l'inquisitore e l'inquisito e sul quale la ricorrente non ha alcun titolo per intervenire».

Tuttavia, ove si consideri che almeno il denunciante deve essere considerato titolare di una posizione qualificabile non come mero interesse di fatto, bensì come interesse legittimo (v. *supra*), l'art. 8 del Regolamento, *in parte qua*, appare in contrasto:

- con l'art. 22, comma 1, lett. b), della l. n. 241/1990, che garantisce il diritto di accesso a «tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»;
- con l'art. 24, comma 7, della stessa l. n. 241, secondo cui «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»[9].

Ne discende, a giudizio di chi scrive, la disapplicabilità d'ufficio (in sede giurisdizionale) dell'art. 8 del Regolamento Agcom *in parte qua* (per violazione di disposizioni normative di rango legislativo, sovraordinate nella gerarchia delle fonti rispetto alla citata disposizione di rango regolamentare), con conseguente estensione del diritto di accesso anche al denunciante.

Lo stesso dicasi per l'art. 9, comma 1, del Regolamento, laddove si riconosce il diritto a «presentare memorie, perizie ed altri scritti difensivi» solo in capo ai «soggetti nei cui confronti si procede, entro il termine indicato nella contestazione», vale a dire in favore dell'incolpato.

Trattandosi di un diritto partecipativo che l'art. 10 della l. n. 241/1990 riconosce in maniera ampia a qualsiasi interventore nel procedimento, non vi sono ragioni per non estenderlo anche al denunciante, il quale subirebbe un pregiudizio alla propria posizione qualora il procedimento si concludesse con l'archiviazione: va ricordato che, *ex* art. 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990 attengono ai LEP anche le disposizioni della l. n. 241 (l'art. 10 *in primis*) che definiscono «gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento».

Diverso può essere il discorso per il diritto di «audizione» orale, previsto dall'art. 9 del Regolamento.

---

[9] Ciò nonostante, rispetto alla tutela del diritto di accesso nei procedimenti sanzionatori dell'Agcom, nella giurisprudenza continuano ad affiorare tendenze restrittive, anche con riferimento all'ambito oggettivo dell'accessibilità. Si cfr. ad es. Cons. Stato, sez. III, 22 aprile 2013, n. 2241: «non possono poi ritenersi comunque illegittime le censurate disposizioni regolanti l'accesso agli atti del procedimento sanzionatorio tenuto conto che la prevista non accessibilità delle "opinioni singolarmente espresse da partecipanti alle riunioni", con il conseguente diniego di accesso alle parti riservate dei verbali del Consiglio, risulta giustificata dalla necessità di salvaguardare i diversi componenti dell'organo da ogni possibile condizionamento nella loro attività e, come affermato dal giudice di primo grado, risulta quindi finalizzata a garantire il miglior funzionamento dell'organo collegiale». In questo caso, l'esigenza di preservare l'indipendenza dell'Autorità vene assunta a giustificazione di una limitazione del diritto di accesso, il che appare discutibile giacché, a ben vedere, proprio la non riconducibilità delle autorità indipendenti al normale circuito della legittimazione democratica di tipo rappresentativo dovrebbe comportare un rafforzamento delle garanzie di trasparenza in favore dei cittadini oltre la normale soglia, non un abbassamento di quest'ultima.

Qui non si è in presenza di un LEP stabilito dalla l. n. 241, dato che la legge generale sul procedimento, come è noto, non garantisce il contraddittorio orale.

Su questo punto, dunque, il Regolamento Agcom ha innalzato il livello di garanzia del contraddittorio, collocandosi al di fuori (perché al di sopra) dei LEP della l. n. 241/1990. In tale prospettiva, non appare suscettibile di disapplicazione la disposizione del Regolamento (art. 9, comma 1) laddove essa riserva ai «soggetti nei cui confronti si procede, entro il termine indicato nella contestazione», ossia esclusivamente all'incolpato, il diritto di «chiedere di essere sentiti dal responsabile del procedimento sui fatti oggetto della contestazione» per mezzo di una «audizione» orale.

L'audizione, in base a quanto disposto al comma 2 dell'art. 9 del Regolamento, deve essere comunicata con preavviso di almeno sette giorni e si svolge innanzi al responsabile del procedimento, che ne redige il verbale. Coloro che ne fanno richiesta possono comparire tramite un legale rappresentante ovvero un procuratore speciale, purché siano informati sui fatti.

Va sottolineato che il Regolamento Agcom prevede l'audizione solo nella fase istruttoria, dinanzi al responsabile del procedimento, e non invece nella fase decisoria, dinanzi all'organo collegiale.

La giurisprudenza ha condiviso tale scelta, osservando che «il Regolamento prevede quindi che la parte possa essere ascoltata dal responsabile del procedimento, nel corso dell'istruttoria, ma non prevede anche che la parte interessata debba essere ascoltata dal Consiglio che procede alla (eventuale) irrogazione della sanzione sulla base degli atti e della relazione finale predisposta dal responsabile del procedimento (…) il Regolamento Agcom sulle procedure sanzionatorie non prevede alcun rapporto diretto fra le parti private e i commissari, mentre alle audizioni procede il responsabile del procedimento il quale ne riferisce poi al Consiglio. E tale disciplina ha la sua specialità rispetto alle diverse discipline dettate in altri settori dell'ordinamento (…) la disciplina generale sulla partecipazione nel procedimento amministrativo, contenuta nella legge n. 241 del 1990, non prevede l'imprescindibile diritto alla discussione orale davanti all'autorità che adotta la decisione conclusiva del procedimento (…). Il diritto di difesa nel procedimento sanzionatorio davanti all'Agcom assume poi caratteri diversi rispetto a quelli propri del diritto processuale (…). Né può condividersi l'affermazione secondo cui, mancando una discussione orale davanti all'organo decidente, gli interessati non avrebbero la possibilità di conoscere le valutazioni conclusive dell'Autorità e formulare così le loro repliche. Quel che conta, ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, è che, nel rispetto delle regole dettate dal Regolamento, la parte sia stata posta in condizione di poter predisporre le sue difese in relazione ai fatti oggetto della contestazione e, nella fattispecie, risulta concretamente assicurata alle parti,

attraverso l'accesso agli atti, la produzione di atti e la prevista audizione, ogni possibile modalità di difesa dalla contestazione che era stata formulata (…) la separazione fra l'organo istruttore e il Consiglio decidente costituisce non solo espressione del rilievo che viene dato all'attività sanzionatoria ma anche una garanzia di imparzialità che è realizzata attraverso la separazione fra l'organo istruttore e l'organo decidente. La parte può quindi eventualmente lamentarsi se l'organo istruttore non ha rappresentato correttamente lo svolgersi della procedura o è incorso nella omissione di elementi decisivi per la decisione (o nella indicazione di elementi viceversa inesistenti) ma non può lamentarsi di una mancata audizione davanti all'organo decidente quando tale audizione non potrebbe aggiungere nuovi elementi rispetto a quelli che potevano essere fatti valere nel corso della procedura davanti ai competenti organi (compreso la facoltà di essere ascoltati dal responsabile del procedimento)» (Cons. Stato, sez. III, 22 aprile 2013, n. 2241; Id., 28 maggio 2012, n. 3136; Tar Lazio, sez. II, 25 giugno 2012, n. 5785).

B.5) La fase istruttoria del procedimento sanzionatorio si conclude nel momento in cui «il direttore trasmette all'organo collegiale competente per l'irrogazione della sanzione la proposta di schema di provvedimento unitamente alla dettagliata relazione relativa all'istruttoria redatta dal responsabile del procedimento» (art. 10, comma 1, del Regolamento).

Va sottolineata la distinzione dei ruoli:

- al responsabile del procedimento è riservata la redazione di una «dettagliata relazione relativa all'istruttoria»;
- al Direttore competente spetta la redazione della «proposta di schema di provvedimento» e la trasmissione di quest'ultima, unitamente alla relazione istruttoria del responsabile del procedimento, all'organo collegiale;
- all'organo collegiale spetta l'adozione del provvedimento finale, consista esso nell'irrogazione della sanzione o nell'archiviazione.

In questo modo, come è stato osservato, nel procedimento sanzionatorio dell'Agcom si «tutela in certa misura anche la separazione tra l'organo inquirente (gli uffici) e quello giudicante (il collegio), garantendo, se non la parità di armi tra accusa e difesa, almeno che la vicenda sia esaminata da "occhi nuovi" rispetto a quelli che hanno partecipato all'istruttoria» [così Marini Balestra, cit., 938].

Va aggiunto che, anche in questo caso, nel silenzio del Regolamento Agcom, non sembrano ravvisarsi ostacoli all'applicazione dell'art. 6, comma 1, lett. e) della l. n. 241/1990.

Ne discende che, qualora il Direttore competente abbia formulato all'esito della fase istruttoria, sulla scorta della dettagliata relazione del responsabile del procedimento, una proposta di archiviazione, l'organo collegiale, nella fase decisoria, potrà discostarsi da tale proposta e adottare un provvedimento di irrogazio-

ne della sanzione ma in tal caso dovrà fornire, nel testo del provvedimento, una motivazione espressa che giustifichi il discostamento dalla proposta di archiviazione del Direttore; analogo obbligo di motivazione graverà sull'organo collegiale nell'ipotesi opposta, allorquando il Direttore abbia proposto, all'esito dell'istruttoria, uno schema di provvedimento irrogativo della sanzione e, ciò nonostante, l'organo collegiale si determini nel senso dell'archiviazione.

B.6) In via eccezionale, anche dopo la conclusione della fase istruttoria (ossia a seguito della trasmissione all'organo collegiale, da parte del Direttore, dello schema di provvedimento e della dettagliata relazione istruttoria del responsabile del procedimento), può accadere che l'organo collegiale, durante la fase decisoria, stabilisca una "regressione" della sequenza procedimentale, ordinando una "riapertura" dell'istruttoria.

L'art. 10, comma 3, del Regolamento stabilisce infatti che «qualora ritenga necessari ulteriori approfondimenti istruttori, l'organo collegiale trasmette gli atti all'unità organizzativa specificando la natura ed il tipo di approfondimenti da svolgere. In casi particolari, la richiesta di approfondimenti può essere reiterata, comunque non più di una volta. La richiesta di approfondimenti determina la proroga di ulteriori sessanta giorni del termine di cui al comma 1 dell'art. 6».

Circa l'incompatibilità tra il *quantum* temporale della "proroga reiterabile" del termine di conclusione del procedimento, che conseguirebbe a tale "riapertura" dell'istruttoria, ed i LEP della l. n. 241/1990 relativi alla durata massima dei procedimenti amministrativi, si rinvia a quanto osservato *supra*.

C) Venendo alla fase decisoria (e fatta salva la già esaminata evenienza della regressione, in via eccezionale, dalla fase decisoria alla fase istruttoria cui si riferisce il comma 3 dell'art. 10), le disposizioni di riferimento nel Regolamento Agcom sono rappresentate:

- dall'art. 6, comma 1, in base al quale il termine per la «adozione» del «provvedimento finale» è di 150 giorni decorrenti dalla data di notifica della contestazione;
- dall'art. 10, comma 1, secondo cui l'organo collegiale, esaminata la relazione del responsabile del procedimento e valutata la proposta di provvedimento del Direttore competente, adotta «il provvedimento sanzionatorio» o, in alternativa, «dispone l'archiviazione del procedimento»;
- dall'art. 10, comma 4, in base al quale «il provvedimento sanzionatorio» deve essere «adeguatamente motivato», deve contenere l'espressa «indicazione del termine per ricorrere e dell'autorità giurisdizionale a cui è possibile proporre ricorso» e, infine, deve essere «notificato, a cura del responsabile

del procedimento, ai soggetti destinatari con le forme di cui all'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689».

C.1) Si pone un primo problema, determinato dal tenore testuale del Regolamento.

Quest'ultimo, infatti, distingue il *genus* del «provvedimento finale» (art. 6, comma 1) dalla *species* del «provvedimento sanzionatorio» (art. 10, commi 2 e 4; artt. 11 e 12).

Il *genus* «provvedimento finale» è ampio, comprendendo sia il «provvedimento sanzionatorio» che il «provvedimento di archiviazione» (art. 10, comma 2 e art. 11).

Se ne deduce che, nel lessico del Regolamento Agcom:

- il «provvedimento sanzionatorio» è il provvedimento di irrogazione della sanzione, ossia il provvedimento di segno positivo, che accerta la sussistenza di tutti i presupposti per provvedere nel senso di sanzionare;
- il «provvedimento di archiviazione» è invece il provvedimento di segno negativo, quello che chiude il procedimento accertando la non sussistenza dei presupposti per irrogare la sanzione.

Ciò chiarito, emerge nuovamente il problema della compatibilità tra il Regolamento Agcom e i LEP della l. n. 241/1990.

L'art. 10, comma 4, del Regolamento, infatti, prevede l'obbligo di motivazione e la ricorribilità dinanzi all'autorità giudiziaria solo in riferimento al «provvedimento sanzionatorio», ossia al provvedimento di irrogazione della sanzione.

Quid iuris rispetto al provvedimento di archiviazione? Esso può ritenersi sottratto all'obbligo di motivazione (dal lato dell'Autorità) e all'impugnabilità in giudizio (dal lato del privato denunciante o di eventuali terzi controinteressati)?

La risposta ad entrambi gli interrogativi non può che essere negativa.

Nel silenzio della fonte di rango regolamentare, infatti, operano senz'altro le disposizioni gerarchicamente sovraordinate della l. n. 241/1990, con particolare riferimento:

- all'obbligo di motivazione di «ogni provvedimento amministrativo» che concluda (positivamente o negativamente) un procedimento (art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990);
- all'obbligo per la p.a. di indicare «in ogni atto» notificato al destinatario il termine e l'autorità «cui è possibile ricorrere» (art. 3, comma 4, della l. n. 241/1990), da leggersi in combinato disposto con l'art. 1 del Codice del processo amministrativo secondo cui «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» e, soprattutto, con l'art. 113 Cost. secondo cui «contro gli

atti della pubblica amministrazione» è «sempre» ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa e tale tutela giurisdizionale «non può essere esclusa o limitata … per determinate categorie di atti».

Sulla natura autenticamente provvedimentale del provvedimento di archiviazione e sui corollari di tale natura (obbligo di motivazione, impugnabilità in sede giurisdizionale) ci si è già soffermati *supra*, nel presente contributo, a proposito dell'archiviazione che può essere disposta dal Direttore competente all'esito del procedimento pre-istruttorio. Tali conclusioni non possono non valere, *a fortiori*, per il provvedimento di archiviazione che sia adottato dall'organo collegiale all'esito del procedimento sanzionatorio.

Anche la giurisprudenza sembra orientata in questo senso: circa l'impugnabilità del provvedimento di archiviazione, in caso relativo all'Agcm, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751; in linea generale, v. Tar Veneto, sez. II, 16 gennaio 2013, n. 22; Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 986; circa l'obbligo di motivazione anche dei provvedimenti di archiviazione di procedimenti sanzionatori, v. Tar Lazio, sez. I, 17 aprile 2008, n. 3301, in caso relativo all'Agcm, secondo cui «con particolare riguardo ai provvedimenti "assolutori" la Corte di Giustizia ha evidenziato che gli stessi hanno il contenuto di una decisione e ne producono gli effetti […] l'obbligo di motivazione, oltre a rappresentare un principio immanente ed esteso alla generalità dei provvedimenti amministrativi nell'ordinamento interno, rappresenta dunque uno dei principi fondamentali del diritto comunitario in materia di concorrenza, del quale spetta al giudice garantire l'osservanza, all'occorrenza rilevando d'ufficio la violazione di quest'obbligo».

C.2) Numerosi problemi si pongono anche rispetto al termine massimo di conclusione del procedimento, pari a 150 giorni, di cui all'art. 6, comma 1, del Regolamento Agcom.

C.2.a) L'esame analitico del complesso delle disposizioni del Regolamento Agcom, condotto in precedenza, ha messo in luce come il combinato disposto di una serie di previsioni regolamentari sia suscettibile di far lievitare la durata massima del procedimento sanzionatorio ben oltre i 180 giorni.

Si pensi al già esaminato regime delle sospensioni e delle proroghe, automatiche o discrezionali, dei termini procedimentali (art. 5, commi 3 e 6, art. 6, comma 3, art. 7, comma 3 e art. 10, comma 3, del Regolamento): sommando al termine di 150 giorni (previsto dall'art. 6) la durata di tutte le dilazioni che il Regolamento impone o consente, il solo procedimento sanzionatorio, al netto del procedimento pre-istruttorio, potrebbe protrarsi nel complesso più di 365 gior-

ni dalla data di notifica della contestazione, in questo modo giungendo a "doppiare" la soglia temporale massima di 180 giorni di cui all'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990.

Da qui un primo problema di compatibilità con i LEP relativi alla «durata massima dei procedimenti», di cui al combinato disposto degli artt. 2 e 29, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990.

C.2.b) Vi è, tuttavia, un problema sistematico più radicale.

Si rinvia, sul punto, al capitolo intitolato ai *Principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in questo lavoro collettaneo (par. 7.2).

Ivi si è ricordato quanto disposto testualmente dall'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009, che ha modificato il testo dell'art. 2 della l. n. 241/1990.

Tale disposizione normativa si applica espressamente anche agli «atti e i provvedimenti di cui al comma 5» dell'art. 2 della l. n. 241/1990, ossia ai regolamenti con cui «le Autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza».

In forza del citato art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009:

(i) «le disposizioni regolamentari vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge [*ossia adottate prima del 4 luglio 2009, n.d.r.*], che prevedono termini superiori a 90 giorni per la conclusione dei procedimenti, *cessano di avere effetto* a decorrere dalla scadenza del termine indicato al primo periodo [*ossia alla data del 4 luglio 2010, n.d.r.*]»;

(ii) «continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge [*ossia adottate prima del 4 luglio 2009, n.d.r.*], che prevedono termini non superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti».

L'art. 6, comma 1, del Regolamento Agcom rientra nella fattispecie *sub* (i).

Si tratta, infatti, di una disposizione regolamentare adottata dall'Agcom prima dell'entrata in vigore della l. 69/2009, e precisamente nel 2006 (delibera n. 136/06/CONS), che stabilisce un termine di conclusione del procedimento sanzionatorio di 150 giorni, ben superiore a 90 giorni.

La conclusione che ne deriva è – come si è anticipato – radicale: l'art. 6, comma 1, del Regolamento Agcom deve considerarsi *tamquam non esset*, avendo cessato di avere effetto, *ex lege* ed automaticamente, a partire dal 4 luglio 2010.

Ne discende un corollario non meno drastico e allarmante: mancando allo stato nel Regolamento Agcom (a causa della cessazione *ex lege* dell'efficacia giuridica del comma 1 dell'art. 6) una disposizione valida ed efficace che fissi il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, dovrebbe applicarsi il brevissimo ter-

mine residuale di 30 giorni, in forza del combinato disposto dell'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009 («la disposizione di cui al comma 2 del citato articolo 2 della legge n. 241 del 1990 si applica dallo scadere del termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge») e dell'art. 2, commi 2 e 5, della l. n. 241/1990.

C.2.c) In questo quadro, già estremamente problematico nelle sue linee di fondo, si inserisce l'ulteriore dibattito sul carattere perentorio o ordinatorio[10] del termine di conclusione del procedimento.

---

[10] Per la tesi della perentorietà del termine, proprio in relazione ai procedimenti sanzionatori dell'Agcom, v. Tar Lazio, sez. III-*ter*, 17 gennaio 2007, n. 308: «Appare acclarata la tardività della sanzione, intervenuta ben oltre i 150 giorni previsti dall'art. 4-*bis*, I comma, della delibera n. 425/01/CONS. Né può invocarsi quella giurisprudenza che, muovendo dalla premessa dell'inapplicabilità dell'art. 2 della legge 7/8/1990, n. 241, postula che il termine massimo per l'adozione dell'ordinanza - ingiunzione sia quello di cinque anni decorrente dal giorno in cui è stata commessa la violazione, previsto dall'art. 28 della legge n. 689/81 (…) in quanto tale insegnamento (…) riguarda i procedimenti sanzionatori per i quali non sia previsto (dalla legge o dal regolamento) un diverso termine (…) va aggiunta l'ulteriore considerazione che recentemente la Cass., sez. un., 27/4/2006, n. 9591, chiamata a dirimere il contrasto di giurisprudenza manifestatosi in ordine all'applicabilità del termine previsto dall'art. 2 della legge n. 241/90, ha ribadito come questo non sia estensibile al procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative […] ciò significa che, laddove è prevista una disciplina (ulteriormente) speciale (rispetto a quella contenuta nella legge n. 689/81), prescrivente un termine finale del procedimento (come è nel caso dell'art. 4 *bis* della delibera n. 425/01/CONS dell'Agcom), la sua inosservanza rende invalido il provvedimento tardivo. Né varrebbe obiettare che il termine di 150 giorni non è espressamente definito come termine perentorio, in quanto in un procedimento, quale è quello sanzionatorio, rigorosamente cadenzato da adempimenti posti a garanzia del destinatario dell'atto di contestazione, non può dubitarsi che la previsione da parte della stessa Amministrazione del termine finale abbia natura non solamente sollecitatoria, ma quanto meno comminatoria». La tesi della perentorietà del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, sposata dalla sopra citata sentenza, in relazione ai procedimenti sanzionatori di altre autorità indipendenti è oggetto di un irrisolto – e a volte plateale – contrasto tra orientamenti giurisprudenziali opposti. Si rinvia, sul punto, ai vari contributi contenuti in questo volume. Solo per fare un esempio, basti pensare al caso dei procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia. Per questi ultimi è presente tanto un orientamento schierato a favore della perentorietà (v. ad es. Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4113), quanto un orientamento nel senso del carattere meramente ordinatorio (Tar Lazio, sez. III, 8 maggio 2012, n. 4163, che richiama le precedenti sentenze della stessa Sezione 16.1.12, n. 400, 27.6.11, n. 5696, 29.3.11, nn. 2769 e 2771, nonché Cons. Stato, sez. VI, n. 9569/2010 e n. 8931/2010). Gli argomenti a favore del carattere ordinatorio si fondano sul richiamo alla l. n. 241/1990 e sono sintetizzati in una recente sentenza del Consiglio di Stato relativa, in termini più generali, alla natura del termine di conclusione nella legge sul procedimento amministrativo: «Benché con la legge generale sul procedimento amministrativo si sia assistito alla generalizzazione del dovere di rispettare il suddetto termine (art. 2, l. n. 241/1990), nessuna disposizione di legge lo ha elevato a requisito di validità dell'atto amministrativo, rimanendo dunque lo stesso confinato sul piano dei comportamenti dell'amministrazione (…) in altri termini, non si è assistito in questo campo a quel fenomeno di trascinamento di obblighi di comportamento sul terreno del giudizio di validità dell'atto, registratosi invece in alcuni settori del

A giudizio di chi scrive, tale dibattito dovrebbe essere riconsiderato *funditus* qualora si accolga la ricostruzione sin qui proposta e, quindi, si riconosca:

- l'applicabilità delle previsioni di cui all'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009 anche ai regolamenti delle autorità indipendenti sui procedimenti amministrativi sanzionatori;
- la sopravvenuta inefficacia *ex lege* dell'art. 6, comma 1, del Regolamento Agcom;
- la conseguente operatività del termine residuale di 30 giorni di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990, almeno fino a quando l'Agcom non adeguerà il testo della delibera n. 136/06/CONS, sostituendo ivi la previsione "decaduta" di cui all'art. 6, comma 1.

Si rinvia, per brevità, alla tesi che si è tentato di prospettare nel capitolo intitolato ai *Principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in questo volume (par. 7.3). Tale tesi, alla luce degli artt. 6 della CEDU e 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, mira a superare la rigida dicotomia perentorio/ordinatorio in favore di una presunzione *iuris tantum* di illegittimità dei provvedimenti sanzionatori adottati in violazione del termine massimo di 180 giorni ex art. 2, c. 4, l. n. 241/1990.

C.2.d) Di più agevole risoluzione è un ultimo interrogativo relativo al *dies ad quem* del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio.

Ci si può chiedere, infatti, se il termine sia rispettato con l'*adozione* del provvedimento o se, invece, sia necessario che entro il termine sopravvenga anche la notificazione al destinatario del provvedimento.

---

diritto civile (come ad esempio per gli obblighi di informativa precontrattuale per i contratti in materia di servizi finanziari conclusi a distanza: art. 67-*septies decies*, comma 4, Cod. consumo). E ciò è agevolmente spiegabile ricordando che l'esercizio della funzione pubblica è connotato dai requisiti della doverosità e della continuità, cosicché i termini fissati per il suo svolgimento hanno giocoforza carattere acceleratorio, in funzione del rispetto dei principi di buon andamento (97 Cost.), efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 1, comma 1, l. n. 241/1990), e non già perentorio. Conseguentemente, la loro scadenza non priva l'amministrazione del dovere di curare l'interesse pubblico, né rende l'atto sopravvenuto di per sé invalido. A conferma di quanto ora osservato si può richiamare la successiva evoluzione normativa, segnata fondamentalmente dall'introduzione di un rito accelerato contro il silenzio (art. 2, l. n. 205/2000, aggiuntivo dell'art. 21-*bis* l. n. 241/1990; ora art. 117 cod. proc. amm.) e della regola della risarcibilità del danno da ritardo (mediante l'art. 2-*bis* l. n. 241/1990, introdotto con l. n. 69/2009), fino alla previsione per esso di una tutela di carattere indennitario (art. 2, comma 1-*bis*, aggiunto dal d.l. n. 69/2013, conv. dalla l. n. 98/2013). Il costante indirizzo di politica legislativa che si ricava dai citati interventi normativi è in sostanza quello di mantenere l'obbligo di rispettare i termini di conclusione del procedimento sul piano dei comportamenti, fonte di responsabilità patrimoniale in caso di violazione, ma giammai requisito di validità degli atti». Non meno intenso è il parallelo dibattito dottrinale [per il quale non si prescinda da Clarich e Goisis].

L'interrogativo è risolto dal tenore testuale del Regolamento Agcom: l'art. 6, comma 1, aggancia il rispetto del termine alla «adozione», non alla notificazione del provvedimento.

Sul piano ricostruttivo, la soluzione ha un fondamento ove si consideri che:

- in generale, l'art. 2 della l. n. 241/1990 stabilisce che le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento «mediante l'adozione di un provvedimento espresso»;
- in particolare, i provvedimenti sanzionatori si ascrivono alla categoria dei «provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati» di cui all'art. 21-*bis* della l. n. 241/1990; per questi ultimi, la «comunicazione» è configurata come condizione della «efficacia» del provvedimento, non della sua esistenza o perfezione; il provvedimento sanzionatorio risulta perciò idoneo ad arrestare la sequenza del procedimento con la sua sola adozione, ferma l'impossibilità di produrre effetti nei confronti del destinatario prima della ricezione della comunicazione.

Anche la giurisprudenza è in questo senso: «l'art. 6, primo comma, prevede invece che il provvedimento sanzionatorio deve essere adottato entro centocinquanta giorni dalla data di notifica della contestazione. Detto termine, la cui violazione è denunciata dal ricorrente, è stato rispettato, atteso che la contestazione è stata notificata il 24 dicembre 2007, mentre l'ordinanza-ingiunzione è stata adottata il 14 maggio 2008. È infatti alla data di adozione del provvedimento, e non a quello della sua notifica (avvenuta l'8 settembre 2008), che occorre far riferimento. È noto, in proposito, che la comunicazione all'interessato dell'atto sanzionatorio si colloca al di fuori del procedimento disciplinare, riguardando esclusivamente la fase, successiva, di perfezionamento e di efficacia nei confronti del destinatario della sanzione medesima, e non assume rilievo ai fini del rispetto dell'anzidetto termine di decadenza (Cass. civ., sez. lav., 9 marzo 2009, n. 5637). In altri termini, la comunicazione costituisce un elemento estraneo alla perfezione e validità dell'atto, assolvendo solo il ruolo di portarlo a conoscenza dei soggetti interessati: la regolarità e la tempestività della comunicazione, nonché i suoi eventuali vizi, non incidono sulla legittimità e sulla perfezione dell'atto comunicato, influendo semmai solo sulla decorrenza del termine per un'eventuale impugnazione. Pertanto il provvedimento sanzionatorio si perfeziona con la sua emanazione e, ai fini del computo del termine di perenzione del procedimento disciplinare, rileva la data di adozione del decreto di irrogazione della sanzione, e non già quella in cui il provvedimento viene notificato (Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4169)» (Tar Lazio, sez. III-*ter*, 8 aprile 2010, n. 5878).

Ed ancora: «tempi molto dilatati potrebbero non solo risultare di per sé penalizzanti, ma anche rendere più difficoltosa la predisposizione di adeguati stru-

menti di difesa. Appare evidente come tale *ratio* sia integralmente soddisfatta dalla tempestiva emanazione del provvedimento finale, mentre corrisponderebbe ad eccessiva dilatazione delle garanzie, accordate ai destinatari di tale provvedimento (a scapito dell'interesse pubblico, cui lo stesso corrisponde), la ricomprensione nel termine anzidetto dei tempi – non integralmente controllabili dall'amministrazione – per la comunicazione dell'atto conclusivo del procedimento (comunicazione da cui dipende, come per tutti gli atti a carattere recettizio, solo l'efficacia del provvedimento emesso)» (così Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4113).

C.3) Nella fase decisoria del procedimento sanzionatorio viene in gioco anche un principio che, seppur non esplicitato nel Regolamento Agcom, è in esso immanente.

Si tratta del principio di corrispondenza tra violazione oggetto dell'atto di contestazione e violazione oggetto del provvedimento sanzionatorio finale.

Il principio traspare dalla lettura sistematica e coordinata di una serie di disposizioni del Regolamento:

- l'art. 2, comma 1, in base al quale il Regolamento «disciplina i procedimenti diretti all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni», con ciò stabilendosi una simmetria necessaria tra violazione da accertare e sanzione da irrogare;
- l'art. 5, comma 1, secondo cui l' «atto di contestazione» è la sede necessaria della «indicazione della violazione accertata», che viene da quel momento assunta come *thema decidendum* del procedimento;
- l'art. 12-*ter*, comma 2, secondo cui, in caso di accertamento della mancata attuazione degli impegni e revoca del provvedimento di approvazione degli impegni stessi, «la ripresa del procedimento sanzionatorio» avviene «per la violazione precedentemente contestata».

Dall'esame del Regolamento risulta evidente che, a seguito della notifica della contestazione, gli approfondimenti istruttori e il contraddittorio tra le parti si appuntano prevalentemente sui «fatti oggetto di contestazione» (art. 6, comma 2; art. 7, comma 2, lett. a; art. 9, comma 1). In nessun articolo del Regolamento si consente all'Autorità di introdurre nuove violazioni giuridiche in corso di procedimento, in maniera postuma rispetto alla contestazione. Possono invece essere introdotti nuovi fatti, non descritti nell'atto di contestazione, purché relativi alla stessa violazione indicata nella contestazione. L'introduzione di nuovi fatti in sede istruttoria o decisoria è possibile dato che l'atto di contestazione, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del Regolamento contiene una «esposizione dei fatti» solo «sommaria»; viceversa, lo stesso art. 5, comma 1, non qualifica come sommaria «l'indicazione della violazione accertata».

In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 aprile 2013, n. 2241: «le appellanti sostengono che una qualsivoglia autorità, sia giudiziaria che amministrativa, può irrogare una sanzione solo basandosi su circostanze e fatti acclarati prima della formalizzazione della contestazione e che l'esigenza di salvaguardare il diritto di difesa impone di limitare il procedimento ai soli fatti contestati in riferimento ai quali l'incolpato è stato posto in grado di contraddire (…) la censura, come affermato dal Tar, non può ritenersi fondata. Non vi è infatti alcuna disposizione che vieti all'Agcom di svolgere ulteriori accertamenti per approfondire le circostanze che sono state rappresentate dagli interessati nei loro scritti difensivi o nel corso delle apposite audizioni. Si deve invece ritenere che gli ulteriori accertamenti svolti dimostrino l'accuratezza con la quale l'istruttoria è stata compiuta anche attraverso successivi approfondimenti sulle informazioni che erano state raccolte dall'organo istruttore anche a seguito delle audizioni della parti e della presentazione delle memorie (…) lo svolgimento di ulteriori accertamenti poteva rivelarsi addirittura necessario per verificare l'attendibilità di quanto rappresentato. E, nella fattispecie, gli ulteriori accertamenti, che erano stati richiesti alla Guardia di finanza proprio al fine di approfondire quanto emerso nel corso delle audizioni, non hanno fatto altro che confermare i rilevi già in precedenza formulati con riferimento ai contestati rapporti tra le società in questione. Né si può ritenere che in tal modo sarebbe stato violato il principio secondo il quale una sanzione può essere irrogata solo basandosi su circostanze e fatti acclarati prima della formalizzazione della contestazione. Infatti, nella fattispecie, gli ulteriori accertamenti hanno riguardato proprio la complessiva questione che era stata già oggetto della contestazione». La stessa sentenza appena citata ha aggiunto che «se da tali accertamenti fossero emersi ulteriori elementi determinativi di ulteriori infrazioni, è del tutto evidente che avrebbero dovuto essere formalizzate nuove contestazioni».

V. altresì Cons. Stato, sez. consultiva, 2 dicembre 2010, parere n. 5290: «la sanzione non potrebbe considerasi legittimamente irrogata neppure con riguardo alla affermata non conformità delle annotazioni al modello predisposto. A tale riguardo, infatti, risulta fondato, *in parte qua*, il quarto motivo di ricorso, con il quale l'interessata deduce la mancata menzione, in sede di contestazione (limitata al mancato aggiornamento delle registrazioni), di tale infrazione e la necessità … di una nuova comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio».

C.4) Concludendo sulla fase decisoria, si segnala un'interessante sentenza (Tar Lazio, sez. III-*ter*, 21 luglio 2006, n. 6182) che ha affrontato numerose questioni procedurali, di dettaglio ma significative. Secondo tale pronuncia:

- «le deliberazioni degli organi collegiali sono il prodotto di subprocedimenti, che hanno inizio con l'avviso di convocazione, si sviluppano con la discussione degli argomenti all'ordine del giorno, e le votazioni si concludono con la

proclamazione dei risultati; in relazione a tali fasi procedimentali solamente le persone che compongono l'organo a titolarità plurima sono destinatarie di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti rispetto all'ente di appartenenza (…) il verbale della seduta del collegio amministrativo, elemento costitutivo della fattispecie provvedimentale (in termini Cons. Stato, sez. IV, 6/3/1996, n. 283), è atto pubblico, e dunque fa fede sino a querela di falso; esso certifica il testo delle singole delibere adottate, approvate con le relative maggioranze»;

- «si lamenta la sottoposizione, nella seduta del 27/4/06, della delibera a singole votazioni parziali, con conseguente alterazione del processo formativo della volontà collegiale (…) non è ravvisabile alcuna violazione della sequenza procedimentale, o dei principi che presiedono al funzionamento dei collegi amministrativi nelle proposte di votazione in cui si è articolato il relativo subprocedimento; può anzi ritenersi che la disarticolazione degli argomenti (dichiarazione di incompatibilità, decorrenza della medesima, ed infine "schema di provvedimento") risulti funzionale alla più attenta valutazione di una fattispecie complessa, senza precedenti, e che, soprattutto, aveva visto posizioni divaricate all'interno del collegio»;
- «nessuna alterazione del processo decisionale può essere desunta dalla mancata partecipazione alla votazione sull'applicazione della sanzione di taluni commissari, che hanno lasciato la sala dopo il primo voto sulla incompatibilità, nel quale erano finiti in minoranza»;
- «si deduce l'illegittimità del provvedimento impugnato per il fatto che risulta sottoscritto dal Presidente e dai due Commissari relatori, uno dei quali aveva peraltro abbandonato la seduta dopo la votazione sulla declaratoria di incompatibilità. Anche tale censura, finalizzata a contestare l'integrale riferibilità di tale delibera al relatore che non ha partecipato all'intero procedimento deliberativo, non appare meritevole di positiva valutazione. Ciò emerge con chiarezza dalla considerazione che il collegio è titolare dell'organo, ed è quindi il collegio che realizza l'imputazione organica all'Autorità. In altre parole, il rapporto d'ufficio, che lega l'organo alla figura soggettiva, riguarda il collegio come tale, e non la pluralità dei suoi componenti, singolarmente considerati (…) Quanto esposto trova, del resto, conferma nell'esatta enucleazione della figura del relatore nei procedimenti di competenza dell'Agcom (…) la funzione del relatore è solo quella di introdurre la discussione collegiale, formulando ed illustrando le proprie conclusioni sulle proposte trasmesse dagli uffici … senza che dunque alcun valore possa attribuirsi al suo allontanamento dalla sala, dovuta alla volontà di non partecipare alla discussione sull'applicazione delle sanzioni, peraltro non accompagnata dalla rinuncia all'incarico di relatore (il che giustifica la sottoscrizione del provvedimento)».

D) Conclusa la fase decisoria, gli artt. 11 e 12 del Regolamento Agcom si occupano della notificazione, comunicazione e pubblicazione dei provvedimenti conclusivi dei procedimenti sanzionatori.

Anche in ordine a questi profili, tuttavia, il Regolamento presta il fianco a una considerazione critica.

Emerge infatti una vistosa discriminazione tra:

- i «provvedimenti sanzionatori», ossia i provvedimenti di irrogazione della sanzione nel lessico del Regolamento (v. *supra*), per i quali è stabilito un obbligo dell'Autorità sia di «notificare» i provvedimenti, sia di assicurare che essi vengano «pubblicati sul Bollettino Ufficiale dell'Autorità» per la massima informazione dei cittadini e degli utenti;
- i «provvedimenti di archiviazione», per i quali non è prevista né la notificazione né la pubblicazione, ma solo un obbligo dell'Agcom di «comunicare mediante raccomandata con avviso di ricevimento» il provvedimento assolutorio.

Il principio di trasparenza di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 esigerebbe di non limitare la pubblicazione sul Bollettino Ufficiale dell'Autorità ai soli provvedimenti sanzionatori, ma di estenderla per coerenza anche ai provvedimenti di archiviazione.

I principi di parità di trattamento e di imparzialità, *ex* artt. 3 e 97 Cost. e 1, comma 1, della l. n. 241/1990, esigerebbero di evitare sperequazioni tra incolpato e denunciante: entrambi dovrebbero, perciò, essere notiziati in forma piena, ossia attraverso una formale «notificazione» dei provvedimenti per essi lesivi (l'irrogazione della sanzione per il trasgressore così come l'archiviazione per il denunciante).

In ogni caso, tanto la notificazione del provvedimento sanzionatorio quanto la comunicazione del provvedimento di archiviazione devono qualificarsi come condizioni per l'acquisizione di efficacia giuridica del provvedimento, *ex* art. 21-*bis* della l. n. 241/1990, nei confronti, rispettivamente, del trasgressore (quanto al provvedimento di irrogazione della sanzione) e del denunciante (quanto al provvedimento di archiviazione, dato che quest'ultimo condiziona negativamente la sua sfera giuridica).

6. (segue) *Proposta e decisione sugli «impegni»: critica dell'attuale configurazione in termini di sub-procedimento.*

A) Gli artt. 12-*bis e* 12-*ter* del Regolamento Agcom disciplinano la presentazione, nel corso del procedimento sanzionatorio, di «impegni» da parte dell'operatore «al quale sia stata contestata una violazione in materia di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica».

Si tratta:

(i) da un lato, di un complesso di disposizioni "mutuate", frutto dell'importazione (con alcuni adattamenti) di un modello originale introdotto nell'esperienza del diritto *antitrust* per i procedimenti di competenza dell'Agcm;

(ii) dall'altro lato, di un complesso di disposizioni "settoriali", in quanto applicabili non già a tutti i procedimenti sanzionatori dell'Agcom, bensì esclusivamente a quelli relativi a violazioni in materia di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica.

Il carattere *sub* (i) rende ragione della scelta, in questa sede, di rinviare all'analitico contributo di Leone nel presente lavoro collettaneo, seppur relativo ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Agcm: proprio l'isomorfismo sopra accennato, infatti, consente di estendere molti dei rilievi dell'Autrice anche alla disciplina dettata dagli artt. 12-*bis e* 12-*ter* del Regolamento Agcom.

Di seguito si concentrerà l'attenzione su tre punti:

- la scansione procedimentale in cui si articola la parabola degli impegni;
- l'attuale configurazione di tale sequenza procedurale come sub-procedimento, che emerge chiaramente dal Regolamento Agcom;
- la critica a tale configurazione, accompagnata da una proposta di ricostruzione differente sul piano giuridico.

B) Muovendo dalla descrizione dello schema procedimentale di cui agli artt. 12-*bis e* 12-*ter* del Regolamento, si distinguono:

(1) la presentazione della «proposta preliminare» di impegni, che deve avvenire a pena di decadenza entro 30 giorni dalla notifica dell'atto di contestazione; la proposta preliminare è subordinata alla condizione che l'operatore abbia cessato la condotta contestata ed è, a sua volta, condizione di ammissibilità per consentire successivamente all'operatore di presentare la proposta nella sua versione definitiva; la proposta preliminare ha come fine necessario quello di migliorare le condizioni della concorrenza nel settore, rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure;

(2) l'audizione in ordine alla proposta preliminare; a seguito della presentazione della proposta preliminare, infatti, l'operatore interessato può essere sentito dal responsabile del procedimento al fine di fornire precisazioni e chiarimenti necessari alla valutazione del contenuto degli impegni;

(3) la presentazione della «proposta nella sua versione definitiva», che deve tener conto delle prime osservazioni ricevute dagli uffici dell'Autorità nel momento s*ub* (2) e deve avvenire, a pena di decadenza, entro 60 giorni dalla notifica dell'atto di contestazione, secondo le modalità stabilite dall'art. 3 della delibera n. 645/06/CONS (Regolamento Agcom in materia di impegni, in attuazione dell'art. 14-*bis* del d.l. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006);

(4) la pubblicazione della proposta di impegni sul sito *internet* dell'Autorità, con l'apertura di un contraddittorio pubblico in cui tutti «i soggetti interessati hanno facoltà di presentare osservazioni entro i successivi trenta giorni»; di seguito, «la direzione competente può chiedere ai soggetti interessati ulteriori informazioni ed elementi utili alla valutazione degli impegni … nel caso in cui si renda necessario»; infine, «entro i trenta giorni successivi alla conclusione della consultazione l'operatore interessato può presentare la propria posizione in relazione alle osservazioni presentate dai soggetti terzi e introdurre modifiche agli impegni»;

(5) parallelamente alla fase di contraddittorio *sub* (4), lo svolgimento di una «istruttoria preliminare» da parte del Direttore competente in ordine alla versione definitiva degli impegni; si noti che la presentazione della proposta di impegni nella sua versione definitiva «comporta la sospensione dei termini di cui al comma 1 e al comma 2 dell'art. 6 (…) dalla data di ricezione della proposta fino alla data di conclusione, immediatamente comunicata alle parti, dell'esame istruttorio della proposta da parte della direzione competente (…) la sospensione cessa comunque inderogabilmente allo scadere del novantesimo giorno, senza necessità di comunicazione alle parti»; il procedimento sanzionatorio entra così in uno stato di quiescenza, i cui termini procedimentali non decorrono, che può durare fino a 90 giorni;

(6) la trasmissione della versione definitiva degli impegni, corredata dall'istruttoria preliminare, all'organo collegiale competente e lo *screening* di ammissibilità della proposta di impegni, *prima facie*, da parte dello stesso organo collegiale, il quale «dichiara senza indugio inammissibile la proposta di impegni che per la sua genericità si manifesti carente di serietà o che appaia presentata per finalità dilatorie. La stessa decisione è altresì adottata in tutti i casi in cui gli impegni assunti appaiano manifestamente inidonei a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure»;

(7) superato il filtro della delibazione sommaria *sub* (6), la valutazione di merito della proposta di impegni da parte dell'organo collegiale, volta a verificare, «considerate le circostanze competitive del settore di cui trattasi, ai sensi dell'art. 5 della delibera n. 645/06/CONS, se la proposta di impegni sia idonea a migliorare le condizioni della concorrenza nello stesso settore rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure»;

(8) effettuata la valutazione di merito *sub* (7), ove il giudizio sia positivo, la decisione dell'organo collegiale che «approva gli impegni e ne ordina l'esecuzione, così rendendoli obbligatori per l'operatore proponente»; si noti che la decisione di approvazione degli impegni comporta «la sospensione del pro-

cedimento sanzionatorio fino alla verifica dell'effettivo adempimento degli impegni. A tal fine, l'operatore indica nella proposta di impegni il termine di attuazione degli stessi»;

(9) la fase di monitoraggio e verifica *ex post*, da parte dell'Autorità, circa la «corretta ed effettiva attuazione degli impegni»;

(10) in caso di esito positivo della verifica *sub* (9), la deliberazione dell'organo collegiale volta a disporre «l'archiviazione del procedimento sanzionatorio», rimasto fino a quel momento sospeso, con pubblicazione della relativa determinazione sul sito *internet* dell'Autorità;

(11) in caso di esito negativo della verifica *sub* (9), ossia di accertamento della mancata attuazione degli impegni, l'adozione da parte dell'Agcom di una «previa diffida» all'operatore per ammonirlo per l'ultima volta ad adempiere agli impegni;

(12) in caso di inottemperanza alla diffida *sub* (11), o laddove emerga che l'approvazione degli impegni sia stata determinata da informazioni fornite dall'operatore successivamente rivelatesi gravemente incomplete, colpevolmente inesatte o fuorvianti, l'adozione da parte dell'Agcom di un provvedimento di «revoca del provvedimento di approvazione degli impegni», con applicazione della sanzione ai sensi dell'art. 98 del Codice delle comunicazioni elettroniche per l'inottemperanza all'ordine di esecuzione impartito dall'Autorità;

(13) a seguito del provvedimento di revoca sub (12), la «ripresa del procedimento sanzionatorio per la violazione precedentemente contestata»; solo a questo punto, cioè, il procedimento sanzionatorio, rimasto sospeso a partire dal passaggio *sub* (8), riprenderebbe il suo normale corso, giungendo fino all'adozione del provvedimento di irrogazione della sanzione.

B) Dalla descrizione di questo schema e dei suoi tortuosi meandri emerge con evidenza un dato.

Il Regolamento Agcom ha configurato l'intero ciclo di vita procedurale degli impegni (presentazione – discussione – valutazione – approvazione – verifica di adempimento – eventuale revoca), come un *sub-procedimento* da incastonare *all'interno* del procedimento sanzionatorio avviato con la notifica dell'atto di contestazione.

L'*escamotage* che ha reso possibile questa operazione di innesto è rappresentato dall'(ab)uso dell'istituto della sospensione del termine di conclusione del procedimento amministrativo.

Avendo presenti i LEP della l. n. 241/1990 sulla «durata massima dei procedimenti» e il perentorio monito dell'art. 2, comma 7, della l. n. 241 secondo cui i termini di conclusione del procedimento «possono essere sospesi per una sola vol-

ta e per un periodo non superiore a trenta giorni», non si può non rimanere colpiti dal fatto che, invece, il Regolamento Agcom abbia previsto una sospensione del procedimento sanzionatorio sostanzialmente *sine die*, che inizia dalla data di adozione del provvedimento di approvazione degli impegni e si protrae per tutto il tempo, non prefissato nella sua durata massima dal Regolamento, necessario all'Agcom per verificare se l'operatore terrà o meno fede agli impegni.

L'immagine che più rende percepibile tale forzatura è rappresentata dalla «ripresa del procedimento sanzionatorio per la violazione precedentemente contestata», cui fa riferimento il comma 2 dell'art. 12-*ter* del Regolamento: «ripresa» di un procedimento sanzionatorio rimasto ibernato, in molti casi, per centinaia di giorni, a volte per anni, e che ciò nonostante si riattiverebbe rimanendo unico, in spregio ai LEP della l. n. 241/1990 e in particolare al termine massimo di durata, che dovrebbe essere soglia-limite da non varcare, di 180 giorni.

L'esame di un esempio concreto, tratto dalla prassi dell'Autorità, illustra in maniera eloquente le dimensioni del fenomeno.

La Delibera n. 600/11/CONS [reperibile all'indirizzo URL http://www.agcom.it/default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=8208, consultato in data 29 gennaio 2014]:

- riferisce di un procedimento sanzionatorio avviato nell'anno 2007, con «atto di contestazione n. 4/07/DIR»;
- a seguito dell'approvazione della proposta di impegni dell'operatore, nel luglio del 2008, con delibera n. 718/08/CONS, l'Agcom ha disposto la sospensione del procedimento sanzionatorio;
- la fase di verifica dell'attuazione degli impegni (eseguiti dall'operatore a partire dal 1° gennaio 2009) è stata conclusa dall'Agcom, con esito positivo, tra il 2010 e il 2011;
- il procedimento sanzionatorio è stato concluso dall'Agcom con un provvedimento di archiviazione adottato in data 17 novembre 2011.

In totale, il procedimento sanzionatorio, dalla data di notifica dell'atto di contestazione alla data di adozione del provvedimento di archiviazione, ha occupato uno *spatium temporis* di quasi cinque anni.

La sola sospensione del procedimento si è protratta dal luglio del 2008 al novembre del 2011, ossia per quasi milleduecento giorni: quaranta volte il termine massimo di sospensione stabilito dall'art. 2, comma 7, della l. n. 241/1990.

Si tratta, con ogni evidenza, di una durata complessiva abnorme per qualsiasi procedimento amministrativo.

La configurazione dell'intera sequenza procedurale degli impegni come subprocedimento, in definitiva, si infrange contro l'esigenza di rispettare i LEP di cui alla l. n. 241/1990 ed esigerebbe di essere riconsiderata *de iure condendo*.

C) Una strategia di ricostruzione alternativa potrebbe passare dal preliminare accoglimento della tesi dottrinale secondo cui gli «impegni» sarebbero riconducibili al *genus* degli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 [di recente, anche per ampi riferimenti bibliografici, Leone].

Sviluppando questo assunto, si potrebbe immaginare di scindere in due blocchi la sequenza procedurale degli impegni:

(i) da un lato, la fase "ascendente" di presentazione, discussione, valutazione ed approvazione degli impegni;

(ii) dall'altro, la fase "discendente" di verifica dell'esecuzione degli impegni e di assunzione dei conseguenti atti e provvedimenti (diffida, revoca e irrogazione di sanzioni per l'ipotesi di inadempimento).

Accedendo a tale ricostruzione, solo il blocco *sub* (i) rimarrebbe all'interno del procedimento sanzionatorio, mentre il blocco *sub* (ii) dovrebbe esserne espunto.

In particolare, approfondendo il parallelismo con il modello degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990:

- la proposta di impegni corrisponderebbe a quelle che, nell'art. 11, comma 1, della l. n. 241, sono le «proposte presentate a norma dell'articolo 10»;
- la valutazione dell'Autorità dovrebbe riguardare l' «accoglimento» o meno di queste proposte (cfr. ancora il comma 1 dell'art. 11 della LPA);
- la fase di contraddittorio pubblico sulla proposta di impegni corrisponderebbe, ovviamente *mutatis mutandis*, al «calendario di incontri» tra il responsabile del procedimento, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati (comma 1-*bis* dell'art. 11 LPA);
- il provvedimento con cui l'organo collegiale, in accoglimento della proposta di impegni, approva questi ultimi, corrisponderebbe a un accordo «in sostituzione» del provvedimento sanzionatorio unilaterale (comma 1 dell'art. 11 LPA);
- accedendo a tale ricostruzione, il procedimento sanzionatorio, anziché risultare sospeso *sine die* a far data dall'approvazione degli impegni, al contrario si concluderebbe con tale approvazione, giacché essa darebbe luogo alla stipula di un accordo sostitutivo del provvedimento unilaterale.

Ovviamente, in caso di diniego di approvazione della proposta di impegni da parte dell'Agcom, la situazione sarebbe analoga a quella del mancato raggiungimento di un accordo *ex* art. 11 della l. n. 241/1990: il procedimento amministrativo, fallito il tentativo di accordo, si concluderebbe come di consueto con il classico provvedimento unilaterale.

Come si è detto, optando per la ricostruzione fin qui suggerita, il vantaggio è quello di collocare fuori dal procedimento sanzionatorio (che viene concluso

dalla stipula dell'accordo sostitutivo) tutta la successiva fase "discendente" relativa agli impegni, di durata lunga e comunque non agevolmente predeterminabile.

Mantenendo il parallelismo con gli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990, la fase "discendente" corrisponderebbe, *mutatis mutandis*:

- alla verifica, da parte della p.a., dell'adempimento dell'accordo da parte del privato;
- in caso di accertato inadempimento dell'accordo, al recesso (o revoca, secondo le diverse opinioni dottrinali) da parte della p.a.;
- all'applicazione delle penali/sanzioni dovute per il mancato rispetto degli obblighi assunti con l'accordo.

Il procedimento sanzionatorio, aderendo a questa interpretazione, si snellirebbe liberandosi di tutta la fase di verifica dell'adempimento degli impegni, la quale si collocherebbe a valle della conclusione del primo.

In questo modo, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio potrebbe più verosimilmente avvicinarsi ai LEP di durata massima dei procedimenti fissati dalla l. n. 241/1990; l'attuale disciplina della fase "ascendente" resta comunque molto macchinosa e tale da determinare un'eccessiva dilatazione della durata complessiva del procedimento rispetto alla soglia di 180 giorni indicata dall'art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990.

7. *Osservazioni conclusive.*

De iure condito, la vigente disciplina di rango regolamentare di cui alla delibera n. 136/06/CONS mostra numerosi punti di distonia rispetto alle disposizioni di rango legislativo, gerarchicamente sovraordinate, di cui alla l. n. 241/1990.

Una parte di queste contraddizioni è componibile in via ermeneutica; altre, tuttavia, non lo sono, dando luogo all'invalidità di talune disposizioni regolamentari, con conseguente disapplicazione (o inefficacia *ex lege*) di queste ultime per contrasto con la legge.

De iure condendo, sarebbe pertanto auspicabile una profonda rivisitazione del Regolamento Agcom; qualora, spingendosi oltre, si intenda differenziare nettamente il modello procedimentale per l'irrogazione delle sanzioni dell'Autorità rispetto al "paradigma normale" scolpito dalla l. n. 241/1990, non si potrà prescindere dall'intervento *ad hoc* di disposizioni speciali di rango normativo primario, idonee a derogare, ove occorra, alle disposizioni della legge generale sul procedimento.

Anche in questo caso, tuttavia, sembra di dover continuare a guardare ai LEP stabiliti dalla l. n. 241/1990 come a baluardi di civiltà nel dialogo procedi-

mentale tra autorità pubbliche e cittadini, faticosamente conquistati, ai quali lo stesso legislatore statale non dovrebbe facilmente rinunciare, neppure scegliendo la scorciatoia di leggi speciali in deroga, motivate da (asseritamente) irresistibili peculiarità delle autorità amministrative indipendenti: a rilevare, infatti, nel momento in cui si fissano gli *standard* di tutela procedimentale dei cittadini, non dovrebbe essere la posizione soggettiva singolare del soggetto pubblico che di volta in volta amministra, bensì l'amministrazione pubblica intesa come oggetto plurale di un servizio reso – doverosamente – in favore di una collettività sovrana.

Bibliografia

Clarich M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995;

De Lucia L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss.;

Goisis F., *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis legge Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 571 ss.;

Leone C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012;

Marini Balestra F., *Le sanzioni dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)*, in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 861 ss.;

Monteduro M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss.;

Monteduro M., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*. I. *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012;

Saitta F., *Il principio di giustiziabilità,* in Renna M. - Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 225 ss.;

Scognamiglio A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004;

Villata R., voce *Inammissibilità e improcedibilità (procedimento e processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1 ss.

XVII. I procedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp)

Cristiano Celone

Sommario: 1. Premessa: l'attività sanzionatoria dell'Avcp come strumento di *enforcement* della sua funzione principale di vigilanza e regolazione sui procedimenti di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. – 2. I diversi regolamenti emanati dall'Autorità per disciplinare i propri procedimenti sanzionatori: principali nodi sistematici e possibili soluzioni. – 3. Le fasi del procedimento sanzionatorio: la preistruttoria. – 4. *(segue)* L'istruzione probatoria. – 5. *(segue)* La fase decisoria. – 6. Il ristretto ambito di applicazione della potestà sanzionatoria dell'Avcp. – 7. Le sanzioni pecuniarie nei confronti delle stazioni appaltanti, delle imprese e delle soa. – 8. Le sanzioni interdittive a carico delle imprese e delle soa. – 9. La rilevanza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

1. *Premessa: l'attività sanzionatoria dell'Avcp come strumento di enforcement della sua funzione principale di vigilanza e regolazione sui procedimenti di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.*

I procedimenti attraverso i quali l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp), esercita i propri poteri sanzionatori, di tipo pecuniario ed interdittivo [Travi, 1983, 57 ss., 133 ss.; Casetta, 1997, 602; Licciardello, 2012, 344 ss.], assolvono un compito strumentale e complementare ovvero di *enforcement* della sua funzione principale, piuttosto ampia ed articolata, che è quella di «vigilare e regolare» [Celone, 2012] le attività delle stazioni appaltanti, delle imprese concorrenti, delle soa (gli organismi societari, è noto, che attestano la qualificazione delle imprese e degli altri soggetti esecutori di lavori pubblici) e degli altri operatori economici del settore, allo scopo di assicurare il buon andamento del mercato degli appalti pubblici e, più specificatamente, garantire, nelle fasi di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici di appalto e concessione, anche di interesse regionale, per la realizzazione di opere e lavori, la prestazione di servizi, o l'acquisto di prodotti, l'osservanza delle disposizioni e dei principi (oggi) contenuti nel codice dei contratti pubblici del 2006, tra i quali, in modo particolare, la correttezza, la trasparenza e la libera concorrenza

nelle procedure di scelta del contraente, l'economicità e l'efficienza nell'esecuzione dei contratti, nonché, da ultimo, la tutela delle piccole e medie imprese attraverso un'adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali (artt. 2, 6, c. 5, d.lgs. n. 163/2006).

2. *I diversi regolamenti emanati dall'Autorità per disciplinare i propri procedimenti sanzionatori: principali nodi sistematici e possibili soluzioni.*

I procedimenti sanzionatori di competenza dell'Avcp sono attualmente disciplinati dal codice dei contratti pubblici e da quattro regolamenti emanati, tra il 2010 ed il 2011, dal Consiglio, l'organo collegiale e deliberativo posto al vertice dell'Autorità, alla quale è stata attribuita dalla legge l'indipendenza ed un'ampia autonomia organizzativa e funzionale (artt. 6, c. 4, 8, c. 2, d.lgs. n. 163/2006).

Il codice si limita soltanto ad indicare i principi del procedimento sanzionatorio, che l'Autorità è tenuta a rispettare nell'esercizio della sua potestà regolamentare in materia. I principi individuati sono: la tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, la contestazione degli addebiti, il termine a difesa, il contraddittorio, la motivazione, la proporzionalità e l'adeguatezza della sanzione, la comunicazione tempestiva del provvedimento con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza, il rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti (art. 8, c. 4).

Il primo regolamento dell'Autorità, allegato alla sua determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, disciplina soltanto il procedimento di iscrizione nel casellario informatico, istituito presso l'Osservatorio (organo ausiliario dell'Autorità), dell'annotazione nei confronti dell'operatore economico escluso dalle procedure di gara e dall'affidamento di subappalti per il fatto di avere presentato falsa dichiarazione o documentazione in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione (v. par. 8).

La disciplina generale sull'esercizio del potere sanzionatorio nei confronti di tutti i soggetti che operano nel settore, ove ricorrano i (diversi) casi contemplati dal codice dei contratti pubblici (artt. 6, c. 11, 7, c. 8, lett. b), 38, c. 1-*ter*, 40, c. 9-*ter* e 9-*quater*, 48) e dal regolamento di attuazione (artt. 73 e 74, d.P.R. n. 207/2010), è invece contenuta nel regolamento emanato dall'Autorità il 2 marzo 2010 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 66 del 20 marzo 2010) e modificato il 21 ottobre 2010.

Nel 2011, infine, il Consiglio ha emanato (il 25 marzo ed il 13 luglio) altri due regolamenti (anch'essi pubblicati nella Gazzetta Ufficiale), con i quali ha inteso disciplinare soltanto i procedimenti sanzionatori contro le soa e le imprese e, più precisamente: a carico delle soa, che non adempiano alle richieste di informa-

zioni dell'Autorità, violino gli obblighi di informazione e di conservazione prescritti dal codice dei contratti pubblici e dal regolamento di attuazione, trasmettano informazioni, dati o atti non veritieri, svolgano la loro attività di attestazione della qualificazione delle imprese in modo non conforme a quanto stabilito dal regolamento di attuazione o dall'Autorità (cfr. art. 73, cit.); nei riguardi delle imprese, che presentino falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini della qualificazione (art. 40, c. 9-*quater*, cit.), oppure che si rifiutino od omettano, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti, o forniscano informazioni od esibiscano documenti non veritieri (art. 6, c. 11, cit.).

Questi quattro regolamenti sollevano, però, come si vedrà, alcune perplessità, sia di ordine sistematico, presentando in alcuni casi lacune oppure deroghe alle disposizioni della legge n. 241/1990 sui livelli essenziali delle prestazioni, sia sul piano procedurale, non essendo stati coordinati fra loro, tant'è vero che stabiliscono modi di avvio, termini infraprocedimentali e di conclusione del procedimento sanzionatorio differenti. Il che richiederebbe una revisione della disciplina, allo scopo di razionalizzarla ed uniformarla.

In particolare, per quegli aspetti che non siano stati disciplinati dai regolamenti dell'Autorità, si discute se debba applicarsi la legge n. 241/1990, in quanto legge generale sui procedimenti amministrativi, oppure la legge n. 689/1981, in quanto legge speciale sui procedimenti sanzionatori, nel caso in cui gli stessi profili siano stati regolati in modo diverso dalle due leggi. Questione, questa, che potrebbe essere risolta, trattandosi di leggi statali aventi pari forza, applicando il criterio della specialità e quindi considerando prevalente la legge n. 689/1981, in quanto speciale per l'oggetto (procedimenti sanzionatori). Ove, però, si reputi che il potere sanzionatorio dell'Avcp, come quello delle altre Autorità amministrative indipendenti, partecipi più della funzione di vigilanza e regolazione, che non della classica funzione punitiva e dissuasiva, tipica della sanzione in senso stretto, potrebbe ritenersi che la legge cui attingere preferenzialmente per colmare i vuoti sia da individuarsi piuttosto nella legge n. 241/1990 [v. Monteduro, in questo lavoro collettaneo].

Per le disposizioni regolamentari sui termini di conclusione del procedimento sanzionatorio, che, invece, deroghino alla disciplina generale dell'art. 2 della legge n. 241/1990, ove, diversamente dall'art. 18 della legge n. 689/1981 (che non prevede un termine entro il quale deve essere adottata l'ordinanza di ingiunzione o di archiviazione), è stato fissato, è noto, un termine per l'adozione del provvedimento finale, si potrebbe richiamare, ai fini del rispetto del principio della gerarchia delle fonti, la copertura derivante dalle singole leggi istitutive delle Autorità amministrative indipendenti, le quali, per la disciplina dei procedimenti di competenza di ciascuna Autorità, rinviano, in modo più o meno ampio, alla loro autonomia normativa.

Il problema si pone principalmente per quelle norme regolamentari che stabiliscano "garanzie inferiori" rispetto ai livelli di tutela assicurati ai privati dalla legge n. 241/1990, come accade, ad esempio, per le previsioni dell'Avcp (e delle altre Autorità indipendenti) sulla "durata massima" del procedimento sanzionatorio, molto più lunga, come vedremo, nonostante siffatte disposizioni, secondo la legge n. 241/1990 (art. 29, c. 2-*bis*), attengano ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», la cui determinazione, ai sensi della nostra Costituzione, è noto, spetta in via esclusiva al legislatore statale (art. 117, c. 2, lett. m), Cost.).

A tal proposito, se si fa leva soltanto sul dato letterale dell'art. 2, si potrebbe sostenere che i termini di novanta e centottanta giorni, stabiliti dai commi 3 e 4, non rappresenterebbero limiti massimi invalicabili per i regolamenti delle Autorità indipendenti, in quanto il successivo comma 5 sembrerebbe consentirgli di prevedere anche termini di conclusione del procedimento più lunghi.

Sul punto, appare però preferibile un'altra tesi [cfr. Monteduro, in questo lavoro collettaneo], che, invece, richiamando, sul piano sistematico, l'art. 29 della legge n. 241/1990, nella parte in cui vieta alle Regioni ed agli Enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, di stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni, sostiene che l'autonomia normativa, di rango regolamentare, attribuita dalla legge alle Autorità indipendenti, organismi costituzionalmente non contemplati, non può essere considerata superiore, in termini di forza e di ampiezza, all'autonomia normativa, che è anche di tipo statutario e (per le Regioni) legislativo, riconosciuta dalla Costituzione alle Regioni ed agli Enti locali, enti territoriali democraticamente rappresentativi, costituzionalmente necessari e dall'autonomia costituzionalmente garantita. Sicché, *a fortiori*, anche le Autorità indipendenti sarebbero tenute a conformarsi alle disposizioni sui livelli essenziali delle prestazioni, tant'è vero che l'art. 7, c. 3, della legge n. 69/2009 (la quale, è noto, ha modificato il testo dell'art. 2 della legge generale sul procedimento), ha incluso le disposizioni regolamentari delle Autorità indipendenti tra gli atti che cessano di avere effetto (decorso un anno dalla data di entrata in vigore della legge), qualora abbiano previsto termini per la conclusione dei procedimenti superiori a quelli stabiliti dalla legge n. 241/1990.

3. *Le fasi del procedimento sanzionatorio: la pre-istruttoria.*

Il procedimento di irrogazione delle sanzioni da parte dell'Avcp, avviato d'ufficio o sulla base delle denunce e delle segnalazioni ricevute dai soggetti interessati, si sviluppa attraverso diverse fasi, che possono essere suddivise in tre mo-

menti: pre-istruttoria e istruzione probatoria, entrambe gestite dagli uffici competenti dell'Autorità, conclusione del procedimento con l'adozione della decisione finale sull'irrogazione o meno della sanzione, riservata invece alle deliberazioni del Consiglio.

Nella fase pre-istruttoria, disciplinata soltanto dal regolamento generale del 2010, l'ufficio competente svolge un'attività di indagine preliminare sulla sussistenza o meno degli elementi della fattispecie sanzionatoria di competenza dell'Autorità, al fine di decidere se proseguire con una comunicazione formale di avvio del procedimento sanzionatorio, oppure, se optare per l'archiviazione, nel caso in cui "risulti evidente" che non sussistono i presupposti per l'applicazione della sanzione, dando trimestralmente notizia riassuntiva al Consiglio delle archiviazioni effettuate in tale fase.

La decisione "finale" sul formale avvio del procedimento sanzionatorio contro le soa, nei casi previsti dall'art. 73, del d.P.R. n. 207/2010, non spetta però all'ufficio ma al Consiglio, in quanto, in base al regolamento del 25 marzo 2011 (art. 3, c. 1), l'unità organizzativa competente si deve limitare, sul punto, a formulare una semplice "proposta" al Consiglio.

Nel caso di denunce (o segnalazioni), il regolamento del 2010 fissa inoltre un termine massimo per la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio, che è di novanta giorni, decorrenti dalla data in cui la denuncia (o segnalazione) è ritenuta completa. Termine, questo, considerato perentorio da una parte della giurisprudenza, che qualifica, altresì, come recettizio l'atto di avvio del procedimento sanzionatorio (Tar Lazio, Roma, sez. III, 7 dicembre 2012, n. 10249). Mentre, se la segnalazione risulti incompleta, ma appaiano esistere gli elementi della fattispecie sanzionata, oppure tali elementi non possano essere esclusi, l'ufficio, secondo quanto dispone il regolamento del 2010, all'art. 3, c. 4, richiede le necessarie integrazioni al denunciante, che è obbligato a fornirle entro i termini indicati, altrimenti potrà essere assoggettato ad una sanzione pecuniaria da parte dell'Autorità, in virtù del potere sanzionatorio di carattere generale attribuitole contro gli operatori del settore che siano inadempienti alle sue richieste di informazioni, documenti e chiarimenti, oppure forniscano informazioni o esibiscano documenti non veritieri (art. 6, c. 11, cit.).

Non è invece previsto un termine per l'eventuale archiviazione, che di fatto pone fine al procedimento sanzionatorio, sicché potrebbe dubitarsi se debba applicarsi il termine residuale di trenta giorni, previsto dall'art. 2, c. 2, della legge generale sul procedimento, oppure, preferibilmente, il termine di novanta giorni, previsto per la comunicazione dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, al fine di evitare una differenziazione ingiustificata del termine di conclusione della fase pre-istruttoria, a seconda che la denuncia sia accolta o meno.

L'archiviazione, infine, se qualificata come un provvedimento amministrativo negativo e segnatamente come un provvedimento di rifiuto o diniego di esercizio del potere sanzionatorio, va assoggettata all'obbligo di motivazione ed è considerata impugnabile da parte del soggetto denunciante, se portatore di un interesse qualificato e differenziato [v. De Lucia, 2002, 736 ss.], che assume essere stato leso dall'archiviazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 986).

4. (segue) *L'istruzione probatoria.*

Gli strumenti garantistici, considerati in parte carenti nella fase pre-istruttoria, trovano ampio riconoscimento nella fase istruttoria del procedimento sanzionatorio, ove si instaurano tutte le garanzie partecipative, piuttosto rafforzate e penetranti.

In questa fase è innanzitutto assicurata la partecipazione di tutti i soggetti interessati, in quanto il regolamento generale, in linea con la legge generale sul procedimento, stabilisce che l'atto di avvio venga comunicato, non solo ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed al soggetto esterno all'Autorità che ha effettuato la denuncia (o segnalazione), ma anche ai soggetti controinteressati, individuati o facilmente individuabili, che possono subire un pregiudizio dal procedimento in corso; mentre, se il numero dei destinatari è rilevante, per cui la comunicazione personale risulti impossibile o particolarmente gravosa, gli elementi essenziali del procedimento devono essere resi noti mediante forme di pubblicità idonee, di volta in volta stabilite dall'Autorità medesima, tra cui la pubblicazione sul suo sito web.

Tra gli elementi essenziali da indicare nella comunicazione di avvio figurano: l'oggetto del procedimento; il termine per l'invio di eventuali memorie, controdeduzioni e documenti, oltre che per la richiesta di audizione; l'ufficio ove è possibile accedere agli atti della procedura; il responsabile ed il termine di conclusione del procedimento.

L'audizione, in particolare, può essere richiesta dai partecipanti necessari, oppure può essere convocata dal responsabile del procedimento, in virtù dei suoi poteri istruttori piuttosto ampi nei confronti di stazioni appaltanti, imprese, soa ed ogni altro soggetto che sia in grado di fornire elementi probatori utili ai fini dell'accertamento dei fatti, oppure, infine, può essere disposta dallo stesso Consiglio. A garanzia dei soggetti che vi partecipano, è inoltre previsto che la convocazione dell'audizione sia formulata per iscritto e riporti, tra le altre cose, i fatti e le circostanze in relazione alle quali i soggetti sono convocati, nonché la data e lo scopo dell'audizione, nello svolgimento della quale deve essere assicurato il con-

traddittorio tra le parti, con la redazione e sottoscrizione, da parte del funzionario competente e dei soggetti intervenuti (a cui viene consegnato in copia o per stralci), di un apposito verbale finale nel quale vanno indicati sinteticamente i principali elementi emersi nel corso della stessa.

5. (segue) *La fase decisoria.*

Nella fase conclusiva del procedimento sanzionatorio si rilevano sensibili differenze di disciplina tra i vari regolamenti.

Secondo il regolamento generale del 2010, per esempio, al direttore generale, su proposta del dirigente dell'ufficio sanzioni, compete il potere, analizzata la documentazione agli atti, non solo di sottoporre la questione al Consiglio, per la relativa decisione, ma anche di disporre l'archiviazione, nel caso in cui sia stato accertato che non sussiste il presupposto per la comminazione della sanzione. Un potere di archiviazione, quello del dirigente generale, che non è contemplato dagli altri due regolamenti del 2011, i quali prevedono soltanto che all'esito delle valutazioni istruttorie gli uffici sottopongano la questione al Consiglio per la relativa decisione finale, che dovrà essere adeguatamente motivata ed indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che l'hanno determinata, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, sempre che il Consiglio non ritenga di disporre ulteriori approfondimenti o supplementi d'istruttoria, con l'instaurazione di un nuovo contraddittorio e la riapertura dei termini procedimentali.

Soltanto nel regolamento che disciplina il procedimento sanzionatorio a carico delle imprese, che presentino falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini della qualificazione (nell'ipotesi prevista dall'art. 40, c. 9-*quater*, del codice), vi è un'ulteriore garanzia in favore delle stesse, in quanto il Consiglio, ove ritenga sussistenti i presupposti per la contestazione del dolo o della colpa grave all'impresa, ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico per l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto per il periodo di un anno, deve in ogni caso comunicarle i contenuti dell'emanando provvedimento, assegnando un termine non superiore a dieci giorni per la presentazione di prove e memorie a difesa.

Nel caso in cui, poi, il Consiglio deliberi di irrogare la sanzione pecuniaria e/o la sanzione interdittiva (della sospensione dell'autorizzazione rilasciata alla soa per l'esercizio dell'attività di attestazione della qualificazione delle imprese, oppure dell'esclusione dell'impresa dalle procedure di gara fino ad un anno), lo stesso, nel determinare l'importo della prima o la durata del periodo di sospensione (o di esclusione), dovrà attenersi, nel rispetto del principio di proporzionalità ed ade-

guatezza della sanzione, richiamato dall'art. 8, c. 4, del codice, agli ulteriori criteri individuati da altre disposizioni del codice e dalla legge n. 689/1981, nonché dai suoi regolamenti e dalle sue determinazioni (cfr., in particolare, determinazioni dell'Avcp n. 1 e n. 3 del 2011), quali, in particolare: il valore economico dell'appalto cui l'infrazione si riferisce (art. 6, c. 8, del codice); la gravità dell'infrazione, in relazione al dolo ed alla colpa grave; le condizioni economiche dell'operatore coinvolto; l'eventuale reiterazione di comportamenti analoghi a quelli contestati; l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze dell'infrazione contestata.

Per quanto riguarda, infine, il termine di conclusione del procedimento, il regolamento generale del 2010 stabilisce una durata massima di centottanta giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento, che, a sua volta, si è visto, deve essere effettuata entro novanta giorni dalla segnalazione. Ma questo termine complessivo di duecentosettanta giorni può giungere fino a trecentonovanta giorni, in quanto è previsto che il termine per l'adozione del provvedimento finale sia automaticamente sospeso per un tempo massimo di centoventi giorni, nel caso in cui sia necessario svolgere alcune attività istruttorie (come, per esempio, ulteriori acquisizioni documentali, richieste integrative o audizioni). Una disciplina, quindi, sensibilmente diversa da quella contenuta nell'art. 2 della legge n. 241/1990, che stabilisce una durata massima del procedimento inferiore, che è di novanta giorni o, in presenza di determinate condizioni, di centottanta giorni, con una sospensione massima di trenta giorni, non automatica ma rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione procedente, qualora la stessa ritenga necessario acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità, non attestati in documenti già in suo possesso.

Il regolamento sui procedimenti sanzionatori a carico delle soa (nei casi previsti dall'art. 73, del d.P.R. n. 207/2010) stabilisce, invece, una durata più breve per l'adozione del provvedimento finale da parte del Consiglio, che è di novanta giorni, decorrenti, però, dalla scadenza del termine perentorio di trenta giorni, per l'invio di eventuali controdeduzioni o documenti, indicato nella comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio; comunicazione, quest'ultima, per la quale, tra l'altro, nel regolamento in esame, a differenza del precedente, non è stabilito il termine entro il quale deve essere effettuata.

Anche il regolamento sul procedimento di irrogazione delle sanzioni a carico delle imprese prevede un termine di novanta giorni per l'adozione del provvedimento finale da parte del Consiglio, decorrenti, però, dalla comunicazione di avvio del procedimento, per la quale neppure in questo caso è previsto un termine.

Questi due ultimi regolamenti del 2011 prevedono anch'essi la sospensione automatica, senza indicazione, però, del termine massimo di durata: il che po-

trebbe sollevare qualche dubbio in ordine all'applicazione del termine di centoventi giorni, previsto dal regolamento generale, oppure del termine di trenta giorni, stabilito dalla legge n. 241/1990.

Similmente, il regolamento sul procedimento di iscrizione nel casellario (dell'annotazione nei confronti dell'operatore economico escluso dalle gare) individua un termine di conclusione non superiore a novanta giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento, con la possibilità di sospenderlo per un periodo massimo, però, di quaranta giorni.

6. *Il ristretto ambito di applicazione della potestà sanzionatoria dell'Avcp.*

Nonostante l'Autorità, si è visto, sia titolare della potestà di irrogare una serie di sanzioni amministrative di diversa natura, sia pecuniaria sia interdittiva, a carico dei soggetti che operano nel mercato degli appalti pubblici, merita tuttavia di essere sottolineato il circoscritto ambito di esercizio di siffatta potestà, in quanto la misura afflittiva, al di fuori del caso delle soa, come vedremo, risulta fondamentalmente concepita come strumento di *enforcement* dell'ampio potere di controllo dell'Avcp, anche di tipo ispettivo, nonchè degli altri obblighi informativi posti dal codice e dal regolamento di attuazione a carico dei soggetti vigilati [Celone, 2012, 228 ss.]. Diversamente, il potere sanzionatorio attribuito dalla legge alle altre Autorità amministrative indipendenti è posto a garanzia (anche) dei loro poteri di regolazione e degli atti, generali ed individuali, che ne sono manifestazione: secondo una prospettiva generale, che riconosce alla funzione sanzionatoria un carattere di strumentalità e di complementarietà rispetto alle funzioni di amministrazione attiva [Travi, 1983, 240 ss.; Pagliari, 1988, 204 ss.] e, in questo caso, in rapporto alla funzione di vigilanza e regolazione indipendente, nei confronti della quale la sanzione si configura come strumento di garanzia dell'effettività dell'azione amministrativa, in quanto assolve un compito che è non solo di prevenzione dei comportamenti indesiderati e di repressione o di afflizione dei soggetti responsabili delle violazioni, ma è anche di attuazione e promozione del diritto e di conformazione ad esso delle condotte dei soggetti destinatari [in questo senso: Bani, 2000, 192 ss.; Ponti, 2003, 628; Salvatore - Anastasi, 2004, 1639; Titomanlio, 2007, 475, 480 ss.; Troise Mangoni, 2012, 21].

L'apparato sanzionatorio di cui l'Autorità dispone risulta quindi inadeguato al confronto con quello predisposto dal legislatore a garanzia della funzione di vigilanza e regolazione delle altre Autorità indipendenti, che, invece, hanno, il potere di irrogare sanzioni amministrative di vario tipo (pecuniarie e non solo) a carico dei soggetti vigilati, sia quando questi violino le disposizioni legislative e regolamentari con finalità informativa e di controllo o di altro genere, oppure

non ottemperino alle richieste di informazioni formulate dalle stesse Autorità, sia qualora non osservino i loro atti normativi ed i loro provvedimenti generali ed individuali (cfr., per es.: art. 2, c. 20, lett. c), legge n. 481/1995; artt. 14, c. 5, 14-*bis*, c. 3, 14-*ter*, c. 2, 15 e 18, legge n. 287/1990; artt. 144, 145, d.lgs. n. 385/1993; artt. 187-*bis* e ss., in part. artt. 187-*septies*, 187-*quinquiesdecies* e ss., 190, 195, 196, d.lgs. n. 58/1998; artt. 5, 324 ss., d.lgs. n. 209/2005; artt. 161-166, d.lgs. n. 196/2003).

La stessa Autorità è consapevole, d'altra parte, del ruolo depotenziato assegnato alla propria potestà sanzionatoria, tant'è vero che, nel 2012, ha chiesto al legislatore di rafforzarla, in particolare nei confronti delle stazioni appaltanti, al fine di garantire maggiore efficacia alla sua azione di vigilanza (si v., sul punto, l'atto di segnalazione dell'Autorità n. 1 del 12 gennaio 2012, che, tra l'altro, riprende in parte quanto già espresso dalla stessa nella Relazione annuale, del 2010, al Governo ed al Parlamento).

L'Avcp, allo stato attuale, è quindi competente ad irrogare sanzioni a carico delle stazioni appaltanti, delle soa, delle imprese concorrenti e degli altri operatori economici del settore, ma soltanto nel caso in cui questi soggetti non adempiano, entro termini stabiliti direttamente dalla legge o indicati dall'Autorità, alle sue richieste di documenti ed informazioni, o agli altri obblighi informativi prescritti dal codice e dal regolamento di attuazione, in favore della stessa Autorità o delle stazioni appaltanti; non anche allorquando detti soggetti non si uniformino ai suoi atti di regolazione, generali ed individuali. Eccetto, però, il caso delle soa, nei confronti delle quali l'Autorità è legittimata ad irrogare sanzioni, sia pecuniarie sia interdittive (sospensione e, nei casi più gravi, decadenza dell'autorizzazione all'attività di attestazione), qualora questi organismi societari svolgano la loro attività di attestazione della qualificazione delle imprese in modo non conforme a quanto stabilito direttamente, non solo dalla legge (art. 40, c. 9-*ter*) e dal regolamento (art. 73), ma anche dall'Autorità con il provvedimento di autorizzazione (della soa) allo svolgimento dell'attività di certificazione (cfr. art. 73, c. 2, lett. b) e c). In questi casi, infatti, la sanzione costituisce una misura di *enforcement* della regola imposta dall'Autorità alla soa.

7. *Le sanzioni pecuniarie nei confronti delle stazioni appaltanti, delle imprese e delle soa.*

Vi sono diversi casi, previsti dal codice e dal regolamento di attuazione, in cui l'Avcp è legittimata a comminare sanzioni pecuniarie a carico delle stazioni appaltanti, delle soa, delle imprese e degli altri operatori economici del settore, che riguardano, in genere, si è visto, la violazione di una serie di obblighi informativi, imposti anche dall'Autorità.

La legge stabilisce due diversi limiti edittali, a seconda del tipo e della gravità dell'infrazione: fino ad un massimo di 25.822 euro, se i soggetti interessati rifiutano oppure omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti; fino ad un massimo di 51.545 euro, se i soggetti interessati, invece, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri (art. 6, c. 11).

La quantificazione della sanzione da parte dell'Autorità deve essere inoltre commisurata al valore del contratto pubblico cui la violazione si riferisce ed agli altri parametri prima indicati, quali: la gravità dell'infrazione commessa, con riferimento al profilo soggettivo del dolo o della colpa, le condizioni economiche dell'operatore coinvolto, l'eventuale reiterazione di comportamenti analoghi a quelli contestati, l'opera svolta dall'agente per eliminare o attenuare le conseguenze dell'infrazione contestata.

Tali sanzioni pecuniarie si applicano, in particolare, alle stazioni appaltanti, alle soa, alle imprese ed agli altri operatori economici del settore, destinatari delle richieste di accesso, delle ispezioni ed in genere delle indagini conoscitive dell'Autorità (nel corso delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti, oppure in quelle di qualificazione delle imprese), qualora questi soggetti si rifiutino oppure omettano, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o i documenti richiesti, oppure forniscano informazioni od esibiscano documenti non veritieri (artt. 6, c. 11, 7, c. 8, lett. b), del codice; artt. 73 e 74, del regolamento di attuazione, cit.). Alle stazioni appaltanti ed agli enti aggiudicatori che, per i contratti di importo superiore a 50.000 euro, siano inadempienti agli obblighi informativi in favore dell'Osservatorio, analiticamente descritti dall'art. 7, c. 8, del codice, omettendo, senza giustificato motivo, di fornire, entro termini prestabiliti, i dati richiesti, oppure trasmettendo dati non veritieri. Possono essere inflitte anche alle imprese che non ottemperino, entro il termine di dieci giorni, alle richieste delle stazioni appaltanti di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, oppure forniscano alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri in merito al possesso dei requisiti di qualificazione, oppure non comunichino all'Osservatorio le variazioni dei requisiti previsti dal regolamento (artt. 6, c. 11, 48, del codice; art. 74, c. 6, del regolamento). Ed infine alle soa, quando violino gli obblighi informativi prescritti dalla legge e dal regolamento, oppure svolgano la loro attività in modo non conforme alle disposizioni stabilite dalla legge o dal regolamento o direttamente dall'Autorità (art. 73, reg.).

8. *Le sanzioni interdittive a carico delle imprese e delle soa.*

A presidio degli obblighi informativi, nell'ambito delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti e di qualificazione delle imprese, nonché delle disposizioni che regolamentano l'attività di certificazione della qualità delle imprese da parte delle soa, il codice ed il regolamento di attuazione attribuiscono all'Autorità anche un potere sanzionatorio di tipo interdittivo, che ha come destinatari, però, soltanto i soggetti e le imprese concorrenti o le soa, non già le stazioni appaltanti.

Un potere afflittivo che si manifesta con l'adozione di provvedimenti di vario tipo, a seconda dei casi e della loro gravità: esclusione delle imprese dalla partecipazione alle procedure di gara fino ad un anno, sospensione per un anno dei loro attestati di qualificazione, decadenza degli stessi; sospensione o decadenza dell'autorizzazione rilasciata alle soa per svolgere l'attività di attestazione.

Sono tutte misure sanzionatorie di carattere interdittivo, in quanto incidono sulle situazioni giuridiche dei soggetti concorrenti, privati del diritto di partecipare alle procedure concorsuali per un tempo determinato o senza un limite temporale (nel caso di decadenza dell'attestato), oppure delle soa, a cui viene preclusa, temporaneamente o definitivamente, la prosecuzione dell'attività di certificazione della qualità delle imprese.

Nei confronti, in particolare, dei soggetti esecutori di lavori, servizi e forniture, che presentino false dichiarazioni o falsa documentazione in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento di subappalti, oppure ai fini della qualificazione, rispettivamente le stazioni appaltanti e le soa ne danno segnalazione all'Autorità, la quale, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione deve essere cancellata e perde comunque efficacia (artt. 38, c. 1-*ter*, 40, c. 9-*quater*, del codice). L'avvio del procedimento di iscrizione dei dati nel casellario deve essere in ogni caso notificato al soggetto interessato, a garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio, anche quando la trasmissione degli atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti o delle soa, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni (Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905; negli stessi termini, Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8).

Anche contro i soggetti che partecipino alle procedure di gara, ma che non dimostrino alle stazioni appaltanti di possedere i requisiti di qualificazione richiesti, l'Autorità ha il potere di infliggere, oltre alle sanzioni pecuniarie, la sanzione

della sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento, per un periodo che può oscillare da un minimo di un mese ad un massimo di dodici mesi (art. 48). Tale sanzione interdittiva si applica, più precisamente, ai soggetti concorrenti sorteggiati entro un campione del dieci per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, che, richiesti dalle stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste, di comprovare, nel termine di dieci giorni (considerato perentorio dalla giurisprudenza: cfr. CGA per la Regione Sicilia, 6 marzo 2008, n. 184), il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata (nel bando o nella lettera di invito), non forniscano la prova o non confermino le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta. Le stesse sanzioni si applicano, anche dopo la conclusione delle operazioni di gara, all'aggiudicatario ed al secondo in graduatoria, che non siano stati ricompresi tra i concorrenti sorteggiati, qualora gli stessi, richiesti di comprovare il possesso dei predetti requisiti, commettano lo stesso tipo di infrazione.

In questi casi, tra l'altro, le sanzioni pecuniarie ed interdittive dell'Autorità si aggiungono ai provvedimenti sanzionatori di competenza delle stazioni appaltanti, che sono l'esclusione del concorrente dalla gara e l'escussione della relativa cauzione: sanzioni, queste delle stazioni appaltanti, che, secondo la giurisprudenza, si applicano in relazione al solo fatto oggettivo della «mancata, inesatta o irregolare dichiarazione sul possesso dei requisiti» (per partecipare alla gara), non essendo richiesta un'indagine sulla condotta del dichiarante per accertare se sussiste l'elemento soggettivo del dolo o della colpa (così, Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3045), indipendentemente dal fatto che i requisiti dichiarati dall'operatore economico siano effettivamente posseduti, essendo l'esclusione e l'incameramento della cauzione volti a sanzionare il comportamento inadempiente del soggetto che partecipa alla gara. A meno che, però, l'operatore economico comprovi che l'omissione o il ritardo non gli sia imputabile, perché, in questo caso, l'Avcp ritiene doveroso (cfr. determinazione n. 5/2009) l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione, con la restituzione, da parte della stazione appaltante, della cauzione già incamerata e l'archiviazione, da parte dell'Autorità, del procedimento sanzionatorio.

Altre sanzioni interdittive, che si aggiungono alle sanzioni pecuniarie nei confronti delle imprese che violino gli obblighi informativi scaturenti dalle richieste dell'Autorità, sono contemplate dal regolamento di attuazione, all'art. 74, che, al comma 2, attribuisce all'Avcp il potere, qualora perduri l'inadempimento dell'impresa agli obblighi informativi, nel caso in cui siano trascorsi sessanta giorni dalla scadenza del termine di trenta giorni per adempiere a tali obblighi, di sospendere l'attestazione di qualificazione per il periodo di un anno, nonché, decorso il termine della sospensione, qualora l'impresa continui ad essere inadempiente, di disporre la decadenza dell'attestazione.

Alle soa, invece, non solo nel caso in cui non ottemperino agli obblighi informativi, ma anche quando violino norme di altro genere o disposizioni dell'Autorità che disciplinino le modalità di esercizio della loro attività di certificazione, l'Avcp è competente ad infliggere, in aggiunta alle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive della sospensione o della decadenza dell'autorizzazione allo svolgimento della predetta attività, nei casi e nei modi analiticamente indicati dall'art. 40, c. 9-*ter*, del codice, nonché dall'art. 73, del regolamento di attuazione, che, al comma 3, per l'applicazione della sanzione della sospensione, richiede, comunque, l'accertamento (da parte dell'Autorità) del dolo o della colpa grave.

L'ambito di applicazione della sanzione interdittiva conferisce, pertanto, maggiore efficacia all'azione di vigilanza dell'Autorità sull'attività delle soa piuttosto che delle stazioni appaltanti. La legge, infatti, non le attribuisce il potere di irrogare misure pecuniarie né (tanto meno) interdittive contro le amministrazioni affidatarie che non si uniformino ai suoi provvedimenti di regolazione. Le uniche sanzioni che può adottare nei loro confronti sono, si è visto, quelle pecuniarie, ma soltanto nell'ipotesi di inadempimento degli obblighi informativi. Mentre, nel caso delle soa, si ripete, le sanzioni, pecuniarie ed interdittive, risultano concepite come strumento di *enforcement* anche delle sue prescrizioni regolative, così com'è previsto per analoghi provvedimenti di competenza di altre Autorità indipendenti, legittimate ad applicare le sanzioni anche quando i soggetti vigilati non osservino le loro regole, generali o individuali.

9. *La rilevanza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.*

Per alcune delle fattispecie sanzionatorie, soprattutto per quelle di carattere pecuniario, non appare del tutto chiaro se l'applicazione, da parte dell'Autorità, della sanzione amministrativa debba conseguire automaticamente all'inadempimento, da parte della stazione appaltante o della soa o dell'impresa, dell'obbligo informativo prescritto direttamente dalla legge o scaturente da una richiesta della medesima Autorità, oppure alla violazione da parte della soa di disposizioni di altro genere, senza alcuna indagine sull'elemento soggettivo del dolo o della colpa, eccetto che per graduare l'importo della sanzione pecuniaria o il periodo di sospensione, quasi fosse una forma di responsabilità di tipo oggettivo, considerato che soltanto per alcuni dei casi sopra indicati la legge impone espressamente all'Autorità di verificare preliminarmente se l'omissione delle informazioni richieste sia dovuta a giustificati motivi.

Nelle ipotesi in cui non ricorre l'inciso «senza giustificato motivo», potrebbe cioè sorgere il dubbio che il provvedimento sanzionatorio possa essere adottato dall'Autorità per il semplice fatto oggettivo della violazione della disposizione.

Ma una tale opzione interpretativa solleverebbe dubbi di legittimità costituzionale, per violazione del principio costituzionale di uguaglianza, sotto il profilo della disparità del trattamento sanzionatorio dei soggetti vigilati, talvolta del medesimo soggetto (nel caso della soa o dell'impresa), a seconda di quale fattispecie rilevi, considerato che soltanto in alcuni casi all'Autorità sarebbe espressamente preclusa l'adozione della misura afflittiva, qualora abbia accertato che la violazione sia stata determinata da giustificati motivi.

L'Autorità, al contrario, nel rispetto del principio dell'effettività del contraddittorio e del diritto di difesa, richiamati (anch'essi) dall'art. 8, c. 4, del codice, deve sempre concedere al soggetto al quale contesti la violazione degli obblighi d'informazione o infrazioni di altro genere, un termine congruo, affinché questi possa presentare per iscritto eventuali giustificazioni, che la stessa è tenuta a valutare prima di deliberare in merito all'irrogazione della sanzione. All'Autorità è cioè riservato uno spazio di discrezionalità che elimina qualunque pericolo di automatismo, in quanto la medesima ha il potere ed il dovere di valutare le giustificazioni fornite dal soggetto che intenda sanzionare: è tenuta, in particolare, a verificare l'effettiva assenza di fondati motivi, idonei a giustificare l'inadempimento degli obblighi informativi o di altro genere da parte dei destinatari, nonché ad esternare le ragioni per cui eventualmente disattenda le tesi difensive del soggetto passivo del procedimento sanzionatorio (in termini non dissimili: Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2002, n. 2498; Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, 19 gennaio 2001, n. 3).

L'Autorità, d'altra parte, con la determinazione n. 5 del 21 maggio 2009, al paragrafo 7, rubricato «Presupposti al cui verificarsi si ricollegano le previste misure sanzionatorie. Sanzioni irrogate dall'Autorità», ha affermato che, nel momento della concreta irrogazione della sanzione pecuniaria o della sanzione interdittiva, assumono rilevanza, nella condotta dell'operatore economico, la gravità dell'infrazione commessa, la presenza di giustificati motivi e la sussistenza della buona fede o dell'errore scusabile.

Si ritiene, pertanto, che l'Avcp non possa irrogare la sanzione amministrativa, né a carattere pecuniario né a carattere interdittivo, quando abbia accertato che l'inadempimento non sia imputabile, quantomeno a titolo di colpa, al soggetto al quale sia stata contestata la violazione dell'obbligo informativo o di altro genere, oppure quando il presunto trasgressore abbia dimostrato di non essere colpevole del fatto illecito commesso.

L'elemento soggettivo del dolo o della colpa nell'azione o nell'omissione del soggetto agente dovrà in definitiva essere accertato e valutato dall'Autorità, non solo al fine di graduare l'entità della sanzione, in relazione alla gravità dell'infrazione commessa, ma anche allo scopo di non applicarla, qualora la violazione non possa essergli ascritta.

Le sanzioni dell'Autorità, del resto, anche in base al dato testuale, sono inquadrate tra le sanzioni amministrative [Caranta, 1999, 190-191; Cirillo, 2000, 754; Ieva, 2001, 1373, 1375], per cui, se non è stabilito diversamente, ad esse si possono applicare i principi generali sulle sanzioni amministrative codificati nella legge n. 689/1981 [Paliero - Travi, 1988, 217 ss.; Sandulli, 1992, 6] e, in questo caso, il principio, sancito dall'art. 3, della sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa per l'applicazione della sanzione, sebbene tale disposizione sia stata interpretata dai giudici civili ed amministrativi (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. trib., 3 agosto 2012, n. 14030; Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20930; Cass. civ., sez. II, 10 febbraio 2009, n. 3251; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2742; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926) come norma che pone una presunzione relativa di colpevolezza, gravando così sull'autore del fatto, una volta contestata dall'Autorità la ricorrenza dell'illecito amministrativo tipizzato ed incentrato sulla mera condotta inosservante, l'onere di provare l'assenza di colpa [Sandulli, 2010, 13; Cerbo, 2006, 5426].

Bibliografia

Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali,* a cura di Cagnazzo A. e Toschei S., Torino, 2012;

Aa. Vv., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti,* a cura di Fratini M., Padova, 2011;

Aa. Vv., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 1982;

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

Bani E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000;

Bobbio N., *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969;

Camilli E.L. - Clarich M., *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di cassazione*, in *Giur. comm.*, 2007;

Caranta R., *Art. 4 - Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario, a cura di Caringella F., Milano, 1999;

Casetta E., *Sanzione amministrativa,* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. XIII, Torino, 1997;

Celone C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici,* Milano, 2012;

Cerbo P., *Sanzioni amministrative,* in *Diz. dir. pubbl.,* diretto da Cassese S., VI, Milano, 2006;

Clarich M., *Le sanzioni amministrative nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca Impresa Società*, 1995*;*

Cirillo G.P., *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. appalti*, 2000;

Cuocolo L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007;

De Lucia L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002;

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie. Tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2013;

Grillo M., *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, relazione al convegno dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006;

Ieva L., *Requisiti di partecipazione alle gare pubbliche e poteri sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2001;

Licciardello S., *Le sanzioni interdittive*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, cit.;

Lombardi R., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995;

Mattarella B.G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996;

Pagliari G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988;

Paliero C.E. - Travi A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici,* Milano, 1988;

Ponti B., *Principio di legalità e presunti poteri di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Serv. pub. e appalti*, 2003;

Saitta F., *Le sanzioni amministrative nel Codice dell'ambiente: profili sistematici e riflessioni critiche*, in *Riv. giur. amb.*, 2009*;*

Salvatore P. - Anastasi A., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti,* in *Cons. St.*, 2004;

Sandulli M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *Federalismi.it*, 2010;

Sandulli M.A., *Sanzioni amministrative,* in *Enc. giur.,* vol. XXVIII, Roma, 1992;

Sandulli M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983;

Titomanlio R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007;

Travi A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983;

Troise Mangoni W., *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012;

Zanobini G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.

XVIII. Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (Aeegsi)

Erika Peroni

Sommario: 1. Premessa. – 2. Gli scopi dell'Aeegsi ai sensi della l. n. 481/1995 e il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie. – 3. Il procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi. L'attività preistruttoria e l'avvio del procedimento. – 4. (*segue*) I partecipanti al procedimento. – 5. (*segue*) Le misure cautelari. – 6. (*segue*) Il responsabile del procedimento. – 7. Gli impegni. Modalità e termini della proposta. – 8. (*segue*) L'istruttoria e il provvedimento finale. – 9. (*segue*) L'audizione finale davanti al Collegio nel procedimento sanzionatorio. – 10. (*segue*) La decisione dell'Autorità. – 11. Il calcolo della sanzione. – 12. Il pagamento della sanzione in misura ridotta. – 13. Il rapporto tra la legge n. 481/95 e la legge n. 689/1981. – 14. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Il procedimento sanzionatorio di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (di seguito "Aeegsi" o "Autorità") è disciplinato dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'Autorità, e dal recente regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e la valutazione degli impegni (deliberazione 14 giugno 2012, n. 243/2012/E/com, allegato A - di seguito "Regolamento").

Per l'esame degli aspetti che caratterizzano il procedimento sanzionatorio di competenza dell'Aeegsi, è prioritario definire le relazioni tra la disciplina in esame e quella generale in materia di sanzioni amministrative dettata dalla l. 24 novembre 1981, n. 689. In particolare, s'intende appurare se le peculiarità che contraddistinguono il procedimento sanzionatorio in esame operino in un rapporto di specialità con la disciplina generale, oppure identifichino un modello alternativo. È stato sostenuto, infatti, che la funzione della sanzione dell'Autorità non corrisponderebbe e non si ridurrebbe all'accertamento dell'illecito, ma «è indissolubilmente connessa ed ancillare rispetto alla stessa regolazione: il momento afflittivo-punitivo che pure contraddistingue anche le sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità, lungi dall'essere fine a se stesso, si rivela (strumentale) rispetto alla tutela degli interessi pubblici la cui cura è attribuita all'Autorità stessa» [Lombardi, 1995, 634; Licciardello (1), 1997, 355 ss.; Bani, 2000, 37 ss.; sui rapporti tra funzione di regolazione e potere sanzionatorio cfr., in questo lavoro collettaneo, il contributo di Trimarchi].

2. *Gli scopi dell'Aeegsi ai sensi della l. n. 481/1995 e il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie.*

La legge n. 481/1995 all'art. 1 individua come finalità delle disposizioni in essa stessa contenute «la garanzia della promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità», nonché la necessità che l'Autorità assicuri, relativamente a tali servizi, adeguati livelli di qualità – in condizioni di economicità e di redditività –, così come la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale.

Nel perseguimento delle suddette finalità, l'art. 2, c. 12, della legge istitutiva individua le seguenti funzioni dell'Aeegsi: i) controllare le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza; ii) proporre la modifica delle clausole delle concessioni e delle convezioni ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle «ragionevoli esigenze» degli utenti; iii) emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa; iv) stabilire e aggiornare in relazione all'andamento del mercato la tariffa base e i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe; v) definire i livelli generali di qualità del servizio; vi) valutare i reclami, le istanze e le segnalazioni degli utenti finali o dei consumatori in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio; vii) e, infine, verificare la congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti e di garantire la continuità della prestazione dei servizi, la qualità e l'efficacia delle prestazioni.

Per lo svolgimento delle proprie funzioni, la legge istitutiva attribuisce all'Aeegsi anche il potere di richiedere ai soggetti esercenti il servizio informazioni e documenti relativi alle loro attività, nonché di effettuare controlli in ordine all'osservanza delle convenzioni e degli eventuali contratti di programma stipulati tra l'Amministrazione concedente e il soggetto esercente il servizio. Nondimeno, la legge n. 481/1995 prevede in capo all'Aeegsi sia poteri prescrittivi, volti ad ordinare agli esercenti la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, anche imponendo un indennizzo, sia poteri sanzionatori.

L'art. 2, c. 20, lett. c), della legge istitutiva prevede in capo all'Aeegsi il potere di irrogare sanzioni amministrative: i) di natura pecuniaria in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione di controlli o nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri; ii) di natura interdittiva in caso di reiterazione delle violazioni, e in particolare di sospensione o cessazione dell'attività di impresa, salvo ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti.

I problemi sollevati da questa disposizione sono dovuti alla mancata tipizzazione del fatto suscettibile di sanzione, all'assenza di una disciplina del procedimento e dei termini preordinati all'irrogazione della sanzione, oltre che dei parametri per procedere alla quantificazione della sanzione [Passaro, 2011, 967].

Inoltre, in assenza di richiami alla l. n. 241/1990 e alla l. n. 689/1981, si ripropone anche in relazione al nuovo regolamento dell'Aeegsi il dibattito riguardante, più in generale, i rapporti tra tali leggi e i procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti [sul punto cfr., nel presente lavoro collettaneo, i contributi di Donato e di Monteduro, *I Principi* …].

A ben vedere, però, il mancato richiamo alla l. n. 241/1990 sembra essere una lacuna più apparente che reale, in quanto l'Aeegsi può senza dubbio definirsi pubblica amministrazione: cosicché la sua attività trova una disciplina generale all'interno della legge sul procedimento amministrativo.

Non si può dubitare, infatti, che la l. n. 241/1990 individui un insieme di principi costituenti il nucleo minimo di garanzie stabilite a tutela del cittadino dinanzi all'esercizio di un potere amministrativo: ragion per cui è possibile definire come "speciale" (seppur impropriamente) un'eventuale disciplina procedimentale di rango secondario solo qualora essa contenga disposizioni che si differenzino in modo più garantista dalle previsioni della l. n. 241/1990. Non è ipotizzabile, infatti, una disciplina procedimentale di rango secondario contenente disposizioni incompatibili con la legge generale sul procedimento amministrativo, in quanto ciò contrasterebbe con i principi in materia di successione delle leggi nel tempo e di rapporto tra fonti appartenenti a livelli normativi diversi [cfr., nel presente lavoro collettaneo, il contributo di Monteduro, *I principi* …].

Tali considerazioni consentono di escludere ogni perplessità che sia motivata dall'assenza di richiami alla l. n. 241/1990 all'interno della legge istitutiva dell'Aeegsi. Giacché non vi può essere alcun dubbio riguardo alla necessità, in generale, che le previsioni regolamentari disciplinanti il procedimento sanzionatorio siano conformi a quanto stabilito con tale legge.

Come si è visto, la l. n. 481/1995 prevede in capo all'Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie; tuttavia, non ne disciplina in alcun modo il procedimento, ma rinvia la disciplina dei procedimenti con effetti individuali ad un regolamento governativo (regolamento emanato con il d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244).

Per il carattere individuale dell'atto penale, fino al 2012 il d.P.R. n. 244/2001 è stato adottato anche per i procedimenti sanzionatori. Poi, con la delibera 243/2012/E/com è stata approvata la nuova disciplina del procedimento sanzionatorio e di valutazione degli impegni.

Il fondamento del nuovo regolamento dell'Aeegsi sul procedimento sanzionatorio è riconducibile al d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, il quale ha dato attuazione

alle direttive comunitarie 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE costituenti il c.d. terzo pacchetto in materia di energia. Già dal testo di tale decreto emerge la necessità che l'Autorità disciplini un procedimento sanzionatorio che permetta e garantisca la piena conoscenza degli atti istruttori, un contraddittorio pieno nella forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra la fase istruttoria e la fase decisoria (art. 45 d.lgs. n. 93/2011).

L'art. 45 del d.lgs. n. 93/2011, facendo salve le previsioni della l. n. 481/1995, introduce, inoltre, ulteriori ipotesi a seguito delle quali è previsto l'esercizio del potere sanzionatorio, prevedendo che l'Aeegsi irroghi sanzioni amministrative pecuniarie in caso di inosservanza delle prescrizioni e degli obblighi previsti dalle seguenti disposizioni:

- gli artt. 13, 14, 15, 16 del regolamento CE n. 714/2009 relativo alle condizioni di accesso alla rete per scambi transfrontalieri di energia elettrica;
- gli artt. 36, c. 3, 38, c.c. 1 e 2, e 41 dello stessi decreto d.lgs. n. 93/2011 riguardanti rispettivamente la gestione dei sistemi di trasmissione e i mercati di dettaglio;
- gli artt. 14,15,16,17,18,19 e 22 del regolamento CE n. 715/2009 relativi alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale;
- gli artt. 4 (misure di salvaguardia), 8, c.c. 4 e 5 (gestori dei sistemi di trasporto transfrontalieri), 10, c.c. 1 e 3 (separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di trasporto), 11 (beni, apparecchiature, personale e identità del gestore di trasporto indipendente), 12 (indipendenza del gestore di trasporto), 13 (indipendenza del personale e dell'amministrazione del gestore del sistema di trasporto), 14 (organo di sorveglianza del gestore del sistema di trasporto), 15 (programma di adempimenti del gestore del servizio di trasporto), 16, c. 8 (mancata realizzazione di un investimento ad opera del Gestore del servizio di trasporto), 17, c.c. 4 e 5 (gestore di sistemi indipendente), 18 (separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di stoccaggio), 19 (separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di trasporto), 23 (separazione dei gestori dei sistemi di distribuzione) e 26 (trasparenza della contabilità) dello stesso d.lgs. n. 93/2011;
- l'art. 20, c.c. 5-*bis* e 5-*ter*, del d.lgs. n. 164/2000 relativo al dovere di informazione e alle informazioni commercialmente sensibili delle imprese di gas.

Il c. 2 dell'art. 45 del d.lgs. n. 93/2011 stabilisce, peraltro, che l'Aeegsi irroghi sanzioni amministrative pecuniarie in caso di mancato rispetto delle decisioni giuridicamente vincolanti dell'Acer (Agenzia per il Coordinamento dei Regolatori dell'Energia) oltre che della stessa Autorità.

Il d.lgs. n. 93/2011 dispone che le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità non possano essere inferiori, nel minimo, a 2.500 euro e non

superiori, nel massimo, a 154.937.069,73 euro e che non possano comunque superare il 10 per cento del fatturato realizzato dall'impresa verticalmente integrata nello svolgimento delle attività afferenti la violazione nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio.

Il c. 2 dell'art. 45 prevede che ai procedimenti sanzionatori dell'Aeegsi non si applichi l'articolo 26 della l. 24 novembre 1981, n. 689, relativo al pagamento rateale delle sanzioni amministrative pecuniarie, e che il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica sia di centottanta giorni, anziché di novanta come prevede invece l'art. 14, c. 2, l. n. 689/1981. Dispone, inoltre, che l'Autorità possa deliberare (con atto motivato) l'adozione di misure cautelari, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio.

Il d. lgs. n. 93/2011 introduce l'istituto degli impegni (su cui cfr., nel presente lavoro collettaneo, il contributo di Leone), prevedendo che entro trenta giorni dalla notifica dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, l'impresa destinataria possa presentare all'Aeegsi proposte utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati. Nel caso in cui siano presentate tali proposte e l'Autorità le abbia valutate idonee, la stessa Autorità può renderle obbligatorie per l'impresa proponente e concludere il procedimento sanzionatorio senza nemmeno accertare l'infrazione. In particolare, qualora il procedimento sia stato avviato per verificare la sussistenza di violazioni delle decisioni dell'Acer, l'Autorità valuta l'idoneità degli eventuali impegni, sentita l'Acer. Sempre nell'art. 45 d.lgs. n. 93/2011 è previsto che l'Autorità possa avviare nuovamente il procedimento sanzionatorio qualora l'impresa contravvenga agli impegni assunti o la decisione si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti. In questi casi, l'Aeegsi può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria aumentata fino al doppio di quella che sarebbe stata irrogata in assenza di impegni.

Infine, il d.lgs. n. 93/2011 affida all'Autorità il compito di disciplinare con un proprio regolamento i procedimenti sanzionatori, le modalità di valutazione degli impegni, nonché i casi in cui possono essere adottate modalità procedurali semplificate di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

Le previsioni contenute nel regolamento del procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi che eventualmente si discostassero *in peius* rispetto alle garanzie procedimentali individuate dalla l. n. 241/1990, non sembrerebbero pertanto sorrette da una giustificazione normativa, in quanto il d.lgs. n. 93/2011 non contiene previsioni di contenuto derogatorio alla disciplina generale sul procedimento amministrativo. Occorre a tal proposito precisare che il riferimento alle previsioni del d.lgs. n. 93/2011 deve essere interpretato in modo tassativo, cioè senza alcuna possibilità di applicare in modo estensivo il "mandato" che tale decreto affida all'Autorità.

3. *Il procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi. L'attività preistruttoria e l'avvio del procedimento.*

Ai fini di un eventuale avvio di un procedimento sanzionatorio, le Unità organizzative previste dall'art. 2, c. 28, l. n. 481/1995, acquisiscono ogni elemento necessario anche attraverso accessi e ispezioni, richieste di informazioni e documenti, indagini conoscitive, reclami, istanze e segnalazioni come disciplinate dalle disposizioni vigenti (art. 3 del Regolamento).

Nella fase di consultazione che ha preceduto la deliberazione del Regolamento, da parte di alcuni operatori è stata prospettata l'opportunità di introdurre il contraddittorio anche nella fase preistruttoria. L'Autorità ha ritenuto invece (deliberazione 243/2012/E/com) che in questa fase il contraddittorio sia già ampiamente garantito attraverso le norme relative alle specifiche attività di acquisizione della notizia dell'illecito (richieste di informazioni e documenti, ispezioni), chiarendo che tali norme sono soggette, tra l'altro, alla disciplina di cui al d.P.R. n. 244/2001.

L'art. 4 del Regolamento disciplina, poi, l'avvio del procedimento, prevedendo che qualora il Collegio ravvisi – sulla base degli elementi raccolti dagli Uffici durante la fase preistruttoria – gli estremi di un possibile intervento da parte dell'Autorità per l'esercizio dei poteri di cui all'articolo 2, c. 20, lett. c) e d) della legge istitutiva, deliberi l'avvio del procedimento.

È interessante osservare come la previsione di un dovere in capo all'Aeegsi di verificare ogni elemento (tra cui le istanze e le segnalazioni volte a stimolare l'esercizio del potere sanzionatorio) denoti il suo potere sanzionatorio in termini di doverosità.

Appare inoltre di rilevo l'art. 4, relativo all'avvio del procedimento, secondo cui sussisterebbe un dovere in capo all'Autorità di avviare un procedimento sanzionatorio qualora all'esito dell'istruttoria preprocedimentale appaia anche solo possibile l'esercizio del corrispondente potere.

Tornando all'avvio del procedimento, il Regolamento prevede che la relativa delibera indichi gli elementi essenziali già acquisiti, il responsabile del procedimento (il responsabile della Direzione Affari Giuridici e Contenzioso ovvero il dirigente o il funzionario da questi designato), l'Ufficio presso il quale può prendersi visione degli atti del procedimento e i termini di conclusione dell'istruttoria e del procedimento. Il procedimento sanzionatorio presso l'Aeegsi non prevede un termine massimo generale per la conclusione del procedimento, ma riserva in capo all'Autorità la competenza di fissare questo termine caso per caso sulla base della probabile complessità istruttoria al momento dell'avvio del procedimento.

L'avvio del procedimento è notificato ai destinatari del provvedimento finale (entro il termine di centottanta giorni, se la sede legale è in Italia, o trecento-

sessanta giorni dal completo accertamento, se la sede legale è all'estero), a coloro che per legge devono intervenirvi e agli altri soggetti che hanno presentato reclami, istanze e segnalazioni (contenenti elementi utili all'istruttoria e che abbiano un interesse diretto, immediato e attuale all'esito del procedimento). Dell'avvio del procedimento è data, altresì, notizia con la pubblicazione della relativa delibera sul sito *internet* dell'Autorità.

4. (segue) *I partecipanti al procedimento.*

Possono partecipare al procedimento i soggetti ai quali sia stata comunicata la delibera di avvio del procedimento e i soggetti, portatori di interessi pubblici o privati – anche costituiti in associazioni o comitati – cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dai fatti per i quali è stato avviato il procedimento o dai provvedimenti che possono essere adottati in esito a quest'ultimo. Costoro possono chiedere di intervenire nel procedimento entro trenta giorni dalla pubblicazione della delibera di avvio del procedimento, mediante richiesta scritta, contenente almeno il nome, il cognome, la denominazione o la ragione sociale, la sede, la residenza o il domicilio del richiedente, il procedimento nel quale si intende intervenire nonché l'interesse alla base dell'intervento.

I soggetti che partecipano al procedimento possono: i) presentare memorie scritte e documenti (entro e non oltre sessanta giorni dalla notifica della delibera di avvio del procedimento o dalla sua pubblicazione, *ex* art. 14 del Regolamento), deduzioni e pareri; ii) avere accesso ai documenti inerenti al procedimento, salvo che si tratti di documenti riservati in accoglimento d'istanze in tal senso delle parti interessate; iii) partecipare all'audizione finale avanti al Collegio (art. 21 del Regolamento); iv) assistere all'audizione delle altre parti del procedimento, salvo sussistano ragioni di riservatezza relative ai soggetti ammessi all'audizione, i quali per salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite, devono contestualmente presentare, a pena di decadenza, un'apposita richiesta adeguatamente motivata.

5. (segue) *Le misure cautelari.*

Il Regolamento prevede anche la possibilità che l'Autorità possa, in caso di particolare urgenza e di constatazione, a un sommario esame, della sussistenza di violazioni di propria competenza, deliberare d'ufficio con atto motivato l'adozione di misure cautelari ai sensi dell'art. 45, c. 6 *bis*, d.lgs. n. 93/2011, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio.

Il provvedimento di adozione delle misure cautelari deve contenere l'indicazione del termine finale di efficacia delle medesime e non può essere rinnovato, né prorogato. La misura cautelare cessa automaticamente in caso di mancato avvio del procedimento sanzionatorio entro il termine previsto dall'art. 45, c. 5, d.lgs. n. 93/2011.

Entro il termine di quindici giorni dalla notifica del provvedimento di adozione della misura cautelare, il destinatario può presentare una documentata e motivata istanza di riesame del provvedimento cautelare. Qualora sia necessario acquisire ulteriori informazioni o elementi di valutazione, il responsabile del procedimento può richiedere ai soggetti che ne siano in possesso informazioni e documenti utili all'istruttoria. In tali circostanze, il responsabile del procedimento può proporre al Collegio di disporre accessi ed ispezioni, perizie o consulenze.

6. (segue) *Il responsabile del procedimento.*

Il responsabile del procedimento, qualora lo ritenga utile ai fini istruttori, può disporre audizioni, nel rispetto di eventuali esigenze di riservatezza, con un preavviso di almeno dieci giorni. Delle audizioni davanti al responsabile del procedimento è redatto processo verbale a norma dell'art. 32 del Regolamento e può essere disposta, dal responsabile del procedimento, la registrazione magnetica.

Il responsabile del procedimento, allorché ritenga completa l'attività istruttoria, comunica ai partecipanti al procedimento le risultanze istruttorie e indica loro un termine, non inferiore a quarantacinque giorni, entro e non oltre il quale possono presentare memorie di replica e documenti.

7. *Gli impegni. Modalità e termini della proposta.*

Di notevole rilievo è l'introduzione, nel quadro del procedimento sanzionatorio presso l'Aeegsi, dell'istituto degli impegni. In questo modo il d.lgs. n. 93/2011 (e coerentemente il Regolamento) ha previsto che il procedimento sanzionatorio dell'Autorità, in caso di accettazione dell'impegno, si possa concludere con un atto alternativo rispetto all'accertamento della responsabilità e alla conseguente applicazione della sanzione [Leone, 2012, 87 ss.].

È previsto, infatti, che a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notifica della delibera di avvio del procedimento sanzionatorio, il soggetto destinatario della delibera di avvio possa presentare al responsabile del procedimento impegni «utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate» (art. 16 del Regolamento). Se presentata tempestivamente la proposta di

impegni comporta l'interruzione dei termini del procedimento sino alla comunicazione o della declaratoria di irricevibilità da parte del responsabile del procedimento o del provvedimento di inammissibilità oppure del provvedimento finale.

A pena d'irricevibilità, la proposta di impegni deve essere redatta per iscritto secondo uno schema prestabilito (individuato dall'Allegato 1 al Regolamento) e contenere in dettaglio gli obblighi che l'operatore si dichiara disposto ad assumere, i costi previsti e i relativi tempi di attuazione.

I proponenti che intendano salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite, devono contestualmente presentare, a pena di decadenza, un'apposita richiesta adeguatamente motivata ed evidenziare in appositi riquadri le parti che ritengono di carattere riservato.

Il responsabile del procedimento, in caso di necessità, può chiedere al proponente chiarimenti e precisazioni sulla proposta presentata. A pena di decadenza, nei successivi trenta giorni, il proponente presenta al responsabile del procedimento un'integrazione della proposta d'impegni tenendo conto dei chiarimenti o precisazioni richiesti.

Infine, l'art. 16 del Regolamento prevede che venga data notizia della presentazione della proposta di impegni ai soggetti partecipanti diversi dal proponente.

Previo parere favorevole del responsabile del procedimento, l'Autorità dichiara ammissibile con proprio provvedimento la proposta di impegni, disponendone la pubblicazione sul proprio sito *internet*.

Viceversa, l'Autorità, sentito il responsabile del procedimento, dichiara inammissibile la proposta di impegni: i) qualora la proposta d'impegni risulti generica o presentata per finalità dilatorie, o la condotta contestata non sia cessata, ovvero nel caso in cui gli impegni assunti siano manifestamente inutili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate; ii) quando le misure in essa contenute non siano idonee a ripristinare l'assetto degli interessi anteriori alla violazione o ad eliminare, almeno in parte, eventuali conseguenze immediate e dirette della violazione; iii) qualora gli impegni proposti consistano nel mero adempimento dell'obbligo violato; iv) qualora l'Autorità, in relazione alla particolare gravità della violazione contestata o dei precedenti provvedimenti sanzionatori dai quali possa desumersi la particolare inclinazione del soggetto alla commissione di illeciti amministrativi di competenza dell'Autorità stessa, ritenga di dover comunque procedere all'accertamento della violazione.

Ove il procedimento sia stato avviato per accertare violazioni di decisioni dell'Acer, l'Autorità deve valutare l'idoneità degli eventuali impegni, sentita la stessa Acer.

La decisione relativa all'ammissibilità degli impegni è comunicata al proponente gli impegni e ai soggetti intervenuti nel procedimento ed è pubblicata nel sito *internet* dell'Autorità.

8. (segue) *L'istruttoria e il provvedimento finale.*

Entro e non oltre trenta giorni da tale pubblicazione, i terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni scritte – che verranno poi pubblicate sul sito internet dell'Autorità – in merito agli impegni proposti (art. 18, c. 1, del Regolamento).

Entro i successivi trenta giorni dalla pubblicazione degli impegni, il soggetto proponente gli impegni può rappresentare per iscritto la propria posizione in relazione alle osservazioni presentate dai terzi ed eventualmente introdurre le conseguenti modifiche accessorie agli impegni; nel caso in cui si renda necessario, il responsabile del procedimento può chiedere ai soggetti interessati ulteriori informazioni ed elementi utili alla valutazione degli impegni (art. 18, c.c. 5 e 6, del Regolamento).

All'esito dell'attività istruttoria di cui all'art. 18 del Regolamento, l'Autorità ha il compito di valutare se la proposta di impegni sia utile al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate e, a tal proposito, deve considerare anche il rapporto tra la gravità della violazione e gli impegni proposti.

In caso di esito negativo, l'Autorità dispone con provvedimento il rigetto della proposta di impegni e la prosecuzione del procedimento sanzionatorio (art. 19, c. 4, del Regolamento).

Nei casi in cui l'Autorità valuti che la proposta di impegni sia utile al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate, con proprio provvedimento, approva e rende obbligatori per il proponente gli impegni, concludendo il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione (art. 19, c. 3, del Regolamento). Se però l'impresa contravvenga agli impegni assunti o il provvedimento finale di accoglimento si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti fornite dal proponente, l'Autorità dispone il riavvio del procedimento sanzionatorio (che può concludersi con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, anche doppia rispetto a quella irrogata in assenza di impegni, *ex* art. 20 del Regolamento).

Il provvedimento finale viene comunicato ai partecipanti al procedimento e pubblicato sul sito *internet* dell'Autorità, con modalità che tengano conto di eventuali esigenze di riservatezza di dati e informazioni.

9. (segue) *L'audizione finale davanti al Collegio nel procedimento sanzionatorio.*

L'audizione finale davanti al Collegio può essere chiesta dai partecipanti al procedimento entro e non oltre cinque giorni dalla comunicazione delle risultanze istruttorie e avrà luogo avanti al Collegio nel giorno che sarà comunicato ai richiedenti, con un preavviso di almeno dieci giorni.

Il Collegio può sentire i richiedenti separatamente o congiuntamente. In quest'ultimo caso si deve tenere conto di eventuali esigenze di riservatezza che siano state manifestate dai richiedenti medesimi.

I soggetti che ne hanno titolo possono partecipare in persona del proprio legale rappresentante, oppure di procuratore speciale munito di apposita documentazione che comprovi il potere di rappresentanza. Essi possono farsi assistere da consulenti di fiducia, senza che l'esercizio di tale facoltà comporti il rinvio dell'audizione.

Dell'audizione è redatto processo verbale ed è disposta, da chi ne assume la presidenza, la registrazione magnetica. Copia del verbale e dell'eventuale registrazione è acquisita agli atti.

10. (segue) *La decisione dell'Autorità.*

All'esito dell'istruttoria o dell'eventuale audizione, l'Autorità adotta il provvedimento finale che contiene l'indicazione del termine per ricorrere e dell'autorità giudiziaria cui proporre ricorso a norma dell'art. 2, c. 25 l. n. 481/1995.

Il provvedimento finale viene notificato, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti che hanno partecipato al procedimento e viene pubblicato sul sito *internet* dell'Autorità.

Il pagamento della sanzione è effettuato entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione del provvedimento finale (scaduto tale termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale; in caso di ulteriore ritardo, ai sensi dell'articolo 27, c. 6, l. n. 689/1981, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo).

11. *Il calcolo della sanzione.*

L'importo base delle sanzioni irrogate dall'Autorità è determinato in ragione della gravità della violazione, che viene desunta (art. 26 del Regolamento): i) dalla natura dell'interesse tutelato dalla norma violata, dall'offensività della condotta e dall'attitudine della condotta a ledere più di un interesse; ii) dalla durata della violazione, dalla sua estensione territoriale, anche avuto riguardo, ove possibile, al numero di clienti coinvolti, e dalle altre modalità con le quali si realizza

la lesione degli interessi tutelati; iii) dalla rilevanza degli eventuali effetti pregiudizievoli sul mercato, sugli utenti, sui clienti finali o sull'azione amministrativa dell'Autorità; iv) dagli indebiti vantaggi, economici e non, conseguiti dall'agente in conseguenza della violazione; v) dal grado di colpevolezza dell'agente desunto, tra l'altro, dall'assenza di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire violazioni della stessa specie e dal tentativo di occultare la violazione.

Ai sensi dell'art. 11, l. n. 689/1981, l'importo base della sanzione viene aumentato o diminuito in considerazione di tutte le circostanze dalle quali si possa desumere il grado di inclinazione del soggetto alla commissione di illeciti amministrativi il cui accertamento è di competenza dell'Autorità (art. 27 del Regolamento).

A tal proposito, l'importo base della sanzione viene diminuito: i) di un valore non superiore alla metà se l'impresa denuncia all'Autorità la propria violazione, sempre che l'Autorità non disponga già di informazioni al riguardo e sempre che l'esercente cessi la condotta illecita e, ove possibile, ripristini la situazione anteriore alla violazione; ii) di un valore non superiore ad un terzo se l'impresa coopera in modo efficace all'attività istruttoria; iii) di un valore non superiore alla metà se l'impresa dimostra di aver posto in essere una condotta meritevole di apprezzamento volta al miglioramento delle condizioni dei mercati regolamentati.

L'importo base della sanzione può essere invece aumentato: i) fino al doppio se l'impresa ha precedentemente commesso una o più violazioni dello stesso tipo; ii) di un valore fino ad un quarto se l'impresa ha precedentemente commesso una o più violazioni di tipo diverso.

L'art. 27, c. 4, del Regolamento fa salva la possibilità per l'Autorità di prendere in considerazione ulteriori elementi nel valutare la personalità dell'agente ai fini dell'aumento o della diminuzione della sanzione.

Posto che ai sensi dell'articolo 11, l. n. 689/1981 l'importo base della sanzione può essere diminuito se l'impresa ha eliminato o attenuato le conseguenze della violazione, l'art. 29, c. 2, del Regolamento prevede che la sanzione venga diminuita di un valore non superiore ai tre quinti nel caso in cui il ravvedimento operoso sia iniziato prima dell'avvio del procedimento, e che la sanzione sia diminuita di un valore non superiore ad un quarto quando invece il ravvedimento operoso sia iniziato dopo l'avvio del procedimento, anche in adempimento di un'intimazione.

L'importo della sanzione viene adeguato alle capacità economiche del soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio, risultanti dall'ultimo fatturato realizzato dall'impresa nello svolgimento delle attività afferenti alla violazione, nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio.

Se più fatti concorrono all'aumento o alla diminuzione della sanzione l'aumento o la diminuzione viene calcolato sull'importo risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente.

Ai fini della quantificazione della sanzione, lo stesso fatto può essere valutato una sola volta e in base ad uno solo dei criteri di cui all'articolo 11, l. n. 689/1981. La sanzione, comunque, non può essere inferiore, nel minimo, a 2.500,00 euro e non superiore, nel massimo, a 154.937.069,73 euro, e non può superare il 10% del fatturato o il minor valore tra 2.500,00 euro e il 10% del fatturato stesso (art. 31, c. 2).

Infine, l'art. 28 del Regolamento dispone che qualora nei cinque anni successivi alla commissione di un illecito accertata con provvedimento dell'Autorità, il soggetto reiteri la violazione, l'Autorità può sospendere l'attività di impresa fino a sei mesi, ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti.

12. *Il pagamento della sanzione in misura ridotta.*

L'art. 5 del Regolamento prevede la facoltà per il Collegio di determinare già nella delibera di avvio del procedimento sanzionatorio l'importo della sanzione che potrebbe essere irrogata all'esito del procedimento, qualora gli elementi raccolti dagli Uffici sorreggano sufficientemente la fondatezza della contestazione (in questo caso i documenti su cui si basa la contestazione andranno comunicati contestualmente alla notifica dell'avvio del procedimento).

Merita un particolare approfondimento il secondo comma dello stesso articolo, che introduce all'interno del procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi l'istituto del pagamento della sanzione in misura ridotta. È previsto, infatti, che nei casi di cui all'art. 5, c. 1, del Regolamento, il destinatario del provvedimento finale abbia la possibilità, entro trenta giorni dalla notifica della delibera di avvio del procedimento sanzionatorio, di rinunciare alle ulteriori formalità del procedimento e di effettuare il pagamento della sanzione in misura ridotta pari ad un terzo del valore di quella determinata nella delibera di avvio – fatti salvi i limiti individuati dall'art. 45 d.lgs. n. 93/2011, recepiti dall'art. 31, c. 2 del Regolamento dell'Aeegsi relativo al procedimento sanzionatorio –, estinguendo in tal modo il procedimento sanzionatorio.

Tale previsione ripropone un vivace dibattito attorno alla compatibilità di questo istituto con il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Parte della dottrina [Licciardello, cit., 355 ss.; Bani, cit., 37 ss.; Lombardi, cit., 634; Bertonazzi, 2001, 839 ss.] ha sostenuto l'inconciliabilità del pagamento in misura ridotta con la funzione sanzionatoria dell'Autorità, sotto diversi profili, tra i quali in particolare:

- la considerazione che la *ratio* sottesa alla previsione di questo istituto nella l. n. 689/1981 consiste nel decongestionamento della giustizia penale attraverso la depenalizzazione, mentre la potestà sanzionatoria dell'Autorità risponde ad esigenze sostanziali di complementarietà alla regolazione;
- il rilievo secondo cui il potere sanzionatorio costituisce uno strumento per i perseguimento degli scopi dell'Autorità e che quindi l'apprezzamento discrezionale che caratterizza la quantificazione della sanzione deve rimanere riservata all'Autorità;
- la constatazione della natura di esternalità negativa della sanzione per il soggetto regolato e dell'alta probabilità che i costi che il soggetto sopporterebbe per il pagamento della sanzione in misura ridotta possano rivelarsi inferiori ai costi connessi al rispetto della regolazione.

A tal proposito risulta di un certo interesse quanto emerso durante la fase di consultazione relativa all'adozione del nuovo regolamento. Alcuni partecipanti alle attività di consultazione hanno proposto di prevedere che l'adesione alla procedura semplificata escluda esplicitamente l'accertamento della violazione. L'Autorità, invece, ha ritenuto di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale che, in situazioni simili, ha riconosciuto nel pagamento in misura ridotta l'accettazione della sanzione e il riconoscimento da parte del "contravventore" della propria responsabilità, nonché la conseguente rinunzia a esercitare il proprio diritto alla tutela giurisdizionale (Cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2011, n. 5263; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2008, n. 2216; Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2010, n. 12899; Cass. civ., sez. I, 11 febbraio 2005, n. 2862).

L'Autorità (deliberazione 243/2012/E/com) ha, poi, precisato che il pagamento della sanzione in seguito all'adesione alla procedura semplificata non impedirebbe la prosecuzione del procedimento, ove siano necessari ulteriori accertamenti indirizzati all'adozione di provvedimenti prescrittivi, trattandosi di procedimenti aventi finalità diverse, che possono sì essere unificati per esigenze di economia istruttoria, ma che possono anche conservare (o riacquistare) la loro autonomia (cfr. Cons. Stato, sez. III, parere del 16 novembre 2004).

13. *Il rapporto tra la l. n. 481/95 e la l. n. 689/1981.*

Il rapporto tra il procedimento sanzionatorio di competenza dell'Aeegsi e la legge generale in materia di sanzioni amministrative è espresso dallo stretto collegamento, che si può cogliere già nella legge istitutiva dell'Autorità, tra la finalità (di garanzia della promozione della concorrenza e dell'efficienza), le funzioni ad essa attribuite (in particolare, di regolazione) e i poteri strumentali a essa conferiti per poterle realizzare, tra cui quello di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie.

Risultano, peraltro, di grande interesse le considerazioni che la stessa Aeegsi ha espresso in occasione degli atti preparatori all'adozione del Regolamento – la deliberazione di avvio del procedimento per l'adozione del suddetto Regolamento (delibera 6 ottobre 2011, ARG/com 136/11), e il documento di consultazione 8 marzo 2012, 75/2012/E/com – riguardo alla funzione e allo scopo del potere ad essa attribuito di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie.

In particolare, tra le premesse della delibera di apertura del procedimento per l'adozione del Regolamento, l'Autorità riconosce:

- l'opportunità che l'attività di *enforcement* sia volta a perseguire, prima della sua tipica funzione afflittiva, una generale funzione di garanzia del rispetto delle regole, nonché una funzione di controllo dell'efficacia dell'attività regolatoria;
- e la necessità di «disciplinare l'istituto degli impegni, al fine di consentire all'Autorità una più ampia realizzazione degli interessi tutelati dalla regolazione anche all'interno dei procedimenti sanzionatori tenendo conto altresì del potere dell'Autorità di adottare misure di regolazione asimmetrica ai sensi dell'art. 43, c. 5 del d.lgs. n. 93/11».

Ancora una volta, la l. n. 481/1995 offre ulteriori spunti al fine di delineare meglio la relazione intercorrente tra il nuovo regolamento in materia di procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi e la l. n. 689/1981.

È interessante notare, per esempio, come cerchi di risolvere il problema di quale sia il campo di applicazione delle sanzioni irrogabili dall'Autorità. La soluzione viene offerta già dall'articolo con cui viene previsto in capo all'Autorità il potere di irrogare sanzioni, attraverso l'introduzione di una clausola generale di salvaguardia, che prevede che l'Autorità possa irrogare sanzioni «salvo che il fatto non costituisca reato»: nell'ipotesi di un eventuale conflitto tra una norma penale e una disposizione regolamentare stabilita dall'Autorità prevale la sanzione penale e viene assorbita la sanzione amministrativa.

Tale previsione riveste un ruolo di grande importanza relativamente all'individuazione dei caratteri propri del potere sanzionatorio dell'Aeegsi, in quanto deroga apertamente a quanto previsto dalla l. n. 689/1981. L'art. 9 l. n. 689/1991 prevede, infatti, che in caso di eventuali conflitti tra più norme amministrative o tra una norma penale e una amministrativa il criterio generale sia quello della specialità [Travi (1), 1983, 59 ss.; Paliero - Travi (2), 1989, 410 ss.]. In quest'ultimo caso il legislatore ha individuato un criterio "rigido" per la risoluzione dei conflitti: l'interprete deve svolgere un confronto logico al termine del quale indifferentemente potrà prevalere la norma amministrativa o quella penale. Sulla base di tali considerazioni, infatti, risulta una sostanziale fungibilità e identità tra l'interesse tutelato dalla norma penale e quello tutelato dalla norma amministrativa.

Il rilievo secondo cui la legge istitutiva dell'Aeegsi non stabilisce alcun tipo di fungibilità tra la norma penale e le norme amministrative conferma la più generale considerazione in base alla quale il fine del potere sanzionatorio dell'Aeegsi è direttamente riconducibile alla sua potestà di regolazione. Ciò spiega perché, a differenza di quanto si può osservare riguardo alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, il fine perseguito dalla norma penale prevalga sempre sulle previsione in materia di sanzioni dell'Aeegsi.

È stato, però, osservato come il criterio individuato dall'art. 2, c. 20, lett. c), l. n. 481/1995, per la risoluzione degli eventuali conflitti tra norme incriminatrici, per via dell'indeterminatezza della clausola di salvaguardia («salvo che il fatto non costituisca reato»), rischi di «scarica[re] sull'Autorità l'onere di stabilire se un fatto sia o meno riconducibile ad una fattispecie criminosa e di decidere se sia necessario denunciarlo all'autorità giudiziaria […] con rischi di approssimazione e di disparità di trattamento» [Passaro, cit., 976 ss.].

Interessante è anche l'approfondimento di quali siano i soggetti nei confronti dei quali sia esercitabile il potere dell'Autorità di irrogare sanzioni, in quanto, a differenza della l. n. 689/1981, è prevista la possibilità di irrogare sanzioni anche nei confronti di soggetti diversi dalle persone fisiche. Mi riferisco alle previsioni di cui all'art. 2, c. 9, e all'art. 2, c. 20, lett. c) della legge istitutiva. Nel primo caso, a seguito di violazione del divieto per i componenti dell'Autorità di intrattenere rapporti di collaborazione, consulenza o impiego con le imprese che operano nel settore di competenza per i quattro anni successivi alla cessazione dell'incarico, è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria anche nei confronti dell'imprenditore, alla quale nei casi più gravi può aggiungersi la revoca della concessione o dell'autorizzazione. Nel secondo caso è previsto l'esercizio del potere sanzionatorio qualora il soggetto esercente il servizio non osservi i provvedimenti dell'Autorità, oppure non ottemperi alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, nei casi in cui fornisca documenti non veritieri.

Com'è stato rilevato da parte della dottrina [Sigismondi, 2011, 307 ss.], la giurisprudenza, in questi anni, ha dovuto affrontare problemi che non riuscivano a trovare soluzioni – o per lo meno non riuscivano a trovare soluzioni coerenti con le finalità dell'autorità amministrative indipendenti – attraverso il richiamo alla l. n. 689/1981. In particolare si deve considerare il problema della sorte della sanzione e dell'imputabilità della sanzione amministrativa riguardo a vicende modificative dell'ente che ha commesso l'illecito. La l. n. 689/1981 disciplina solo l'ipotesi di morte del soggetto che ha commesso l'illecito, prevedendo che non vi sia la trasmissione della obbligazione pecuniaria agli eredi. Il limite di questa norma è rappresentato dal fatto che tale vicenda per l'ente può equiparar-

si solo all'estinzione e, ancor più precisamente, all'estinzione dell'ente non seguita da cessione. Il problema, pertanto, rimane aperto, in quanto le ipotesi di cessione, di fusione, di scissione non sembrano poter trovare risposta nell'impianto della l. n. 689/1981.

14. *Conclusioni.*

L'assenza di richiami alla l. n. 241/1990 all'interno della l. istitutiva dell'Autorità non preclude l'operatività della legge sul procedimento amministrativo rispetto al procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi. La mancanza di tale richiamo, infatti, non basta a giustificare alcuna deroga *in peius* nella disciplina del procedimento sanzionatorio dell'Autorità rispetto alla disciplina generale.

Nondimeno, a tal proposito, un'interpretazione rigorosa del d.lgs. n. 93/2011 testimonia come soluzioni incompatibili con la l. n. 241/1990 non potrebbero trovare una giustificazione normativa in tale decreto.

Dall'analisi della legge istitutiva dell'Autorità e del nuovo regolamento in materia di sanzioni e di impegni, sono emerse le rilevanti peculiarità che caratterizzano la disciplina del procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi rispetto alla l. n. 689/1981.

L'attribuzione in capo all'Autorità del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie «per lo svolgimento delle proprie funzioni» (art. 2, c. 20, lett. c), l. n. 481/1995) e lo stretto legame – che si può derivare dalla lettera dell'art. 2, c. 12, della legge istitutiva – tra le funzioni conferite all'A.e.e.g.s.i. e la finalità per cui tale Autorità è stata istituita, sembrano individuare come obiettivo del potere sanzionatorio dell'Aeegsi non tanto nella repressione dell'illecito, quanto piuttosto nella garanzia «della promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore» di competenza dell'Autorità.

Inoltre, la possibilità che il procedimento sanzionatorio si possa concludere in un modo alternativo all'irrogazione della sanzione in caso di accettazione dell'impegno, nonché il particolare rapporto tra la sanzione amministrativa irrogata dall'Aeegsi e la sanzione penale confermano l'esistenza, nell'ambito in cui opera l'Autorità, di un sistema sanzionatorio distinto e parallelo a quello generale stabilito dalla l. n. 689/1981. Questo sistema è caratterizzato dal ruolo strumentale del potere sanzionatorio rispetto alla funzione regolatoria.

Bibliografia

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

Amato G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.;

Bani E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000;

Bertonazzi L., *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui all'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 831 ss.;

Bobbio N., *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969;

Bombardelli M., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Ius-publicum*, 2013, 1 ss.;

Cabiddu M.A., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle Autorità indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 283 ss.;

Cagnazzo A. (diretto da), *Trattato sulle sanzioni amministrative. La sanzione amministrativa. Principi generali*, I, Torino, 2012;

Caianello V., *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss.;

Casetta E., *Sanzione amministrativa,* in *Dig. disc. pubbl.,* XIII, Torino, 1997, 598 ss.;

Cassese S. - Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;

Cassese S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 37 ss.;

Cassese S., *Regolazione e concorrenza,* in G. Tesauro - M. D'alberti, *Regolazione e concorrenza,* Bologna, 2000, 12 ss.;

Cassese S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole,* in *Mercato concorrenza regole,* 2002, 266 ss.;

Cerbo P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999;

Cerbo P., *Le sanzioni amministrative*, in Cassese S. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, III, Milano, 2003, 579 ss.;

Cerbo P., *Sanzioni amministrative,* in Cassese S. (diretto da), *Diz. dir. pubbl,* VI, Milano, 2006;

Cerbo P., *Vigilanza e sanzioni di natura amministrativa*, in *Le società*, 2010, 39 ss.;

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 59 ss.;

Clarich M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello,* Bologna, 2005*;*

Clarich M., *Presentazione,* in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti,* Padova, 2011, XXXI ss.;

Clemente Di San Luca G. (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002;

Chieppa R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2006, 1 ss.;

Cuocolo L., *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva*, in *Quad. reg.*, 2003, 531 ss.;

Cuocolo L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, 601 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *I controlli nell'amministrazione moderna: la funzione di controllo dal garantismo alla regolazione*, Roma, 1990;

D'Alberti M., *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, 1 ss.;

Fracchia F., *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 2012;

Franchini C., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 549 ss.;

Frego Luppi S.A., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999;

Freni E., *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorenza e del mercato (AGCM),* in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 785 ss.;

Gambardella F., *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 3152 ss.;

Giani L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema,* Torino, 2002;

Giani L. - Police A., *Le funzioni di regolazione del mercato*, in Scoca F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 497 ss.;

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie. Tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2013, 79 ss.;

Gola M., *Principi del procedimento amministrativo e provvedimenti delle Authorities finanziarie*, in Galgano F. - Roversi Monaco F. (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario: la legge 28 dicembre 2005, n. 262, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Padova, 2009, 465 ss.;

Lazzara P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001;

La Spina A. - Capotorto S., *Le autorità indipendenti,* Bologna, 2008;

Leone C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012;

Licciardello S. (1), *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1997, 353 ss.;

Licciardello S. (2), *Le sanzioni ripristinatorie*, in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali,* Torino, 2012, 333 ss.;

Lombardi R., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 629 ss.;

Longobardi N., *A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990. Sulle implicazioni tra organizzazione ed attività amministrativa*, in *Cons. St.*, 2001, 1545 ss.;

Longobardi N., *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2005;

Longobardi N., *La regolamentazione e i controlli: le autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 91 ss.;

Longobardi N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009;

Merusi F., *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000;
Merusi F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss.;
Merusi F. - Passaro M., *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur. aggiorn.*, VI, Milano, 2002, 143 ss.;
Merusi F. - Passaro M., *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2011;
Morbidelli G., *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007;
Morbidelli G., *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 763 ss.;
Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005;
Paliero C.E. - Travi A. (1), *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988;
Paliero C.E. - Travi A. (2), *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.;
Pantalone P., *Poteri impliciti delle* Authorities *e "torsioni" del principio di legalità,* in *www.astrid-online.it;*
Passaro M., *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 955 ss.;
Pellizzer F. - Buranello E., in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali,* cit., 8 ss.;
Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri,* Torino, 2007;
Politi F., *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1996, 1 ss.;
Predieri A. (a cura di), *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997;
Ramajoli M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust,* Milano, 1998;
Ramajoli M., *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss.;
Ramajoli M., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss.;
Ramajoli M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione,* in *Dir. amm.,* 2008, 56 ss.;
Rangone N., *Regolazione,* in Cassese S. (a cura di), *Diz. dir. pubbl.,* V, Milano, 2006, 5057;
Scoca F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., 2002;
Salvatore P. - Anastasi A., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Cons. St.*, 2004, 1635 ss.;
Sandulli M.A. (1), *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983;
Sandulli M.A. (2), *Sanzioni amministrative,* in *Enc. giur.,* vol. XXVIII, Roma, 1995;
Sandulli M.A. (3), *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni Antitrust,* in *www.federalismi.it,* 2010;
Scoca F.G., *Attività amministrativa,* in *Enc. dir.,* Agg. VI, Milano, 2002, 76 ss.;

Sigismondi G., *La responsabilità amministrativa dell'impresa: dalla disciplina generale della l. 689/1981 alla normativa speciale successiva. Esiste ancora un modello unitario?,* in *Jus*, 2011, 269 ss.;

Tesauro A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925;

Tesauro G. - D'Alberti M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;

Titomanlio R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria,* Milano, 2007;

Torchia L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti,* in Cassese S. - Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole,* Bologna, 1996, 55 ss.;

Travi A. (1), *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983;

Travi A. (2), *Concorso di sanzioni penali ed amministrative e nuovi limiti alla legislazione regionale,* in L*e regioni,* 1988, 1089;

Troise Mangoni W., *Il potere sanzionatorio della Consob: profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012;

Villata R., Goisis F., *Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali e procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in De Angelis L., Rondinone N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario: commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Torino, 2008, 531 ss.;

G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative,* Torino, 1924;

A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010.;

E. Zucconi Galli Fonseca, *Il contraddittorio davanti alle autorità amministrative indipendenti e la legittimazione ad impugnare i loro provvedimenti*, in *Giur. comm.*, 2009, 339 ss.

XIX. Il procedimento sanzionatorio dell'Isvap (ora Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni - Ivass)

Marco Brocca

Sommario: 1 Il contesto delle Autorità amministrative indipendenti. – 2. I procedimenti sanzionatori: natura e tipologia. – 3. Lo schema procedimentale. Fasi e competenze. – 4. Il contraddittorio. – 5. I termini. – 6. Il nuovo disegno organizzativo e le ricadute sul piano procedimentale.

1. *Il contesto delle Autorità amministrative indipendenti.*

La disciplina dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Isvap (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo) sconta e riflette una questione preliminare che riguarda la natura stessa dell'amministrazione in oggetto, in particolare il suo inquadramento tra le Autorità amministrative indipendenti.

Difatti, l'evoluzione normativa di questi procedimenti li ha fatti oscillare [Amorosino, 2005, 1254] da un modello a struttura "binaria" (che prevede la compresenza dell'autorità di vigilanza e del Ministero di riferimento), ad uno di tipo "ternario" (con l'innesto di una commissione istruttoria), ad un modello "unitario" (basato sulla concentrazione del procedimento in capo all'Autorità di vigilanza), opzioni che denotano l'instabilità normativa nella configurazione delle relazioni tra l'Autorità e il potere esecutivo.

Nato tra le prime autorità di vigilanza (l. 12 agosto 1982, n. 576), per effetto delle sollecitazioni comunitarie per l'affermazione delle libertà di stabilimento e prestazione anche nel settore assicurativo [Gnes, 2003, 2887], l'Isvap ha da subito sofferto un "senso di inferiorità" [«parente povero», secondo Bin, 1997, 335; «figlio di un dio minore», secondo Amorosino, cit., 1252; di «cenerentola delle Autorità amministrative indipendenti» parla Caranta, 1998, 17], rispetto agli altri enti di vigilanza finanziaria (Banca d'Italia e Consob), collocandosi in una posizione ambigua rispetto al modello delle Autorità indipendenti, che nel frattempo andava consolidandosi per via dell'istituzione di ulteriori enti di vigilanza.

Sebbene non esista ancora uno "statuto" comune delle Autorità amministrative indipendenti, è innegabile che l'Isvap sia tra gli enti di vigilanza di più difficile accostamento ai tratti tipici delle *Authorities* [D'Alberti, 1995, 6].

Dall'evoluzione normativa emerge un'attenzione maggiore del legislatore al profilo funzionale rispetto a quello organizzativo [Giani - Police, 2011, 504]. Solo il primo profilo è stato valorizzato al punto da riconoscere all'Isvap funzioni di vigilanza e controllo corrispondenti al modello delle *Authorities*, in quanto l'ente ha poteri di natura autorizzatoria, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva nel settore assicurativo, nonché poteri regolamentari da esercitare «per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati» (art. 5, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, codice della assicurazioni private) ed è attributario dei poteri sanzionatori prima esercitati dal Ministero delle attività produttive (art. 26, comma 3, l. 28 dicembre 2005, n. 262, cd. legge sul risparmio).

È stato invece trascurato il dato strutturale, attinente al grado di indipendenza dell'ente. Infatti, le diverse riforme normative che hanno riguardato l'Istituto non hanno mai toccato l'originario disegno organizzativo, caratterizzato da una certa dipendenza dalla compagine governativa, che si manifesta anzitutto nella nomina degli organi di vertice: il presidente è nominato dal Presidente della Repubblica, su proposta del Governo; i sei membri del consiglio sono direttamente nominati dal Governo.

La constatazione di questo perdurante legame con il potere esecutivo ha indotto la dottrina a negare all'Isvap la natura di Autorità amministrativa indipendente [Bin, cit., 351] o a riconoscerne, al più, quella di un'autorità solo parzialmente indipendente [Cassese, 1995, 192], certamente anomala nel panorama delle *Authorities*, con la conseguente sollecitazione nei confronti del legislatore per una revisione strutturale.

Il legislatore degli ultimi anni si è trovato a fronteggiare spinte contrastanti: quelle per una piena emancipazione dell'ente dal Governo e, in generale, dal potere esecutivo nelle sue articolazioni ministeriali, e per l'affermazione di uno *status* analogo a quello delle altre *Authorities*; per contro, le rivendicazioni per il mantenimento di un legame con il potere politico, se non addirittura le istanze per la soppressione dell'ente in virtù della presenza nel settore assicurativo di altre Autorità di vigilanza.

Testimonianza di questa incertezza sono l'opzione tentata dal Governo nel 2007 di sopprimere l'Isvap, con devoluzione delle competenze alla Banca d'Italia e alla Consob (disegno di legge n. 36 del 2 febbraio 2007) e quella più recente (art. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135) che ha portato all'istituzione dell'Ivass (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni), il cui statuto è stato approvato con d.p.r. 12 dicembre 2012, e che dal 1° gennaio 2013 è succeduto all'Isvap in tutte le sue funzioni.

La soluzione attuale risponde all'esigenza «di assicurare la piena integrazione dell'attività di vigilanza assicurativa, anche attraverso un più stretto collegamento

con la vigilanza bancaria» (art. 13, comma 1) ed è rilevante, specie se rapportata con il precedente assetto organizzativo dell'Isvap, per l'affermazione del principio di indipendenza, per cui «l'Ivass e i componenti dei suoi organi operano con piena autonomia e indipendenza e non sono sottoposti alle direttive di altri soggetti pubblici o privati» (comma 4). Il disegno organizzativo si presenta, tuttavia, del tutto originale, perché la riforma, se da un lato emancipa (sebbene non completamente) l'organismo dal potere esecutivo e ministeriale, dall'altro, lo aggancia saldamente alla Banca d'Italia [Bombardelli, 2013, 8]. Questa connessione è evidente nella composizione degli organi del nuovo ente: il presidente dell'Ivass è il direttore generale della Banca d'Italia; il direttorio, cui spetta l'attività di indirizzo e direzione strategica e la competenza provvedimentale in materia di vigilanza assicurativa, è quello della Banca d'Italia, in una composizione allargata ai consiglieri del nuovo ente ("direttorio integrato"); i consiglieri, assieme al presidente, compongono il consiglio, cui spetta l'amministrazione generale dell'Ivass, e sono nominati «con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri, ad iniziativa del Presidente del Consiglio, su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministro dello sviluppo economico» (comma 13).

Il nuovo disegno organizzativo determina inevitabili ripercussioni sul piano funzionale, come è dimostrato dal recente processo di revisione della disciplina sui procedimenti sanzionatori.

2. *I procedimenti sanzionatori: natura e tipologia.*

È un dato ormai acquisito in dottrina che nei settori in cui il legislatore abbia optato per l'istituzione di un'Autorità indipendente, i procedimenti sanzionatori assumono un significato peculiare che deriva dalla loro connessione, da un lato, alle funzioni di vigilanza e controllo e, dall'altro, a quella di regolazione dell'Autorità: la sanzione si connota non soltanto per la funzione afflittiva e repressiva nei confronti dell'autore dell'illecito, tipica delle sanzioni amministrative secondo il modello delineato dalla legge n. 689/1981, ma anche per il suo "partecipare" alla cura dell'interesse pubblico propria delle funzioni di vigilanza e di regolazione, per cui la sanzione è considerata come l'atto che completa e rafforza l'attività di controllo e traduce e perfeziona nel caso concreto l'attività di regolazione del settore [Amorosino, 2004, 725; Lombardi, 2005, 634-635; Bani, 2000, 11; Salvatore - Anastasi, 2004, 1638; Titomanlio, 2007, 480-481]. Si tratta di affermazione ricorrente anche in giurisprudenza: ad esempio, proprio con riferimento all'Isvap, è stato evidenziato che l'atto sanzionatorio è «volto a tu-

telare interessi generali e, in particolare, quelli dell'equilibrato sviluppo del mercato e della sicurezza degli utenti e degli operatori economici nel delicato settore delle assicurazioni» (Tar Puglia, Bari, sez. I, 6 settembre 2011, n. 1294, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2839).

Condizione evidente per questa funzione "multiforme" delle sanzioni amministrative è la concentrazione in capo alla stessa Autorità della potestà sanzionatoria, di quella di vigilanza e di quella di regolazione.

Questo dato, invero, non ha sempre caratterizzato la potestà sanzionatoria dell'Isvap. Così, riportando l'attenzione ancora sul piano strutturale, può notarsi che i procedimenti sanzionatori in materia assicurativa hanno conosciuto una parabola, per cui da prerogativa ministeriale (dapprima del Ministero dell'industria, poi di quello delle attività produttive) sono divenuti di competenza esclusiva dell'autorità di vigilanza. In particolare, la riforma della vigilanza sulle assicurazioni, attuata dalla legge 12 agosto 1982, n. 576, confermava la potestà sanzionatoria in capo al Ministero di riferimento, riconoscendo al neoistituito Isvap solo un ruolo ancillare, di tipo propositivo e istruttorio, nell'ambito del procedimento. Questo schema era sostanzialmente confermato dal codice delle assicurazioni, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, che anzi introduceva un ulteriore elemento strutturale, con l'istituzione di un'apposita commissione consultiva, di nomina ministeriale ed esterna all'Istituto, che aveva poteri di integrazione dell'istruttoria nonché di proposta della determinazione della sanzione, che restava di competenza del Ministro: un innesto, dunque, che se da un lato andava a ridurre la discrezionalità ministeriale nell'esercizio del potere sanzionatorio, dall'altro depotenziava il ruolo istruttorio dell'Isvap [Amorosino, 2005, 1254]. Sarà la legge sul risparmio, legge 28 dicembre 2005, n. 262, a disporre l'integrale devoluzione delle competenze ministeriali in materia sanzionatoria a favore dell'Isvap, parificando in questo modo, dal punto di vista della competenza, i procedimenti concernenti le sanzioni disciplinari, che già il codice delle assicurazioni aveva affidato all'Isvap, a quelli concernenti le sanzioni amministrative pecuniarie.

Il codice delle assicurazioni è intervenuto sull'apparato sanzionatorio relativo alle pratiche di abusivismo assicurativo, non soltanto allo scopo di riordinare in modo organico la normativa preesistente, ma soprattutto per apportare quelle innovazioni necessarie per adeguarne la tipologia e l'entità agli interessi pubblici sottesi, assumendo come parametro di riferimento la disciplina relativa all'illecito esercizio delle attività bancarie e finanziarie. L'idea è che le norme che disciplinano l'abusivismo assicurativo tutelano, in una prospettiva collettiva, gli assicurati visti come una particolare categoria di risparmiatori, per cui l'attività assicurativa non è meno rilevante rispetto a quella bancaria e finanziaria sul piano dell'interesse alla tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost. [Pizzotti, 2006, 961].

Le sanzioni si declinano in penali e amministrative e queste ultime in sanzioni pecuniarie e disciplinari e riguardano tipologie di illecito riconducibili essenzialmente a tre categorie [Roma, 2008, 780]: le fattispecie riguardanti gli abusi in materia assicurativa, quelle incentrate sull'inosservanza degli obblighi informativi e di trasparenza imposti dal codice e quelle relative all'inosservanza di doveri nei confronti dell'Autorità di vigilanza.

Secondo un'impostazione già praticata nel settore creditizio e in quello finanziario e in linea con il processo di depenalizzazione, la sanzione penale svolge la funzione di "chiusura" nel sistema di controllo, mentre il ruolo cardine sul piano punitivo è assicurato dalle diverse ipotesi di sanzioni amministrative, di cui il codice disciplina gli aspetti sostanziali e procedimentali. Sono previsti due distinti procedimenti sanzionatori, l'uno relativo alle sanzioni pecuniarie (artt. 325-328), l'altro inerente alle sanzioni disciplinari (artt. 329-331): le prime sanzioni hanno come destinatari le imprese e gli intermediari responsabili delle violazioni, salve alcune ipotesi di sanzioni (quelle di cui al capo V del titolo XVIII) applicabili direttamente alle persone fisiche e salva l'azione di rivalsa dell'impresa nei confronti del dipendente o collaboratore di cui è dimostrata la responsabilità (art. 325); le sanzioni disciplinari riguardano direttamente le persone fisiche iscritte nel registro degli intermediari o nel ruolo dei periti di assicurazione, salva l'ipotesi più grave della radiazione che nel caso di attività esercitata in forma societaria si traduce nella cancellazione della società (art. 328).

La disciplina dei procedimenti sanzionatori si completa con le previsioni della legge n. 262/2005 (art. 24, commi 1-3), che rimettono alla potestà regolamentare dell'Autorità di vigilanza la definizione delle "modalità organizzative" per quanto attiene ai procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali, compresi quelli sanzionatori. Il rinvio alla fonte regolamentare, quale strumento perché le Autorità indipendenti possano darsi regole proprie e specifiche anche sul piano dei procedimenti, è una costante della legislazione delle *Authorities*, che tuttavia innesca ulteriori questioni in ordine alla natura di questi regolamenti e al contenuto (e limiti) della copertura legislativa [Politi, 1996, 1]: è evidente, infatti, che una copertura legislativa meramente formale può condurre ad una definizione per via regolamentare di schemi procedimentali originali, lontani dai modelli previsti dalle leggi generali [Cuocolo, 2007, 617]. Nel caso dei regolamenti cui rinvia la legge n. 262/2005, peraltro, il relativo contenuto è vincolato dalla stessa norma all'obiettivo di dare attuazione a specifici principi procedimentali: individuazione e funzioni del responsabile del procedimento, partecipazione al procedimento e accesso agli atti amministrativi di cui alla legge n. 241/1990, nonché facoltà di denunzia di parte, piena conoscenza degli atti istruttori, contraddittorio, verbalizzazione, distinzione delle funzioni istruttorie e di quelle decisorie.

Lo strumento regolamentare è stato utilizzato dall'Isvap sia per i procedimenti concernenti le sanzioni pecuniarie sia per quelli disciplinari: per i primi rileva il regolamento n. 1 del 15 marzo 2006, come modificato dal provvedimento n. 2466 del 23 ottobre 2006; per i secondi vale il regolamento n. 6 del 20 ottobre 2006, come modificato dal provvedimento n. 2564 del 26 novembre 2007.

Il regime giuridico dei procedimenti sanzionatori risulta, dunque, dall'interazione tra la fonte legislativa (d.lgs. n. 209/2005 e legge n. 262/2005) e quella regolamentare (i citati regolamenti Isvap) e l'aderenza della seconda alla prima costituisce un primo punto di osservazione. L'analisi, inoltre, non può prescindere dal confronto di questo nucleo normativo con le leggi che definiscono i modelli per l'attività procedimentale: la legge n. 241/1990, relativa a tutti i procedimenti amministrativi, e la legge n. 689/1981, relativa a tutti i procedimenti amministrativi sanzionatori [su questi profili cfr., *supra*, il contributo di Monteduro].

La disciplina specifica dei procedimenti sanzionatori dinanzi all'Isvap è stata recentemente ridefinita, quale conseguenza inevitabile del processo di trasformazione organizzativa del settore assicurativo, che ha portato all'istituzione dell'Ivass in luogo dell'Isvap. Come si vedrà, questa revisione è anche "l'occasione" per una rivisitazione complessiva dello schema procedimentale, ispirata ad un confronto più stretto con i modelli delle leggi generali.

3. *Lo schema procedimentale. Fasi e competenze.*

I procedimenti sanzionatori, tanto quello pecuniario quanto quello disciplinare, si articolano in tre fasi, di avvio, istruttoria e decisoria, alle quali si aggiunge una fase preliminare, che è funzionale alla verifica della sussistenza delle condizioni per l'avvio del procedimento.

Si tratta di fase extra-procedimentale, a cognizione sommaria e struttura semplificata, che i regolamenti disciplinano specialmente per il profilo della competenza. Nel caso del procedimento disciplinare, l'iniziativa spetta al servizio Consulenza legale, i cui funzionari ricevono le segnalazioni degli altri servizi e, all'esito delle verifiche, propongono la chiusura dell'istruttoria, per insussistenza della violazione o improcedibilità dell'azione disciplinare, o l'avvio del procedimento disciplinare e questa decisione spetta al vice-direttore generale ovvero ad altro dirigente delegato dal presidente (art. 3, regolamento n. 6/2006). Per i procedimenti sanzionatori pecuniari, l'iniziativa è riconosciuta a ciascuno dei servizi in relazione alle rispettive competenze (art. 3, regolamento n. 1/2006) e la decisione in ordine all'avvio formale del procedimento spetta congiuntamente a due capi servizi o, in caso di assenza o impedimento di uno di essi, a un capo servizio e a un dirigente del servizio medesimo. In entrambi casi, l'atto che dà formale avvio

al procedimento è l'atto di contestazione dell'addebito, da notificare all'interessato, il cui contenuto è sinteticamente definito dai regolamenti: in particolare, nel caso del procedimento relativo a sanzioni pecuniarie l'atto di contestazione «contiene una sintetica esposizione dei fatti, le violazioni riscontrate, l'indicazione del responsabile del procedimento, il termine entro il quale gli interessati possono esercitare i diritti di cui all'art. 4» (art. 3, comma 3, reg. n. 1/2006; art. 3, comma 6, reg. n. 6/2006 per i procedimenti disciplinari). Come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza, l'atto di contestazione dell'addebito costituisce un adempimento posto a garanzia degli stessi destinatari, assolvendo alla duplice funzione di «stabilire il "*dies a quo*" del procedimento sanzionatorio e di cristallizzare il nucleo dei fatti su cui verteranno la fase istruttoria e decisoria» (Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 agosto 2010, n. 29503, in *Foro amm. Tar*, 2010, 2424).

Questa fase funge da "filtro" per verificare se sussistono o meno i presupposti per dare corso al procedimento sanzionatorio. Peraltro, il codice delle assicurazioni ne rafforza la funzione nei procedimenti sanzionatori pecuniari [Charich - Zanettini, 2013, 366]: in base all'art. 326, comma 1, l'avvio procedimentale è doveroso solo per quegli illeciti che presentano un certo grado di lesività, dovendo escludere la perseguibilità delle condotte che, pur astrattamente sanzionabili, non recano in modo assoluto «pregiudizio per il tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza o per gli interessi degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative». Nei procedimenti sanzionatori pecuniari la fase preprocedimentale si connota, dunque, per un'attività di delibazione non limitata alla ricostruzione dei fatti e all'accertamento, sia pure in linea di massima, dei profili di illiceità, ma che involge un momento propriamente valutativo e ponderativo di specifici interessi giuridici.

In relazione alle fasi successive, istruttoria e decisoria, i regolamenti si preoccupano anzitutto di adeguarle ai principi stabiliti dal codice delle assicurazioni e dalla legge sul risparmio sull'organizzazione interna dell'autorità [Gola, 2009, 477], che attengono alla concentrazione delle funzioni istruttorie e decisorie, prima frammentate tra l'Autorità di vigilanza e il Ministero delle attività produttive, in capo alla stessa autorità (Isvap) e alla distinzione tra organi istruttori e organi decisori.

Con riferimento alla fase istruttoria sono da rilevare alcune differenze tra i due procedimenti sanzionatori. Nel procedimento relativo alle sanzioni pecuniarie l'istruttoria è divisa tra il servizio che ha avviato il procedimento, tenuto a effettuare gli adempimenti istruttori (art. 4, reg. n. 1/2006), e il servizio Sanzioni, cui spetta la verifica della ritualità e completezza degli adempimenti istruttori e la valutazione delle risultanze, quali presupposti per la predisposizione degli atti conclusivi del procedimento. Nel procedimento disciplinare, il funzionario responsabile che ha avviato il procedimento ha solo una funzione di ricezione degli

scritti difensivi e di impulso per la fissazione di un'apposita adunanza di trattazione, mentre il ruolo principale è svolto dal collegio di garanzia, organo tecnico articolato in sezioni composte da un magistrato o docente universitario, in qualità di presidente, e da due esperti in materia assicurativa (art. 331, codice delle assicurazioni), che ha il compito di esaminare il materiale istruttorio, disporre l'audizione degli interessati, richiedere l'integrazione delle risultanze istruttorie, deliberare la proposta di provvedimento finale, in termini di archiviazione dell'addebito o irrogazione della sanzione disciplinare (art. 8, reg. 6/2006).

Suscita perplessità [Agus, 2006, 903] l'assenza nell'ambito del procedimento relativo alle sanzioni pecuniarie di un organo collegiale formato da soggetti esterni all'Isvap, analogo al collegio di garanzia per i procedimenti disciplinari, e il rilievo si fa ancora più evidente se si considera il dato legislativo di riferimento: l'art. 326 codice delle assicurazioni prevede l'istituzione di una commissione consultiva sui procedimenti sanzionatori, di nomina ministeriale, composta da un magistrato o docente universitario, che la presiede, e da un dirigente del ministero delle attività produttive e un dirigente dell'Isvap, che interviene nel procedimento a seguito di reclamo avverso la contestazione dell'addebito, esercitando gli stessi poteri (esame delle risultanze istruttorie, disposizione dell'audizione, proposta di decisione, ecc.) previsti per il collegio di garanzia.

La norma non è stata recepita dall'Isvap in sede regolamentare, perché ritenuta incompatibile con la successiva opzione seguita dalla legge sul risparmio (legge n. 262/2005), che ha disposto l'integrale devoluzione della potestà sanzionatoria a favore dell'Autorità di vigilanza: l'ancoraggio della commissione consultiva all'orbita ministeriale (nomina dei componenti da parte del Ministro delle attività produttive, partecipazione di un dirigente del Ministero) è stata ritenuta ragione sufficiente per giustificarne la mancata istituzione, sebbene sarebbe stato più opportuno intervenire con una modifica organizzativa (relativa alle modalità di nomina e ai requisiti dei componenti) tale da assicurare al procedimento la presenza di un organo che avrebbe apportato garanzie di capacità tecnica e imparzialità.

Sul piano sostanziale la fase istruttoria si caratterizza, in entrambi i procedimenti, per la previsione di ampi poteri in capo ai soggetti destinatari della contestazione dell'addebito, che vanno dalla presentazione di memorie difensive, documenti probatori ed elementi contro deduttivi alla richiesta di audizione (art. 4, reg. n. 1/2006; art. 4, reg. n. 6/2006). L'organo istruttorio, a sua volta, dispone di poteri istruttori officiosi e di integrazione delle risultanze istruttorie (artt. 4-5, reg. n. 1/2006; art. 8, reg. n. 6/2006) e, nel caso del collegio di garanzia per i procedimenti disciplinari, anche del potere di disporre la convocazione in adunanza dei soggetti interessati (art. 8, comma 6, reg. n. 6/2006).

Entrambi i regolamenti affidano la funzione decisoria al presidente dell'Isvap (art. 5, reg. n. 1/2006; art. 9, reg. n. 6/2006), mentre non sono sufficiente-

mente definiti i rapporti tra l'organo decisore e quelli istruttori. La formulazione utilizzata dai regolamenti è disomogenea, più scarna e criptica nel regolamento sui procedimenti relativi alle sanzioni pecuniarie. Nel procedimento disciplinare, il collegio di garanzia è chiamato espressamente a deliberare «la proposta motivata di adozione del provvedimento disciplinare ovvero di archiviazione della contestazione nel caso in cui la violazione non risulti provata» (art. 9, comma 1, reg. 6/2006). Anche nel caso delle sanzioni pecuniarie, è da ritenere che l'organo istruttorio, il servizio Sanzioni, sia tenuto a formulare una proposta di decisione, quale esito della sua attività consistente nella «valutazione delle risultanze istruttorie» e nella «predisposizione degli atti conclusivi del procedimento sanzionatorio» da sottoporre «al Presidente per la decisione» (art. 5, comma 1, reg. 1/2006).

Il regolamento sui procedimenti disciplinari rileva, inoltre, per la formalizzazione delle diverse posizioni che il presidente può assumere rispetto alla proposta di decisione dell'organo istruttorio. Costui può: a) decidere in merito con proprio provvedimento; b) chiedere al collegio o alla sezione di garanzia il riesame della proposta; c) rimettere la proposta formulata dal collegio o dalla sezione all'adunanza delle sezioni riunite in seduta comune, perché esprima la propria proposta (art. 9, comma 4, reg. n. 6/2006). È evidente l'obiettivo del regolamento di favorire l'adozione di decisioni ampiamente meditate e condivise, sebbene l'attivazione delle soluzioni che prevedono il coinvolgimento del collegio o dell'adunanza delle sezioni non sia obbligatoria, ma rimessa all'autonoma iniziativa del presidente; soprattutto, nulla è detto in ordine all'ipotesi in cui il presidente decida di discostarsi dalla proposta dell'organo istruttorio.

Ancora più laconico è il regolamento sui procedimenti relativi alle sanzioni pecuniarie, che si esprime in termini di «provvedimento motivato adottato dal Presidente» (art. 5, comma 2, reg. n. 1/2006).

In entrambi i casi è da ritenere che il presidente disponga di un autonomo ambito valutativo, che può sfociare anche in una determinazione contraria alla proposta dell'organo istruttorio. La tesi contraria [Agus, cit., 907] enfatizza la rilevanza della fase istruttoria, particolarmente valorizzata dalla fonte regolamentare, ma trascura il fondamentale principio della separazione tra funzione istruttoria e decisoria. È evidente, peraltro, che una decisione presidenziale discordante rispetto alla proposta necessiti di un'adeguata e specifica esternazione delle ragioni, conformemente, del resto, al modello delineato dalla legge n. 241/1990 sui rapporti tra responsabile del procedimento e organo decisore, per cui quest'ultimo «non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria […] se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale» (art. 6, comma 1, lett. e) legge n. 241/1990, come modificata dall'art. 4 legge n. 15/2005). In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza, secondo cui il Presidente dell'Isvap «può co-

munque discostarsi dall'avviso reso dalle strutture tecniche (nel rispetto dei canoni generali che presiedono all'esercizio delle funzioni autoritative)» (Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 agosto 2010, n. 29503, cit.).

4. *Il contraddittorio.*

I procedimenti sanzionatori sono esemplificativi della dimensione verticale del principio del contraddittorio [Clarich, 2004, 71], per cui il privato si trova in posizione di soggezione rispetto al potere unilaterale dell'amministrazione e le tecniche di garanzia del contraddittorio valgono, per il potenziale destinatario della sanzione, all'esercizio del diritto di difesa e, per l'amministrazione procedente, ad acquisire una completa rappresentazione dei fatti. È riscontrabile, sebbene più attenuata, anche la dimensione orizzontale, per cui la partecipazione di altri soggetti mostra la funzione collaborativa del principio del contraddittorio [Clarich, 2004, 72].

Peraltro, il principio del contraddittorio applicato ai procedimenti di competenza delle autorità amministrative indipendenti è stato evocato dalla dottrina quale chiave di lettura nel dibattito sulla natura e sulle funzioni di questi enti. L'applicazione delle regole del contraddittorio è stata predicata come «un correttivo alla perdita di legalità sostanziale e al *deficit* di legittimazione democratica» [Chieppa, 2006, 8; di «democrazia procedimentale» che supplisce al *deficit* di «democrazia politica» parla anche Gambardella, 2006, 3154; sul contraddittorio inteso come «necessario ed appropriato contrappeso» all'indipendenza, v. Longobardi, 2001, 1556] tipici delle Autorità indipendenti, con il corollario della necessità di un'accentuazione delle garanzie procedimentali [Clarich, cit., 61; Cheli, 2013, 330]. Sono state formulate altre argomentazioni, di segno opposto: un'eccessiva procedimentalizzazione dell'attività delle autorità, alimentata anche dalle regole di partecipazione, può portare a quello che la dottrina francese ha definito «*luxe de procedures*», ossia «il paradosso per cui se il dettaglio procedimentale aumenta le garanzie per il cittadino, d'altro diminuisce l'efficacia dell'azione dell'Autorità, con una singolare eterogenesi dei fini» [Cuocolo, 2007, 620]; inoltre, i procedimenti di vigilanza, cui sono ascrivibili quelli sanzionatori, sono spesso connotati da un "effetto sorpresa", che sarebbe irrimediabilmente compromesso qualora il soggetto controllato sia previamente notiziato e "coinvolto" nel procedimento [Fratini, 2011, 575; Tenore, 1999, 71].

In relazione ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Isvap, può notarsi che il principio del contraddittorio, nella dimensione verticale, ispira, sia pure con gradazioni diverse, le diverse fasi procedimentali, mentre è assente nella dimensione orizzontale.

Con riferimento alla fase preprocedimentale, il regolamento sui procedimenti disciplinari ammette un momento, sebbene eventuale, di contraddittorio: il funzionario che istruisce il procedimento, infatti, si avvale degli atti inviati dal servizio dell'Autorità che ritiene sussistente l'illecito disciplinare, ma, a sua volta, può sollecitare al medesimo servizio la trasmissione di ulteriore documentazione, nonché coinvolgere per le medesime finalità «i soggetti nei confronti dei quali si svolge l'istruttoria» (art. 3, comma 2, reg. n. 6/2006). La garanzia del contraddittorio nella fase preprocedimentale non è invece formalizzata per i procedimenti relativi alle sanzioni pecuniarie, tuttavia è da segnalare la prassi consolidata presso i servizi dell'Autorità, per cui il servizio che ravvisi condotte suscettibili di sanzione ne dà notizia all'impresa o all'intermediario, invitandoli a fornire chiarimenti, anche mediante allegazione di documenti. Che si tratti di attività assolutamente informale e non procedimentalizzata deriva dalla specificazione addotta dai servizi secondo cui la richiesta di informazioni non determina avvio del procedimento sanzionatorio [cfr., *supra*, il contributo di Tuccari; Schiona, 2009, 343].

La fase istruttoria è quella in cui le garanzie del contraddittorio conoscono il massimo grado di sviluppo, anche in forme più avanzate rispetto a quelle previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo, legge n. 241/1990: accanto alla difesa nella forma classica della presentazione di memorie difensive e altri elementi controdeduttivi, rileva quella dell'audizione orale. Di essa i regolamenti disciplinano le modalità di esercizio, prevedendo, nel caso dei procedimenti disciplinari, che l'interessato possa farsi assistere da un legale o esperto di fiducia (art. 8, comma 5, reg. n. 6/2006) e, nel caso dei procedimenti relativi alle sanzioni pecuniarie, che l'interessato possa essere sentito anche attraverso propri rappresentanti (art. 4, comma 1, reg. n. 1/2006). Connessa allo strumento dell'audizione orale è la regola della verbalizzazione: essa è codificata nel regolamento sui procedimenti disciplinari (art. 8, comma 5, reg. n. 6/2006), ma non nel regolamento relativo alle sanzioni pecuniarie, per i quali comunque è di ovvia applicazione, anche in ragione del rilievo dato al principio di verbalizzazione dalla norma che riconosce la potestà regolamentare in capo all'Isvap (art. 24, comma 1, l. n. 262/2005).

Funzionale al principio del contraddittorio è quello della piena conoscibilità degli atti istruttori, di cui massima espressione è l'esercizio del diritto di accesso. Anche in relazione a questo profilo, mentre il regolamento sui procedimenti disciplinari menziona espressamente l'accesso agli atti del fascicolo tra i «diritti dell'interessato» (art. 4, comma 1, lett. a, reg. n. 6/2006), l'altro regolamento tace sul punto, sebbene la norma legislativa di riferimento imponga espressamente il rispetto del principio di accesso di cui alla l. n. 241/1990 nei procedimenti individuali dinanzi all'Isvap (art. 24, comma 1, l. n. 262/2005).

L'accesso informativo agli atti istruttori di procedimenti sanzionatori segue, pertanto, le regole generali sancite dalla legge n. 241/1990 e ad esse vanno im-

prontati condizioni e limiti tipici del settore. Il riferimento è al limite del segreto d'ufficio, connesso all'attività di vigilanza propria delle autorità indipendenti, che con riferimento all'Isvap, è espressamente previsto dall'art. 10 del codice delle assicurazioni ed è recepito nei regolamenti interni sull'esercizio del diritto di accesso e sulle cause di esclusione (provvedimenti nn. 39 e 40 del 5 settembre 1995). Sul punto la dottrina [Mattarella, 2001, 267; Agus, cit., 906; Schiona, cit., 343] ha richiamato la posizione espressa dalla giurisprudenza in relazione ai rapporti tra il diritto di accesso e il segreto d'ufficio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alla Consob, sollecitandone l'applicazione anche ai procedimenti di competenza dell'Isvap per la sostanziale equivalenza del dato normativo su questo profilo. Secondo la giurisprudenza amministrativa «l'attuale quadro normativo in tema di poteri istruttori della Consob non consente a detta Autorità di opporre il segreto d'ufficio, rispetto agli atti di un procedimento sanzionatorio […], nei riguardi del soggetto destinatario della contestazione, il cui interesse alla difesa non è comprimibile neppure in sede procedimentale della fase istruttoria della contestazione degli addebiti» (Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6562, in *Foro amm. CdS*, 2006, 3085; similmente, Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2003, n. 1647, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1129; Tar Lazio, Roma, sez. I, 28 maggio 2010, n. 13895, in *Giur. mer.*, 2010, 2312; Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 giugno 2006, n. 4244, in *Foro amm. Tar*, 2006, 2041; Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 12288, in *Foro amm. Tar*, 2005, 3559), orientamento che recepisce l'indicazione data dalla Corte costituzionale secondo cui non può negarsi «l'accesso a qualsiasi notizia, informazione o dato venuti in possesso della Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob), in connessione con la sua attività di vigilanza, pur allorquando detti dati, notizie ed informazioni siano posti a sostegno dell'atto di promovimento di procedimento sanzionatorio nei confronti di soggetto operante nel settore retto dalla predetta Commissione» (Corte cost., 23 marzo 2001, n. 80, in *Giur. cost.*, 2001, 544; Corte cost., 3 novembre 2000, n. 460, in *Giur. cost.*, 2000, 3633).

Il principio del contraddittorio è assente nella fase decisoria, sebbene proprio la distinzione tra funzione istruttoria e decisoria suggerirebbe un supplemento di contraddittorio tra il soggetto interessato e l'organo chiamato ad assumere la determinazione finale. Peraltro, mentre il regolamento relativo ai procedimenti disciplinari, pur non ammettendo alcuna dialettica con il presidente, prevede l'audizione orale dinanzi al collegio di garanzia, dunque nella fase predecisoria in cui l'organo collegiale è chiamato a formulare la proposta di decisione, l'altro regolamento non prevede alcuna forma di interlocuzione del privato né con il servizio Sanzioni, al quale è affidata la valutazione delle risultanze istruttorie, né con il presidente, al quale spetta il potere decisorio.

Si tratta di lacuna tanto più significativa se si considera un altro profilo, quello della corrispondenza tra addebito contestato e addebito accertato nel prov-

vedimento sanzionatorio, di cui la giurisprudenza dà un'interpretazione "sostanziale", nel senso di ammettere che dalla dialettica procedimentale possono emergere elementi nuovi, i quali, senza modificare la fattispecie illecita, possono essere portati a fondamento della decisione (Tar Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4461, in *Foro amm. Tar*, 2013, 1566); situazione che inevitabilmente deve presupporre un contraddittorio esteso su tutto il percorso procedimentale, compresa la fase decisoria.

D'altra parte, guardando ancora alle altre autorità amministrative indipendenti, può notarsi che il contraddittorio è stato inteso come principio che permea l'intero procedimento: così, per l'Agcm, l'art. 14 d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217, riconosce ai soggetti interessati il diritto di presentare memorie difensive e di essere ascoltati in audizione dinanzi al collegio, al quale spetta il potere decisorio. In relazione ad un'altra autorità (Consob), il cui procedimento sanzionatorio conosce snodi e competenze simili a quello dell'Isvap, compresa la fase predecisoria imputata ad un organo diverso da quello istruttorio e caratterizzata dall'assenza di forme di contraddittorio, è stata la giurisprudenza ad affermare che se il procedimento sanzionatorio è retto dal principio del contraddittorio, esso «si riferisce all'intero procedimento e non alla sola fase istruttoria» con la conseguente affermazione della violazione del principio del contraddittorio nel caso di specie, in quanto gli esiti dell'attività dell'organo preposto alla valutazione delle risultanze istruttorie e alla proposta della decisione possono anche caratterizzarsi da «una serie di valutazioni che sono nuove ed autonome rispetto ad ogni altra precedente valutazione indirizzata all'affermazione della sussistenza dell'illecito» (Corte app. Genova, sez. I, 21 febbraio 2008, in Giur. comm., 2009, 339).

5. *I termini.*

Il profilo dei termini costituisce un aspetto alquanto "singolare" della disciplina dei procedimenti sanzionatori dell'Isvap. Analogamente ai procedimenti di competenza di altre Autorità – e addirittura in forma più accentuata – spicca la previsione di termini di conclusione del procedimento particolarmente lunghi: due anni per il procedimento relativo alle sanzioni pecuniarie (art. 5, comma 4, reg. n. 1/2006), un anno per quello disciplinare (art. 11, reg. n. 6/2006).

I regolamenti definiscono anche la durata della fase preprocedimentale, funzionale alla verifica della sussistenza degli estremi per l'avvio formale del procedimento sanzionatorio. L'atto di contestazione dell'addebito deve essere notificato ai soggetti destinatari entro 120 giorni (ovvero entro 180 giorni per i soggetti residenti all'estero) «dall'accertamento dei fatti» nel caso dei procedimenti relativi alle sanzioni pecuniarie (art. 3, comma 2, reg. n. 1/2006), dalla «data di con-

clusione dell'istruttoria» per i procedimenti disciplinari (art. 3, comma 6, reg. n. 6/2006). Peraltro, questi termini ricalcano quelli definiti dalla fonte legislativa: art. 326 codice delle assicurazioni, per i procedimenti relativi a sanzioni pecuniarie, art. 331 per i procedimenti disciplinari.

Risultano formalizzati anche i termini infraprocedimentali. Nel caso delle sanzioni pecuniarie, il soggetto destinatario dell'atto di contestazione dell'addebito ha 60 giorni per presentare memorie difensive o altri elementi controdeduttivi, nonché richiesta di audizione (art. 4, comma 1, reg. n. 1/2006); l'audizione, se richiesta, dovrà tenersi entro 180 giorni dall'istanza (art. 4, comma 1); i servizi dell'autorità concludono la fase istruttoria e ne riferiscono al servizio Sanzioni, con relazione motivata, entro 90 giorni dal ricevimento delle memorie difensive o dall'audizione, se successiva (art. 4, comma 2); qualora siano decorsi i 60 giorni senza che l'interessato abbia presentato memorie difensive né richiesta di audizione, i servizi hanno 90 giorni per provvedere agli incombenti istruttori (art. 4, comma 2). Dal ricevimento da parte del servizio Sanzioni della relazione del servizio procedente decorre l'ulteriore termine di 90 giorni entro il quale deve concludersi il procedimento con la notifica all'interessato del provvedimento presidenziale di irrogazione della sanzione o di archiviazione (art. 5, comma 2).

Meno formalizzati sono i termini intermedi del procedimento disciplinare. È predefinito il termine entro il quale l'interessato può esercitare i diritti di difesa di cui all'art. 4, comma 1 (60 giorni: art. 4, comma 2, reg. n. 6/2006) e quello entro il quale la sezione Consulenza legale deve trasmettere alla segreteria per i procedimenti disciplinari il fascicolo istruttorio (20 giorni: art. 8, comma 3), mentre nulla è detto sui termini di fissazione dell'adunanza di trattazione dinanzi al collegio di garanzia (tranne che deve avvenire tenendo conto «di un ragionevole lasso di tempo per l'esame degli atti difensivi», art. 8, comma 1, reg. n. 6/2006), né su quelli a disposizione del collegio di garanzia per formulare la proposta di provvedimento e del presidente per l'adozione del provvedimento finale.

La disciplina regolamentare così articolata suscita non pochi interrogativi, specie se rapportata al modello procedimentale della l. n. 241/1990. Risalta, anzitutto, la questione della legittimità dei termini di conclusione dei procedimenti, in quanto di gran lunga superiori a quelli, sia ordinari che eccezionali, previsti dalla l. n. 241/1990; si pone, inoltre, la consueta questione della natura, perentoria o meno, dei termini predefiniti, che nelle ipotesi in esame sono quelli attinenti all'attività preprocedimentale, quelli infraprocedimentali e quelli massimi di conclusione del procedimento.

In relazione al primo profilo, occorre evidenziare che l'opzione dell'Isvap, analoga a quella di altre Autorità, riflette la clausola di cui all'art. 2, comma 5, l. n. 241/1990, introdotta dalla legge n. 69/2009, che rimette all'autonomia organizzativa delle «Autorità di garanzia e di vigilanza» la definizione dei termini di

conclusione dei procedimenti, anche in deroga rispetto ai rigorosi limiti temporali previsti dalla medesima norma: 90 giorni, quale termine massimo per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali (comma 3), elevabile sino a 180 giorni in ragione dell'«organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento» (comma 4).

La soluzione a favore di termini decisamente più lunghi si espone, tuttavia, a qualche considerazione critica. Sul piano sistematico può richiamarsi l'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009, secondo cui «In sede di prima attuazione della presente legge, gli atti o i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, coma da ultimo sostituito dal comma 1, lettera b), del presente articolo, sono adottati entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge. Le disposizioni regolamentari vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, che prevedono termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti, cessano di avere effetto a decorrere dalla scadenza del termine indicato al primo periodo. Continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, che prevedono termini non superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti […]».

I «provvedimenti di cui al comma 5» dell'art. 2 sono proprio quelli delle autorità di garanzia e di vigilanza che disciplinano i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. Ne deriva che la disposizione di cui all'art. 2 l. n. 241/1990 deve ritenersi prevalente sulle disposizioni regolamentari che prevedono termini più lunghi – come per i procedimenti sanzionatori dell'Isvap – e si applica anche in assenza di previsioni regolamentari [cfr., *supra*, il contributo di Monteduro].

L'insuperabilità dei limiti temporali previsti dall'art. 2 della l. n. 241/1990 si ricava da un'ulteriore disposizione. Le norme relative alla «durata massima dei procedimenti» di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990 sono qualificate dall'art. 29, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto dalla già citata l. n. 69/2009, come norme attinenti «ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m)». In quanto tali, si tratta di norme inderogabili *in peius* e cedevoli solo rispetto a disposizioni che prevedono «livelli ulteriori di tutela» (comma 2-*quater*): questo meccanismo è riferito espressamente alle autonomie territoriali, ma è di tutta evidenza che, a maggior ragione, debba applicarsi a tutte le amministrazioni statali, comprese le Autorità indipendenti [cfr., ancora, il contributo di Monteduro in questo lavoro collettaneo].

Anche l'altro profilo – della perentorietà o meno dei termini – riflette la tensione tra la specialità della normativa, fondata sul potere di autoregolamentazione attribuito dalla legge all'autorità, e la riconducibilità dei procedimenti ai modelli generali delle leggi nn. 241/1990 e 689/1981.

Un primo punto di osservazione riguarda il termine per la contestazione dell'addebito, che, come detto, costituisce l'oggetto della fase preprocedimentale tipica dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Isvap come di quelli di altre Autorità indipendenti.

La giurisprudenza, riferita anche ad altre Autorità, ha avuto modo di affermare che i termini fissati a livello regolamentare o legislativo sono da intendersi come perentori (Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2013, n. 1515, in *Foro amm. CdS*, 2013, 788; Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2551; Tar Lazio, Roma, sez. I, 1 luglio 1999, n. 1485), mentre ha negato l'applicabilità delle regole generali sui termini previste dalla legge n. 241/1990 in caso di mancata definizione normativa (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4454, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2120), ritenendo applicabile, al più, il termine (di 90 giorni) di cui all'art. 14 legge n. 689/1981 (Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2013, n. 1515, cit.; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 618, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Secondo l'impostazione seguita dalle Autorità e avallata dalla giurisprudenza, questa fase, in quanto estranea al contesto procedimentale, non può ritenersi coperta dalla legge sul procedimento amministrativo e, dunque, i relativi termini possono essere più lunghi rispetto a quelli sanciti dalla l. n. 241/1990 e prevalenti, in base al criterio della specialità, anche sul termine previsto per la contestazione dell'addebito dalla legge sulle sanzioni amministrative, l. n. 689/1981; quest'ultimo, e non quello residuale della l. n. 241/1990 (art. 2, comma 2), è ritenuto applicabile ai procedimenti sprovvisti di definizione normativa del termine per la contestazione dell'addebito.

Un altro elemento appare rilevante sull'argomento, il *dies a quo* della fase preprocedimentale. I regolamenti Isvap prevedono che il termine di 120 giorni (elevato a 180 giorni per la contestazione a soggetti residenti all'estero) decorra dall'«accertamento dei fatti», per i procedimenti relativi alle sanzioni pecuniarie (art. 3, comma 2, reg. n. 1/2006) e dalla «conclusione dell'istruttoria», per i procedimenti disciplinari (art. 3, comma 6, reg. n. 6/2006). Il concetto di accertamento dei fatti è stato interpretato dalla giurisprudenza, anche riferita ad altre Autorità indipendenti, in una prospettiva teleologicamente orientata, nel senso che esso richieda non la mera assunzione della notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma «l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza, a sua volta, implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti» (Cons. Stato, sez. I, 3 dicembre 2009, n. 2721, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2958; similmente Cass. civ., sez. I, 29 febbraio 2008, n. 5467, in *Giust. civ.*, 2008, 327; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341, in *Foro amm. CdS*, 2007, 207; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 24 novembre

2009, n. 5131, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 22 novembre 2007, n. 12490, in *Foro amm. Tar*, 2007, 3820). La giurisprudenza, dunque, esclude che l'individuazione del *dies a quo* possa coincidere con la ricezione da parte dell'Autorità della segnalazione o denuncia, che occasiona l'avvio delle indagini, ovvero con la data di acquisizione di documenti o elementi istruttori presso il soggetto sottoposto a indagine, in quanto in questo momento non necessariamente la conoscibilità dei fatti può essere "piena"; per la computabilità del termine è richiesto uno stato avanzato di preistruttoria, in quanto la decisione sulla contestazione dell'addebito è un'operazione valutativa complessa che necessita di un «congruo *spatium deliberandi*» successivo all'acquisizione del materiale probatorio (Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2013, n. 1515, cit.).

Sullo sfondo resta il problema, invece principale, della conoscibilità del dies a quo da parte del soggetto indagato affinché costui possa verificare la tempestività della notifica della contestazione dell'addebito. Nella prassi questo dato è inserito nell'avviso di contestazione [Schiona, cit., 344] e, come detto, è identificato nel momento di conclusione delle attività (pre)istruttorie, sebbene per alcuni regolamenti (come quelli dell'Isvap) esso non costituisca neanche un elemento obbligatorio del contenuto della contestazione, con la conseguenza che l'autorità potrebbe addirittura non indicarlo, mortificando ulteriormente le ragioni di tutela del privato.

L'attività preistruttoria si mostra come attività che l'amministrazione può condurre in silenzio e senza contraddittorio, nella quale può indugiare a lungo, sul presupposto della sua estraneità al contesto procedimentale. Questa impostazione, tuttavia, trascura un aspetto: la presenza nella disciplina di riferimento di elementi e snodi tipici del modello procedimentale (responsabile del procedimento, tipologia delle attività istruttorie, forme di partecipazione, ecc.), ai quali se ne aggiungono altri riconosciuti dalla giurisprudenza, come l'obbligo di motivazione dell'atto di archiviazione e l'impugnabilità di questo ad opera del denunciante. Questo profilo induce a ripensare la tradizionale rappresentazione della fase preistruttoria come «una sorta di zona grigia» (in senso critico Clarich, 2004, 78), svincolata dalle regole procedimentali: l'attività preistruttoria è estranea al procedimento sanzionatorio propriamente detto perché si colloca in un momento precedente, ma non per questo può negarsi la sua natura procedimentale, il suo svolgersi secondo lo schema procedimentale, l'essere oggetto di un procedimento amministrativo presupposto. Questa configurazione supererebbe le disfunzioni sopracitate in quanto, richiamando gli istituti tipici della l. n. 241/1990, garantirebbe le esigenze della piena conoscibilità del dies a quo (con la comunicazione di avvio del procedimento), del contraddittorio effettivo e di limiti temporali contenuti.

In relazione ai termini infraprocedimentali, che, come visto, sono molteplici nei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Isvap, è pacifico anche in giu-

risprudenza riconoscerne la natura meramente ordinatoria e non perentoria, sul presupposto che si tratta di termini che «assolvendo ad una funzione di organizzazione dell'attività dell'Istituto, sono sostanzialmente irrilevanti per il destinatario del procedimento» (Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 novembre 2011, n. 8546, in *Foro amm. Tar*, 2011, 3491; sul carattere ordinatorio dei termini endoprocedimentali previsti dal regolamento Isvap n. 1/2006, si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 giugno 2010, n. 19659, in *Danno e resp.*, 2010, 967; con riferimento all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1538, in *Foro amm. CdS*, 2011, 959). L'indirizzo conferma la giurisprudenza formatasi sui termini endoprocedimentali previsti dalla l. n. 241/1990 e da leggi speciali, secondo cui in carenza di previsioni che dichiarano la decadenza o l'inefficacia di atti compiuti dopo la scadenza dei termini intermedi questi non sono perentori (Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3085, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1572; Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2007, n. 4507, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2249; Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6017, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2914; Cons. Stato, sez. VI 19 febbraio 2003, n. 939, in *Foro amm. CdS*, 2003, 652; Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2001, n. 2491, in *Foro amm. CdS*, 2001, 1113).

Questa posizione abbraccia tutti i termini endoprocedimentali, sia quelli inerenti a prerogative dei privati (si pensi agli artt. 4, comma 1, reg. n. 1/2006, e 4, comma 2, reg. n. 6/2006, relativi al termine per l'esercizio dei diritti di difesa), sia quelli che rientrano nella disponibilità dell'ente (ad esempio, il termine di cui all'art. 4, comma 1, reg. n. 1/2006, per la relazione motivata che il servizio agente deve trasmettere al servizio Sanzioni, e quello di cui all'art. 8, comma 3, reg. n. 6/2006, relativo alla trasmissione del fascicolo istruttorio da parte della sezione Consulenza legale alla segreteria per i procedimenti disciplinari). Questi ultimi attengono alla sequenza delle operazioni interne al procedimento, per cui un'eventuale dilatazione di un'attività può tradursi nella compressione di un'altra, che comunque non incide necessariamente sulla durata complessiva del procedimento; peraltro, i regolamenti non prevedono neanche che l'interessato sia effettivamente informato dei passaggi intermedi, con l'effetto che l'eventuale inosservanza dei termini non incide direttamente sulla sua sfera giuridica. Per le prerogative dei privati, è da ritenere che queste possano essere fatte valere anche oltre il termine prefissato, ma deve ammettersi l'esistenza di un limite rappresentato dal passaggio del procedimento ad una fase che non contempla analoghe prerogative (ad esempio dall'organo istruttorio a quello decisorio, dinanzi al quale non sono previste forme di contraddittorio).

Più complessa è la questione della perentorietà o meno del termine di conclusione del procedimento (due anni per il procedimento di irrogazione di sanzioni pecuniarie e un anno per il procedimento disciplinare di competenza dell'Isvap).

Le ragioni contrarie alla perentorietà ricalcano il criterio formale che la giurisprudenza costantemente applica per qualificare il termine finale di qualsiasi procedimento, per cui in assenza di un'espressa declaratoria di perentorietà del termine ovvero di un'espressa comminatoria di decadenza della potestà amministrativa per la sua violazione o di illegittimità del provvedimento tardivamente adottato, il termine deve considerarsi meramente ordinatorio (in questo senso, per i procedimenti sanzionatori di competenza delle autorità indipendenti, si veda Cass. civ., sez. II, 15 marzo 2007, nn. 6067, 6068, 6069; Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2002, n. 369, in *Foro amm. CdS*, 2002, 174; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3215, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1845; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 1996, n. 621, in *Foro amm.*, 1996, 1869; Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 gennaio 2012, n. 399, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. Tar*, 2003, 906), con la conseguente affermazione che il mancato rispetto si configura non come vizio di legittimità, ma come semplice irregolarità, che, al più, rileva ai fini dell'accertamento di responsabilità dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI 19 febbraio 2003, n. 939, in *Foro amm. CdS*, 2003, 652; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 marzo 2003, n. 1790, cit.).

La questione, peraltro, non può chiudersi in questi termini, perché la giurisprudenza relativa alla qualificazione dei termini ha elaborato ulteriori criteri, che potrebbero ben attagliarsi ai procedimenti sanzionatori delle *Authorities*. In giurisprudenza è ricorrente l'affermazione per cui la perentorietà del termine può anche non essere espressa, ma è desumibile dalla *ratio legis* o da specifiche esigenze sottese al procedimento ovvero dalla prova che l'inutile decorso del termine comporti la perdita della possibilità di azione da parte del soggetto a favore del quale quel termine è previsto (Cons. Stato, 18 maggio 2004, n. 3201, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1471; Tar Lazio, Roma, sez. III, 14 dicembre 2006, n. 14517, in *Foro amm. Tar*, 2006, 3894).

Se la perentorietà del termine comporta la decadenza dall'esercizio di un potere, essa si giustifica in base alla funzione e allo scopo del termine: nel caso dei procedimenti sanzionatori, mentre i termini endoprocedimentali rispondono ad esigenze squisitamente organizzatorie, il termine finale è posto a garanzia dell'incolpato e risponde ad esigenze di conoscibilità e di certezza dei tempi massimi di decisione sulla sanzione. Queste esigenze, tipiche dei procedimenti sanzionatori, diventano particolarmente avvertite per gli operatori finanziari, anche in ragione della loro peculiare funzione a rilevanza pubblicistica. Come è stato detto, per essi «l'incertezza circa i tempi di definizione incide, tra l'altro, sulla (e condiziona la) adozione di particolari cautele bilancistiche, anche sotto il profilo del calcolo programmatico dei margini di solvibilità» [Schiona, cit., 347]. D'altra parte, questa situazione di incertezza è destinata a insistere per un periodo di tempo già lungo, corrispondente al termine massimo di conclusione del procedimento (pari

a due anni per il procedimento di irrogazione di sanzioni pecuniarie e ad un anno per il procedimento disciplinare), rispetto al quale ulteriori dilazioni, conseguenti all'asserita natura ordinatoria, risultano insostenibili.

A favore della natura perentoria del termine può richiamarsi un'ulteriore argomentazione, applicata dalla giurisprudenza prevalente in relazione ai rapporti tra la disciplina speciale e quella generale, rappresentata dalla l. n. 689/1981. Qualora la disciplina, di fonte primaria e secondaria, relativa ai procedimenti delle Autorità indipendenti, non contempli previsioni speciali che qualificano come perentori o meno i termini di conclusione dei procedimenti sanzionatori, deve ritenersi applicabile l'art. 14 della l. 689/1981 (Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341, in *Foro amm. CdS*, 2007, 207; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2004, n. 6901; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17 dicembre 2012, n. 3061, in *Foro amm. Tar*, 2012, 3782; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 23 ottobre 2007, n. 6261), secondo cui la contestazione di violazione deve essere notificata entro 90 giorni, termine considerato pacificamente come perentorio, in quanto la medesima disposizione prevede che l'obbligazione di pagare la sanzione si estingue se è omessa la notificazione nel termine prescritto (Cass. civ., sez. II, 8 maggio 2007, n. 10535; Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2003, n. 3254, in *Giust. civ.*, 2003, 456; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17 dicembre 2012, n. 3061, cit.; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 marzo 2003, n. 1790, cit.).

6. *Il nuovo disegno organizzativo e le ricadute sul piano procedimentale.*

L'istituzione dell'Ivass (disposta dall'art. 13 d.l. 6 luglio 2012, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135), che è subentrato nelle competenze dell'Isvap a decorrere dal 1° gennaio 2013, ha comportato la necessità di adeguare i procedimenti di competenza dell'ente al nuovo disegno organizzativo. Come già detto, la soluzione del legislatore è stata quella di mantenere la soggettività giuridica dell'ente regolatore nel mercato assicurativo, agganciando, al contempo, la *governance* del nuovo istituto a quella della Banca d'Italia, sul presupposto della stretta connessione dell'attività di vigilanza bancaria con quella assicurativa [Giani - Vetrò, 2014, 631]. In base al nuovo modello, il presidente dell'Ivass è il direttore generale della Banca d'Italia, il direttorio è quello della Banca d'Italia, in una composizione allargata ai consiglieri del nuovo ente ("direttorio integrato") e il consiglio è composto dal presidente e dai consiglieri, la cui nomina è proposta dal Governatore della Banca d'Italia.

Anche la struttura degli organi e degli uffici è stata rivista attraverso l'approvazione di un piano di riassetto organizzativo (con delibere del Consiglio n. 46 del 24 aprile 2013 e n. 63 del 5 giugno 2013), che ha ridefinito i servizi e le rela-

tive competenze, seguendo soluzioni già adottate dalla Banca d'Italia. Tra le altre novità, sono stati unificati i due servizi di vigilanza prudenziale, è stato creato un apposito servizio Ispettorato, in luogo dei nuclei incardinati nei precedenti servizi di vigilanza, e sono stati costituiti il servizio Normativa e politiche di vigilanza e il servizio Studi e gestione dei dati.

Per effetto del nuovo disegno organizzativo è stato prontamente intrapreso il processo di revisione della disciplina dei procedimenti sanzionatori, che ha previsto una fase di consultazione pubblica sul sito istituzionale e si è concluso con l'approvazione dei regolamenti n. 1 dell'8 ottobre 2013, (concernente la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie) e n. 2, di pari data (relativo ai procedimenti disciplinari), abrogativi dei precedenti ed entrati in vigore il 31 ottobre 2013.

Sul piano delle competenze, queste sono puntualmente definite rispetto alle varie fasi procedimentali. Per i procedimenti relativi a sanzioni pecuniarie, la fase dell'avvio della procedura, che si articola nelle attività di accertamento e contestazione delle violazioni, spetta a vari servizi (Ispettorato, Tutela del consumatore, Vigilanza prudenziale, Vigilanza intermediari assicurativi e Studi e gestione dati), sulla base delle rispettive competenze, mentre la fase istruttoria è rimessa solo ad alcuni di questi servizi (Vigilanza prudenziale, Vigilanza intermediari assicurativi, Studi e gestione e Sanzioni), con la precisazione che l'attività conclusiva della fase istruttoria, culminante con la proposta di decisione, spetta in via esclusiva al servizio Sanzioni. La potestà decisoria è attribuita al Direttorio integrato o ai soggetti da questi delegati.

In ordine al procedimento disciplinare, emerge significativamente la scelta di attribuire le competenze accertative e istruttorie al servizio Vigilanza intermediari assicurativi, con l'effetto che, rispetto ai soggetti intermediari assicurativi e riassicurativi, risultano accentrate presso il medesimo servizio di vigilanza i compiti di accertamento e contestazione sia della sanzione amministrativa pecuniaria sia di quella disciplinare. La scelta organizzativa si spiega sul presupposto della unicità della condotta suscettibile di essere valutata come illecito pecuniario e/o disciplinare e denota evidentemente l'intento di razionalizzare l'impiego delle risorse e, quindi, di contenere i costi. Questa coincidenza non si verifica solo nell'ipotesi in cui la condotta dell'intermediario sia accertata nel corso di verifiche ispettive, in quanto la competenza ai fini dell'accertamento dell'illecito pecuniario spetta al servizio Ispettorato. Resta immutato il ruolo del collegio di garanzia e, analogamente ai procedimenti relativi alle sanzioni pecuniarie, la potestà decisoria è riconosciuta in capo al direttorio integrato.

Sul piano procedurale, i nuovi regolamenti prevedono una disciplina più dettagliata e puntuale della precedente, sul dichiarato intento di apportare elementi di «maggiore chiarezza e semplificazione». Ad esempio, in relazione alla fase

relativa alla contestazione dell'illecito e all'avvio del procedimento, emerge lo sforzo di specificare le modalità di accertamento, la decorrenza dei termini, i contenuti dell'atto di contestazione: l'accertamento si perfeziona, in caso di illeciti emersi nel corso di indagini ispettive, alla data di sottoscrizione del verbale ispettivo (art. 4, comma 3, reg. 1/2013; art. 4, comma 4, reg. n. 2/2013) e, nel caso di indagini a distanza, «nel momento in cui è completata la valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi costitutivi della fattispecie suscettibile di dar luogo all'applicazione di una sanzione» (art. 4, comma 4, reg. n. 1/2013; art. 4, comma 5, reg. n. 2/2013). La data di accertamento dei fatti è importante perché rappresenta il *dies a quo* per la notifica dell'atto di contestazione e la sua conoscibilità è fondamentale per l'interessato. Perciò questo dato è uno degli elementi essenziali dell'atto di contestazione il cui contenuto è analiticamente indicato dai nuovi regolamenti: l'opzione che emerge è di un rafforzamento della funzione notiziale di questo atto, garantita anche attraverso una sostanziale equiparazione con la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla l. n. 241/1990. L'atto di contestazione deve contenere, tra l'altro, il riferimento all'accertamento ispettivo, all'attività di vigilanza o alla documentazione acquisita da cui sia emersa la violazione, la data di accertamento della violazione e il termine di conclusione del procedimento, i diritti di difesa, il servizio responsabile del procedimento e quello competente per l'accesso agli atti (art. 6, comma 3, reg. n. 1/2013; art. 4, comma 8, reg. n. 2/2013).

Sono stati opportunamente eliminati quei passaggi preistruttori meramente interni, non conoscibili dal soggetto privato e, quindi, irrilevanti ai fini della sua difesa. È venuta meno, ad esempio, la relazione, formalizzata all'art. 3, commi 4-5, reg. n. 6/2006, intercorrente tra il funzionario responsabile del procedimento disciplinare, chiamato ad esprimere una proposta di avvio o non procedibilità dell'azione disciplinare, e il vice direttore generale o il dirigente delegato dal presidente, tenuti a pronunciarsi su tale proposta nel termine di conclusione dell'istruttoria.

Anche in relazione alla fase istruttoria i nuovi regolamenti hanno apportato alcuni correttivi. È stato eliminato il termine, perché a rilevanza esclusivamente interna, per la trasmissione da parte del servizio che ha condotto l'istruttoria della relazione motivata al servizio Sanzioni (art. 10, reg. n. 1/2013); sono state disciplinate le modalità di presentazione dell'istanza di sospensione del procedimento sanzionatorio, ammessa dall'art. 326 codice delle assicurazioni, da parte dell'interessato qualora dimostri che sono in corso accertamenti dovuti ad un fondato sospetto di frode (art. 9, reg. n. 1/2013); è stato esplicitato l'onere di verbalizzazione dell'esito dell'audizione, omesso dal precedente regolamento sulle sanzioni pecuniarie (art. 8, comma 4, reg. n. 1/2013); è stato precisato, sul modello di quanto previsto dalla l. n. 241/1990 (art. 10, comma 1, lett. b), che le controdeduzioni presentate dalle parti e i relativi allegati documentali sono ammissibili

solo se pertinenti ai fatti contestati e alle argomentazioni difensive svolte (art. 8, comma 3, reg. n. 1/2013).

Sono state modificate le regole di deliberazione del collegio di garanzia nell'ambito del procedimento disciplinare. È venuta meno la previsione regolamentare che riconosceva la validità di deliberazioni assunte con l'intervento di due soli componenti (e risolveva l'*impasse* derivante in caso di parità con l'affermazione della prevalenza del voto del presidente), su cui era sorto un contrasto giurisprudenziale tra la posizione che ne riconosceva la legittimità, argomentando che la paralisi dell'attività collegiale conseguente all'assenza di un componente «contrasterebbe con la rilevanza degli interessi pubblici perseguiti dalla funzione di vigilanza assegnata all'Isvap e con l'operatività di termini perentori previsti per il procedimento disciplinare» (Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4644, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1812), e la posizione contraria che ravvisava nella norma la palese violazione delle regole di funzionamento degli organi collegiali e l'effetto di snaturare l'organo collegiale trasformandolo in organo monocratico (Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 gennaio 2011, n. 419, in *Giust. civ.*, 2012, 544). L'attuale previsione sancisce che «in caso di assenza o di altro impedimento temporaneo di un componente, ciascuna sezione può validamente operare con la presenza, in qualità di supplente, di uno dei componenti esperti in materia assicurativa di un'altra sezione. Se l'assenza o il temporaneo impedimento riguardano il Presidente della sezione, questi è sostituito dal Presidente di un'altra sezione» (art. 12, comma 2, reg. n. 2/2013).

Anche la fase decisoria è stata integrata con l'innesto di elementi utili all'organo decisore per decidere con maggiore cognizione di causa. Nell'ambito del procedimento di irrogazione delle sanzioni pecuniarie, il direttorio integrato può acquisire, ove ritenuto necessario, un parere all'ufficio Consulenza legale, e «ove del caso, può richiedere supplementi d'istruttoria» (art. 12, comma 2, reg. n. 1/2013), formula che può essere interpretata anche nel senso dell'ammissibilità nella fase conclusiva del procedimento di momenti di contraddittorio diretto con i soggetti privati.

Un altro ambito di riflessione riguarda la definizione dei termini. I nuovi regolamenti, se, da un lato, sono intervenuti per eliminare alcuni termini intermedi, perché indifferenti rispetto alle posizioni giuridiche dei soggetti privati, dall'altro, hanno confermato quelli relativi all'avvio e alla conclusione dei procedimenti: 120 giorni per i soggetti residenti in Italia, 180 per i soggetti residenti all'estero, per la notifica dell'atto di contestazione in ordine ad i procedimenti sanzionatori (art. 5, comma 2, reg. n. 1/2013; art. 4, comma 3, reg. n. 2/2013); due anni per la conclusione del procedimento di irrogazione delle sanzioni pecuniarie (art. 12, comma 4, reg. n. 1/2013) e 365 giorni per quello disciplinare (art. 15, reg. n. 2/2013). Peraltro, nulla è detto in ordine alla natura perentoria o meno dei termini, con l'effetto di lasciare irrisolta una questione, invece essenziale.

L'immagine che emerge dai nuovi regolamenti è di uno schema procedimentale opportunamente rivisto secondo due linee direttrici: il rafforzamento del principio del contraddittorio, declinato nelle diverse fasi procedimentali, e la razionalizzazione della procedura mediante il riordino delle competenze e l'eliminazione di passaggi e limiti temporali ritenuti superflui. In questo processo di revisione è evidente l'avvicinamento al modello procedimentale di cui alla l. n. 241/1990, in particolare, rispetto ad istituti come la comunicazione di avvio del procedimento, al contenuto del materiale istruttorio, alle regole di funzionamento degli organi collegiali. Permane, invece, l'assoluta indifferenza rispetto alle regole della l. n. 241/1990 relative ai termini procedimentali: i procedimenti sanzionatori si confermano come procedimenti estremamente lunghi – sia in relazione alla fase ispettiva preliminare all'avvio del procedimento sia rispetto all'esito procedimentale – sottratti ingiustificatamente ai limiti sanciti dalla l. n. 241/1990, che invece rappresentano garanzie fondamentali per i cittadini. L'eccessiva durata dei procedimenti stride con l'esigenza di certezza normativa e stabilità dei rapporti giuridici, reclamata dagli operatori del settore, ma anche sottesa alla funzione propria delle sanzioni amministrative, che, come ha esplicitato il recente regolamento n. 1/2013, non è solo quella classica, di tipo «afflittivo nei confronti dei soggetti responsabili della violazione», ma anche quella di carattere «correttivo della lesione dello specifico interesse protetto», dovendo tendere ad «assicurare l'effettività delle regole» (art. 2, comma 3).

Bibliografia

Agus D., *Il procedimento sanzionatorio dell'Isvap*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 901 ss.;

Amato G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.;

Amorosino S., *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, 69 ss.;

Amorosino S., *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2004, 723 ss.;

Amorosino S., *I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di* regulation *dell'Isvap*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1249 ss.;

Amorosino S., *Mercati finanziari (vigilanza sui)*, in Cassese S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3617 ss.;

Bani E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000;

Bin M., *Autorità indipendenti? Il caso dell'Isvap*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 329 ss.;

Bombardelli M., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Iuspublicum* (http://www.ius-publicum.it), 2013, 1 ss.;

Cabiddu M.A., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle Autorità indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 283 ss.;

Cagnazzo A. - Toschei S. (diretto da), *Trattato sulle sanzioni amministrative. La sanzione amministrativa. Principi generali*, I, Torino, 2012;

Caianello V., *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss.;

Caranta R., *La nuova Isvap*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 17 ss.;

Caruso E., *Le sanzioni pecuniarie di vigilanza: innovazioni nella fase amministrativa e in quella giurisdizionale*, in *Le società*, 2012, 187 ss.;

Cassese S., *Gli organi dell'Isvap*, in *Giur. comm.*, 1984, 221 ss.;

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995;

Cassese S. - Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;

Cerbo P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999;

Cerbo P., *Le sanzioni amministrative*, in Cassese S. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, III, Milano, 2003, 579 ss.;

Cerbo P., *Vigilanza e sanzioni di natura amministrativa*, in *Le società*, 2010, 39 ss.;

Cheli E., *Osservazioni introduttive in ordine al potere sanzionatorio della Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, 329 ss.;

Chieppa R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2006, 1 ss.;

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.;

Clarich M., *Le Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005;

Clarich M. - L. Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, 358 ss.;

Cuocolo L., *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva*, in *Quad. reg.*, 2003, 531 ss.;

Cuocolo L., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, 601 ss.;

D'Alberti M., *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, 1 ss.;

Franchini C., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 549 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *I controlli nell'amministrazione moderna: la funzione di controllo dal garantismo alla regolazione*, Roma, 1990;

Fratini M., *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011;

Gambardella F., *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 3152 ss.;

Giani L. - Police A., *Le funzioni di regolazione del mercato*, in Scoca F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 497 ss.;

Giani L. - Vetrò F., *Le funzioni di regolazione del mercato*, in Scoca F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 597 ss.;

Gnes M., *La disciplina delle assicurazioni*, in Cassese S. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, III, Milano, 2003, 2881 ss.;

Gola M., *Principi del procedimento amministrativo e provvedimenti delle* Authorities *finanziarie*, in Galgano F. - Roversi Monaco F. (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario: la legge 28 dicembre 2005, n. 262, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Padova, 2009, 465 ss.;

Grasso G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006;

Lombardi R., *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 2005, 629 ss.;

Longobardi N., *A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990. Sulle implicazioni tra organizzazione ed attività amministrativa*, in *Cons. St.*, 2001, 1545 ss.;

Longobardi N., *Le Amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2005;

Longobardi N., *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 2925 ss.;

Longobardi N., *La regolamentazione e i controlli: le Autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 91 ss.;

Longobardi N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009;

Manganaro F., *La giustizia davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2010, 23 ss.;

Marchetti B., *Natura e funzioni dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP)*, in *Giur. comm.*, 1983, 625 ss.;

Mattarella B.G., *Diritto d'accesso e Consob: l'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 261 ss.;

Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000;

Merusi F., *L'Isvap e l'assicurazione della responsabilità civile da circolazione dei veicoli a motore*, in *Dir. econ.*, 2002, 23 ss.;

Merusi F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss.;

Merusi F. - Passaro M., *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur. Aggiorn.*, VI, Milano, 2002, 143 ss.;

Merusi F. - Passaro M., *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2011;

Morbidelli G., *I regolamenti dell'Isvap*, in Amorosino S. - Desiderio L. (a cura di), *Il nuovo Codice delle Assicurazioni*, Milano, 2006, 35 ss.;

Morbidelli G., *Il potere regolamentare ISVAP dopo il codice delle assicurazioni*, in Pisaneschi A. - Violini L. (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione - Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de' Santi*, II, Milano, 2007, 897 ss.;

Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005;

Nigro M., *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'Isvap*, in *Giur. comm.*, 1984, 1040 ss.;

Oppo G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 421 ss.;

Paliero C.E. - Travi A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988;

Paliero C.E. - Travi A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1988, 345 ss.;

Perez R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 133 ss.;

Pizzotti S., *L'abusivismo assicurativo: le sanzioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 958 ss.;

Pizzotti S., *La responsabilità degli organi amministrativi dell'impresa assicurativa per inosservanza di circolare dell'Isvap*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2546 ss.;

Politi F., *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1996, 1 ss.;

Portaluri P.L., *Immagini dell'amministrazione: leggi finanziarie e responsabilità*, in *Annuario AIPDA 2008, Il diritto amministrativo alla prova delle leggi finanziarie.* Atti del Convegno annuale, Lecce, 26-27 settembre 2008, Napoli, 2009, 57 ss.;

Predieri A. (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997;

Ramajoli M., *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss.;

Ramajoli M., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss.;

Rangone N., *Intese nel mercato assicurativo e sindacabilità dei provvedimenti antitrust*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1007 ss.;

Roma M., *I «reclami» tra funzione informativa e collaborazione dell'assicurato*, in *Dir. econ. assicur.*, 2008, 765 ss.;

Salvatore P. - Anastasi A., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Cons. St.*, 2004, 1635 ss.;

Sandulli M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983;

Schiona L., *Le garanzie procedimentali nell'irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'Isvap*, in *Assicurazioni*, 2009, 339 ss.;

Titomanlio R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007;

Torchia L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992;

Torchia L., *Mercato assicurativo e autorità di controllo: dallo Stato assicuratore allo Stato regolatore*, in Atti del Convegno su *La concorrenza nel mercato delle assicurazioni. Il ruolo dell'Isvap*, Benevento del 13-14 ottobre 1995, Napoli, 1998;

Troise Mengoni W., *Il potere sanzionatorio della Consob: profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012;

Tenore V., *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, Milano, 1999;

Travi A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983;

Zucconi Gallo Fonseca A., *Il contraddittorio davanti alle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2009, 339 ss.

XX. Il procedimento sanzionatorio della Commissione per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali

Giuseppe Andrea Primerano

Sommario: 1. Inquadramento. – 2. Il procedimento sanzionatorio. Considerazioni preliminari. – 3. L'apertura del procedimento. – 4. *Segue*: emanazione della delibera di valutazione del comportamento ed esecuzione delle sanzioni. – 5. Le categorie di soggetti sanzionabili. – 6. Il problema dei c.d. scioperi spontanei.

1. *Inquadramento*.

La Commissione in esame è un'autorità indipendente istituita dalla l. 12 giugno 1990, n. 146, che presidia alla regolare attuazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali a garanzia dell'equo contemperamento tra l'esercizio del diritto di sciopero e gli altri diritti costituzionali concorrenti dei cittadini utenti «alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione» (art. 1, l. n. 146/1990). In questo quadro, è agevole intuire perché i poteri sanzionatori della Commissione di garanzia non abbiano mai acquisito un rilievo preminente, essendo piuttosto l'attività dell'*Authority* volta a favorire tentativi di "raffreddamento" e di conciliazione fra le parti sociali in conflitto.

Nel suo impianto originario, la l. n. 146/1990 relegava la Commissione ad un ruolo marginale nell'erogazione delle sanzioni per la violazione della normativa legale o derivata. Essa poteva solo valutare il comportamento dei sindacati promotori ed aderenti ad uno sciopero illegittimo, al fine di indicare una loro esclusione dalle trattative con la parte datoriale per un periodo di due mesi (art. 4, c. 3). Il fulcro del sistema sanzionatorio era il datore di lavoro, il quale era legittimato a disporre le sanzioni di tipo patrimoniale a carico delle organizzazioni sindacali senza neppure attendere una «indicazione» apposita dell'Organismo di garanzia (art. 4, c. 2).

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di tale schema, la Consulta (sentenza del 24 febbraio 1995, n. 57, in *Foro it.*, 1995, I, 1407) ne affermò l'incostituzionalità ai sensi degli artt. 3 e 24. Sotto il primo aspetto, si evidenziava l'irragionevolezza sottesa al differente regime delle sanzioni patrimoniali e di quelle consistenti nella esclusione dei sindacati dalle trattative, essendo solo queste ulti-

me irrogabili dal datore di lavoro previa indicazione della Commissione. La procedura di irrogazione delle sanzioni patrimoniali, inoltre, non prevedendo alcuna fase procedimentale di contestazione dell'addebito, né alcun momento di contraddittorio, risultava in contrasto con il principio del giusto procedimento (desumibile dall'art. 24 Cost.). A tal riguardo, la Corte ha richiamato espressamente le regole contenute nella l. 7 agosto 1990, n. 241, in quanto disciplina «che ha carattere generale ed è quindi integrativa anche di procedimenti amministrativi disciplinati da disposizioni anteriori», e ha sottolineato la necessità di consentire sempre ai destinatari del provvedimento sanzionatorio di partecipare alla procedura di valutazione del loro comportamento. Infine, la Corte ha manifestato la necessità di sottrarre la verifica dei presupposti per l'applicazione delle sanzioni al datore di lavoro – «portatore di interessi potenzialmente contrapposti» – e di affidarla «a quel soggetto *super partes* ad alta competenza, che il legislatore ha configurato nella Commissione di garanzia».

Sulla base di tale dato giurisprudenziale, corroborato dagli orientamenti progressivamente espressi dalla stessa Autorità indipendente (cfr. ad esempio i suggerimenti contenuti in CGS, *Relazione 1 maggio 1998 - 30 aprile 1999*), il legislatore, con la l. 11 aprile 2000, n. 83, è intervenuto attraverso una riforma radicale del sistema sanzionatorio nella disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali ed ha assegnato alla Commissione un ruolo centrale al suo interno, assolto ed esercitato nel rispetto dei princìpi e delle garanzie del c.d. «giusto procedimento». Il riconoscimento in capo alla Commissione di una potestà sanzionatoria non più ausiliaria rispetto al procedimento disciplinare di competenza del datore di lavoro, chiamato oggi ad assolvere a un ruolo doverosamente esecutivo, ha contribuito in maniera determinante a scalfire la deferenza per l'autoregolamentazione che aveva contraddistinto la legge del 1990, facendo prevalere forme di ingerenza pubblica nella regolazione del conflitto.

2. *Il procedimento sanzionatorio. Considerazioni preliminari.*

La finalità precipua che il legislatore della riforma ha inteso perseguire, ossia consentire alla l. n. 146/1990 di assolvere a una reale funzione dissuasiva del conflitto, passa necessariamente attraverso il rispetto di due condizioni fondamentali: l'effettiva irrogazione delle sanzioni e la loro applicazione a tutti i soggetti potenzialmente responsabili di compiere infrazioni [Giuffrè A., 2001]. In tale ottica, l'art. 13, lett. i), l. n. 146/1990 riconosce alla Commissione di garanzia il potere di valutare il comportamento delle parti, al fine di deliberare le sanzioni previste dall'art. 4 nei casi di «eventuali inadempienze o violazioni degli obblighi che derivano dalla presente legge, degli accordi o contratti collettivi sulle prestazioni in-

dispensabili, delle procedure di raffreddamento e conciliazione e delle altre misure di contemperamento, o dei codici di autoregolamentazione».

Se si eccettuano taluni casi previsti da norme speciali *ad hoc* per particolari categorie di lavoratori (si pensi all'art. 72, l. n. 121/1981 che punisce l'abbandono del posto di lavoro da parte degli appartenenti alla Polizia di Stato) risultano assenti sanzioni di tipo penale. È stato l'art. 11, l. n. 146/1990, infatti, ad abrogare gli artt. 330 e 333 c.p., che reprimevano l'abbandono, collettivo ed individuale, di «pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori» con riferimento ai servizi pubblici essenziali. Ciò significa che, anche in tale contesto, uno sciopero che si svolga al di fuori della cornice legale non potrà mai essere sanzionato sul piano penale, bensì solo sui diversi piani (sindacale, disciplinare, economico-amministrativo) previsti dalla legge del 1990 [Di Cagno G. - Monaco M.P., 2009]. Purtuttavia, l'astensione deve essere qualificabile in termini di sciopero, poiché, diversamente, troverebbero applicazione le disposizioni di cui all'art. 340 c.p., che sanzionano l'interruzione di un sevizio frutto di un comportamento non inserito in un «obiettivo contesto sindacale» (cfr. Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 17906, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 194).

Prima di passare ad analizzare le diverse fasi del procedimento sanzionatorio, è opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare.

La prima riguarda l'innovazione che, a ragione, può essere considerata la più significativa fra quelle apportate in sede di riforma del 2000, rappresentata dalle disposizioni che demandano alla Commissione la valutazione del «comportamento delle parti». Infatti, la formulazione dell'ormai abrogato art. 4, c. 3, come si è visto, limitava i rilievi di legittimità dell'Autorità ai soli soggetti proclamanti lo sciopero, al fine di escluderli (eventualmente) dalle trattative con la parte datoriale per un periodo di due mesi.

Orbene, la nozione di comportamento da valutare è riconducibile non solo alla mera astensione dal lavoro, ma anche alle altre forme di azione collettiva che possono pregiudicare i diritti costituzionalmente protetti dell'utenza [Pino G., 2009].

A tale stregua, la Commissione ha applicato i contenuti della l. n. 146/1990 anche alle astensioni concertate del lavoro straordinario o di altre prestazioni accessorie nella misura richiesta dal contratto collettivo (del. 11 settembre 2003, n. 03/130, in *www.cgsse.it*), come, ad esempio, la reperibilità (del. 30 settembre 1999, n. 99/507); al c.d. sciopero «per turni» ed a quello «delle mansioni» (del. 26 novembre 1998, n. 98/805; del. 8 aprile 1999 n. 99/623); all'assemblea dei lavoratori, al fine di evitare che un improprio ricorso a tale istituto, nei servizi pubblici essenziali, possa risolversi in un aggiramento della legge (del. 1 aprile 2004, n. 04/212. Risulta, in tal modo, superato un precedente orientamento che equiparava, *sic et simpliciter*, l'esercizio del diritto di assemblea a quello del diritto di sciopero: cfr. del. 7 settembre 2000, n. 00/285; del. 22 luglio 1999, n. 469/99; del. 5 novembre 1998, n. 98/757).

Sembra, altresì, opportuno soffermarsi brevemente sul ruolo svolto dalla Commissione in materia di precettazione, la cui funzione, *ex* art. 8 l. n. 146/1990, non è quella di sanzionare uno sciopero illegittimo, bensì quella di prevenire «un pregiudizio grave ed imminente» per i diritti costituzionali degli utenti che potrebbero derivare dallo svolgimento dello sciopero in sé.

Il potere di precettazione è stato tradizionalmente disciplinato dall'art. 20 r.d. 3 marzo 1934, n. 383 (T.U. leggi comunali e provinciali), e dall'art. 66 l. 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali. La rivisitazione apportata dalla l. n. 146/1990, così come successivamente modificata, ha sottoposto l'esercizio di tale potere a precise regole procedimentali, quali il preventivo esperimento di un tentativo di conciliazione, il cui esame prescinde dalla presente trattazione. È bene, comunque, sottolineare che la Commissione esercita in materia poteri di mero impulso in via marginale. A norma dell'art. 13, lett. f), l. n. 146/1990, infatti, essa può solo segnalare all'Autorità competente all'adozione dell'ordinanza di precettazione la sussistenza di una causa idonea a giustificare la precettazione medesima, sempre che quest'ultima Autorità (Presidente del Consiglio dei ministri o ministro da questi delegato, ovvero prefetto, a seconda della rilevanza, nazionale o locale, del conflitto) non ravvisi una «necessità ed urgenza» tale da giustificare un intervento di propria iniziativa. In tali casi, ormai la maggior parte, la Commissione di garanzia deve essere semplicemente informata.

Si è osservato [Buratti A., 2013] che a tale «marginalizzazione» ha contribuito anche la rara adozione, da parte della Commissione, di «proposte in ordine alle misure da adottare con l'ordinanza di cui all'articolo 8», di cui pure l'Autorità precettante dovrebbe «tenere conto». In questo caso, l'estraniarsi dell'Organismo di garanzia sembra derivare non solo dal fatto che i contenuti dell'ordinanza di precettazione possono essere meglio definiti sulla base del contraddittorio instaurato con le parti destinatarie del provvedimento nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione, ma anche dalla ritrosia della Commissione di ingerirsi nella dialettica politica con orientamenti potenzialmente antagonistici rispetto a quelli del Governo.

3. *L'apertura del procedimento.*

Il procedimento sanzionatorio della Commissione di garanzia è disciplinato dalle regole dettate dall'art. 4, c. 4-*quater*, l. n. 146/1990.

La procedura si apre su richiesta delle parti interessate, delle associazioni degli utenti rappresentative ai sensi della l. 30 luglio 1998, n. 281, delle autorità nazionali o locali che vi abbiano interesse, ovvero su iniziativa della Commissione medesima. La delibera di apertura del procedimento sanzionatorio viene notifi-

cata, a mezzo del servizio postale (verb. 8-9 gennaio 2004, n. 562), dall'Autorità alle parti, le quali hanno trenta giorni per presentare osservazioni e per chiedere di essere sentite. In tal modo, il legislatore mira a garantire il principio di difesa e del contraddittorio, in ossequio a quanto affermato dalla già richiamata sentenza n. 57/1995 della Corte costituzionale, che, in attuazione del principio del giusto procedimento, aveva ritenuto sempre necessaria una fase istruttoria preliminare alla valutazione dei comportamenti sanzionabili.

Tuttavia, mentre la Corte aveva ricondotto la garanzia del contraddittorio ai princìpi di imparzialità e di buon andamento, anche sotto l'aspetto della partecipazione del cittadino nel procedimento amministrativo, la l. n. 146/1990 accoglie un'impostazione diversa. Nell'ottica del legislatore, infatti, il contraddittorio non implica una pretesa per le parti interessate di ricevere l'avviso di avvio del procedimento al fine di esaminare gli atti e di presentare eventuali osservazioni, bensì si concreta nel diritto delle parti di «essere sentite» a fronte di una contestazione specifica dei fatti addebitati [Santoni F. (1), 2005].

La decisione circa l'apertura del procedimento è rimessa ad una valutazione discrezionale della Commissione, che può anche decidere di limitare la procedura solo ad alcuni tra gli illeciti segnalati (verb. 12 marzo 2003, n. 494). In genere, ogni condotta illecita determina l'apertura di un autonomo procedimento, ma ciò non toglie che l'Autorità possa iniziare un'unica procedura per più azioni tra loro collegate oppure riunire più procedimenti, in modo tale da deliberare un'unica sanzione nella cui commisurazione potrà tenere conto della pluralità delle condotte illecite (del. 20 aprile 2005, n. 05/183; del. 12 marzo 2003, n. 03/44).

4. (segue) *L'emanazione della delibera di valutazione del comportamento e l'esecuzione delle sanzioni.*

Entro sessanta giorni dall'apertura del procedimento, la Commissione esprime il proprio convincimento nella delibera di valutazione del comportamento delle parti. Detto termine, che comunque non include né la fase di notifica della delibera di apertura del procedimento alle parti interessate e, ove necessario, alla Direzione Provinciale del Lavoro-Sezione Ispettorato del lavoro competente, né la successiva fase di notifica della delibera di valutazione del comportamento, viene sempre rispettato dall'Autorità, anche se non ha natura perentoria (cit. verb. 8-9 gennaio 2004, n. 562).

Se la Commissione sviluppa un convincimento pieno sulla responsabilità del soggetto nei cui confronti si procede (cfr. del. 19 ottobre 2005, n. 05/566), «tenuto conto anche delle cause di insorgenza del conflitto» [sulla portata di tale espressione cfr. Vallebona A. (1), 2007, e la «giurisprudenza» della Commissio-

ne ivi richiamata], emette una valutazione negativa con l'indicazione della determinazione dei provvedimenti sanzionatori nei modi prescritti dalla legge. Tale convincimento può essere raggiunto anche per presunzioni (del. 6 maggio 2004, n. 04/318; del. 23 luglio 2003, n. 03/123). Diversamente, la procedura si conclude con una delibera di assoluzione, che può avere le forme della «archiviazione» o della «insussistenza dei presupposti per procedere ad una valutazione negativa» [Di Cagno G. - Monaco M.P., cit.].

La delibera di valutazione deve essere notificata ai soggetti destinatari delle sanzioni, mentre basta la semplice comunicazione, anche via fax, alle altre parti del procedimento ed all'Inps. La delibera deve, altresì, essere notificata all'azienda, se viene disposta l'apertura del procedimento disciplinare o l'applicazione delle sanzioni nei confronti dei singoli lavoratori; alla Direzione Provinciale del Lavoro, nelle ipotesi di sanzioni amministrative pecuniarie; alle associazioni degli utenti, ove il procedimento si sia aperto per effetto di una loro segnalazione (del. 26-27 febbraio 2004, n. 04/41).

Sulla base di nuovi elementi, qualora la domanda venga presentata entro venti giorni dalla notifica, è ammessa istanza di riesame delle delibere sanzionatorie (verb. 7 settembre 2005, pos. 17910; verb. 20 luglio 2005, pos. 20819; del. 17 giugno 2004, n. 04/412; del. 10 maggio 2001, n. 01/36).

I contenuti del potere di valutazione della Commissione risultano ulteriormente definiti dalle disposizioni dell'art. 13, lett. g), l. n. 146/1990, con riferimento sia alla fase istruttoria che essa conduce prima di addivenire ad una delibera valutativa, sia alla successiva fase di esecuzione delle sanzioni [Pino G., cit.]. Ai sensi di tale norma, l'Autorità può assumere informazioni dalle amministrazioni e dalle imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali – che sono tenute a fornirle nel termine loro indicato – circa gli scioperi proclamati. Inoltre, nei casi di «conflitto di particolare rilievo nazionale», essa può acquisire da tali soggetti e dalle altre parti interessate i termini economici e normativi della controversia, nonché sentire le parti interessate al fine di accertare le cause d'insorgenza dei conflitti e gli aspetti che riguardano l'interesse degli utenti. Ancora, la Commissione può assumere informazioni circa l'applicazione delle proprie delibere ed acquisire dall'Inps (al quale va versato l'importo delle sanzioni) i dati analitici relativi alla devoluzione dei contributi sindacali dovuti all'applicazione delle sanzioni (da fornire entro trenta giorni dalla richiesta). Il riferimento alle sole sanzioni collettive operato dalla norma è stato spiegato in ragione del fatto che, rispetto alle sanzioni individuali, l'Autorità di garanzia non ha alcun potere diretto [Pascucci P., 2000].

Per quanto più da vicino concerne la fase esecutiva delle sanzioni irrogate, è necessario distinguere fra quelle previste dai primi due commi e quelle contemplate dai commi successivi dell'art. 4 l. n. 146/1990: infatti, mentre le sanzioni individuali (art. 4, c. 1) e quelle pecuniarie nei confronti dei sindacati beneficia-

ri dei permessi retribuiti e della raccolta dei contributi (art. 4, c. 2) sono comminate dal datore di lavoro, nelle diverse ipotesi di sanzioni amministrative deliberate dalla Commissione, in via sostitutiva (art. 4, c. 2-*bis*) o in via diretta (art. 4, c. 4 e c. 4-*sexies*), il provvedimento viene applicato con ordinanza-ingiunzione della Direzione Provinciale del Lavoro. A tal riguardo, la dottrina [cfr. Perrino A.M., 2001; Santoni F. (2), 2001] ha evidenziato alcuni problemi di coordinamento fra la l. 146/1990 e la l. 24 novembre 1981, n. 689, alla quale pure il procedimento sanzionatorio della Commissione di garanzia è ispirato, nonostante la fase del contraddittorio risulti anticipata rispetto a quella della contestazione della violazione (nella l. n. 146/1990, inoltre, la contestazione della violazione, la valutazione del comportamento e la quantificazione della sanzione amministrativa è effettuata dall'Organismo di garanzia, mentre diverso è il soggetto che ne ingiunge il pagamento).

Tra i possibili problemi che erano già sorti in relazione al testo previgente dell'art. 4, c. 4 – là dove era sancita l'applicazione di specifiche disposizioni della l. n. 689/1981 «in quanto compatibili» –, si registra quello che attiene alla necessità, o meno, per la Commissione, di indicare nella propria delibera di valutazione del comportamento il termine entro cui le parti devono eseguire la sanzione. L'Autorità (del. 15 marzo 2001, n. 01/16) ha chiarito che tale indicazione occorre nei soli casi di sanzioni demandate alla diretta applicazione dei datori di lavoro (il termine indicato può essere superato se non è bastato per l'applicazione dell'intera sanzione: verb. 22 maggio 2003, n. 503; verb. 19 febbraio 2003, n. 491). Negli altri casi, poiché la delibera non costituisce titolo ingiuntivo autonomo per l'adempimento da parte dei soggetti sanzionati, la Commissione deve notificare alle parti interessate il provvedimento poi da trasmettere alla Direzione Provinciale del Lavoro competente ad applicarlo, in modo da attivare l'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione necessaria per concludere il procedimento sanzionatorio con il pagamento della somma determinata. Rispetto a questi casi, quindi, trova applicazione la regola del termine di prescrizione quinquennale del diritto a riscuotere le somme dovute, previsto dall'art. 28 l. n. 689/1981, decorrente dal giorno in cui è stata commessa la violazione.

La fase esecutiva del procedimento sanzionatorio si conclude con la comunicazione all'Autorità indipendente, ad opera dei soggetti che le devono applicare, dell'avvenuta esecuzione delle sanzioni entro i successivi trenta giorni. Ai sensi dell'art. 4, c. 4-*quinquies*, è stabilito che l'Inps, con cadenza trimestrale, deve trasmettere alla Commissione i dati conoscitivi sul versamento delle somme trattenute a titolo di sanzione.

5. *Le categorie di soggetti sanzionabili.*

Si è già detto che l'applicazione delle sanzioni a tutti i soggetti potenzialmente responsabili di compiere infrazioni nel contesto dei servizi pubblici essenziali rappresenta una condizione essenziale per consentire alla l. n. 146/1990 di assolvere a una reale funzione dissuasiva del conflitto. È necessario, ora, soffermarsi sulle diverse categorie di soggetti sanzionabili e, dunque, sulle diverse tipologie di sanzioni che la Commissione di garanzia può irrogare.

Per quanto concerne i lavoratori subordinati (art. 4, c. 1), questi sono sanzionati sia se partecipano ad uno sciopero proclamato illegittimamente, sia se violano le regole attuando uno sciopero difforme dalla proclamazione legittima (cfr. del. 22 aprile 2004, n. 04/292; del. 19 marzo 2003, n. 03/48; del. 3 maggio 2001, n. 01/35). Nel primo caso, alla responsabilità del soggetto proclamante si aggiunge quella del singolo lavoratore, il quale non può addurre a propria discolpa l'affidamento sulla legittimità della proclamazione, posto che egli è pur sempre tenuto direttamente al rispetto delle regole dello sciopero pubblicate sulla *Gazzetta Ufficiale*; nel secondo caso, la responsabilità è dei singoli lavoratori, poiché non sussiste una responsabilità oggettiva del sindacato per un'attuazione difforme dalla proclamazione, ferme restando le ipotesi di responsabilità del sindacato colpevole di avere promosso l'attuazione irregolare dello sciopero o di non essersene dissociato espressamente tentando di impedirla, anche minacciando e/o irrogando agli iscritti sanzioni endoassociative [Vallebona A. (1), cit.].

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 83/2000, la Commissione ha fornito precisazioni esaustive in ordine alla portata della propria potestà sanzionatoria nei confronti dei lavoratori subordinati. In particolare, l'Autorità ha circoscritto la propria competenza valutativa al comportamento delle organizzazioni sindacali, in quanto *step* preliminare e condizionante l'applicazione delle sanzioni disciplinari ai lavoratori (del. 24 aprile 2004, n. 04/292; del. 19 marzo 2003, n. 03/48; del. 3 maggio 2001, n. 01/35; del. 7 settembre 2000, n. 00/202). Riceve, così, avallo la tesi dottrinaria che, in sede di primo commento alla legge di riforma, aveva evidenziato l'impossibilità per l'Organismo di garanzia di valutare il comportamento dei singoli prestatori di lavoro, per ragioni pratiche, dovute prevalentemente a carenze di tipo organizzativo, e normative, posto che l'art. 13, lett. i), correlato all'art. 4, c. 4-*quater*, non contempla i prestatori di lavoro tra i soggetti nei cui confronti può aprirsi il procedimento di valutazione [v. per tutti Alaimo A., 2003; Ballestrero M.V. (1), 2001; Borgogelli F., 2001; Ghezzi G., 2003; Magnani M., 2005. Di diverso avviso Perrino A.M., cit.; Pilati A., 1998]. Un'applicazione immediata delle sanzioni da parte del datore di lavoro sarebbe prospettabile nelle ipotesi di lavoratori che si rifiutino di svolgere le prestazioni indispensabili, benché, anche in questi casi, potrebbe essere opportuno at-

tendere la definizione di un eventuale procedimento di valutazione su questioni in qualche modo rilevanti [Vallebona A. (1), cit.].

La qualificazione delle sanzioni in esame in termini di «sanzioni disciplinari» rende applicabili ai dipendenti privati le regole degli artt. 2106 c.c. e 7 l. 300/1970 ed ai dipendenti pubblici privatizzati le disposizioni degli artt. 55 e 56 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (cit. del. 24 aprile 2004, n. 04/292; cit. del. 19 marzo 2003, n. 03/48. Ma vedi già cit. Corte cost. 57/1995). In ogni caso, i parametri di proporzionalità – alla gravità dell'infrazione – che tali sanzioni devono rispettare si riferiscono agli interessi dell'utenza e non a quelli dell'azienda.

Il che trova significativa conferma nella regola per la quale le sanzioni individuali non possono comportare mutamenti definitivi del rapporto di lavoro. Il legislatore, in tal modo, ha voluto mitigare le conseguenze derivanti dal regime di responsabilità da inadempimento che potrebbero anche determinare la risoluzione del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 1453 c.c. [Rusciano M., 2002]. È chiaro, comunque, che il comportamento del lavoratore che si collochi al di fuori della proclamazione di uno sciopero – proprio in quanto tale – non potrebbe essere ricondotto allo schema dell'art. 4, c. 1, in esame, ma sarebbe assoggettato alla disciplina di diritto comune (cfr. in tal senso del. 30 gennaio 1997, n. 97/90).

Il c. 2 dell'art. 4 l. n. 146/1990 pone a carico delle organizzazioni di lavoratori che proclamano uno sciopero illegittimo, o che comunque vi aderiscono, due diversi tipi di sanzione.

La prima sanzione ha natura pecuniaria. Il suo importo, che nel vecchio testo era stabilito in misura non inferiore ad un mese di contributi o permessi sindacali retribuiti (risultando, quindi, proporzionato al numero degli iscritti al sindacato), risulta attualmente predeterminato in misura uguale per tutti i sindacati e, per effetto della riforma apportata dalla legge di stabilità del 24 dicembre 2012, n. 228, varia da un minimo di 2.500 euro ad un massimo di 50.000 euro; tuttavia, *ex* art. 4, c. 4-*ter*, l'importo massimo è raddoppiato (*rectius* può essere raddoppiato: cfr. del. 20 luglio 2005, n. 05/414, che riconosce alla Commissione il potere di escludere tale aumento alla luce delle circostanze del caso concreto) se l'astensione si effettua nonostante una delibera di invito della Commissione resa ai sensi dell'art. 13, lett. c), d), h). Il prelievo del denaro avviene sui contributi sindacali comunque percepiti dalle organizzazioni dei lavoratori e/o sui permessi sindacali retribuiti.

L'altra sanzione prevista dall'art. 4, c. 2, consiste nell'esclusione del sindacato trasgressore dalle trattative negoziali per un periodo di due mesi. Si tratta di una sanzione (eventualmente) aggiuntiva (e di rara applicazione), ossia essa non può essere disposta autonomamente dall'irrogazione della sanzione pecuniaria (verb. 9 settembre 2003, n. 513).

Per il caso in cui il soggetto collettivo che ha scioperato illegittimamente non percepisca contributi o permessi sindacali, poi, l'art. 4, c. 4-*bis*, prevede una

sanzione amministrativa sostitutiva a carico dei suoi legali rappresentanti, irrogabile nel rispetto dei medesimi limiti sopra indicati.

Alla Commissione di garanzia spetta di deliberare nel *quantum* – «tenuto conto della consistenza associativa, della gravità della violazione e della eventuale recidiva, nonché della gravità degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico» (art. 4, c. 2 e c. 4-*bis*) – sia le sanzioni collettive applicate dal datore di lavoro, sia l'eventuale sanzione amministrativa sostitutiva applicata con ordinanza-ingiunzione dalla Direzione Provinciale del Lavoro (art. 4, c. 2, c. 4-*bis* e c. 4-*quater*).

L'affermazione del principio di legalità e la necessità di rispettare determinati obblighi procedimentali e sostanziali per l'irrogazione delle sanzioni inducono a ritenere che il legislatore abbia voluto accentuare il profilo pubblicistico dell'illecito e dell'esercizio della potestà sanzionatoria da parte della Commissione. Di conseguenza, se prima della riforma del 2000 era prevalsa la configurazione civilistica delle sanzioni collettive in esame [cfr. Gragnoli E., 1996], le stesse, oggi, possono essere ricondotte nel novero delle misure afflittive di fondamento pubblicistico a tutela dei diritti degli utenti [Santoni F. (1), cit.. In tal senso vedi anche Alaimo A., cit.; Carinci M.T., 2001; Pascucci P., cit.].

La l. n. 83/2000 ha esteso l'ambito di applicazione della legge del 1990 anche ai dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche ed ai legali rappresentanti di imprese ed enti che erogano servizi pubblici. Prima di allora, i datori di lavoro non erano sottoposti a valutazione da parte della Commissione per la violazione delle regole (cfr. del. 15 gennaio 1998, n. 98/6; del. 16 gennaio 1997, n. 97/54). Erano sì previste sanzioni amministrative ministeriali per l'omessa predisposizione delle prestazioni indispensabili, comminate ai sensi della l. n. 689/1981, ma si trattava di provvedimenti dotati di scarsa portata effettiva, sia per il loro moderato contenuto afflittivo, sia perché suscettibili di adozione all'esito di un procedimento alquanto farraginoso.

Nella disciplina attuale, le fattispecie sanzionatorie che determinano l'apertura del procedimento sanzionatorio nei confronti dei datori di lavoro sono quelle contemplate dall'art. 4, c. 4. La stessa norma prevede una prima sanzione amministrativa pecuniaria che la Commissione può applicare (entro i parametri di legge summenzionati) «tenuto conto della gravità della violazione, dell'eventuale recidiva, dell'incidenza di essa sull'insorgenza o sull'aggravamento di conflitti e sul pregiudizio eventualmente arrecato agli utenti».

Un'ulteriore sanzione amministrativa è prevista dall'art. 4, c. 4-*sexies*. Si tratta di una pena pecuniaria compresa tra un valore minimo di 400.000 ed un valore massimo di 1.000.000 di vecchie lire, per ogni giorno di ritardo, che può essere disposta ogniqualvolta il datore di lavoro ometta di applicare le sanzioni deliberate a carico dei singoli lavoratori e dei sindacati, ovvero non renda infor-

mazioni all'Autorità (nel termine di trenta giorni dalla richiesta) sugli scioperi e le relative motivazioni.

Sempre l'art. 4, c. 4, infine, sottopone alla potestà sanzionatoria della Commissione le associazioni e gli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, obbligati in solido con i singoli lavoratori autonomi. Nell'esperienza applicativa di tale previsione, sono emersi numerosi problemi determinati dalla difficoltà di individuare i singoli destinatari della sanzione (ai quali la stessa deve essere notificata personalmente a pena di invalidità) ed il vincolo di solidarietà tra questi e l'organizzazione di appartenenza, spesso insussistente poiché molte astensioni dei lavoratori autonomi vengono deliberate in forma assembleare (cfr. del. 6 giugno 2002, n. 02/113; del. 17 gennaio 2002, n. 02/7). L'evidente sproporzione sussistente fra le capacità economiche dell'organizzazione e quelle del singolo lavoratore [Garofalo M.G., 2003] ha fatto dubitare che in questi casi trovi applicazione lo schema dell'art. 1292 c.c. È stato, così, ritenuto che la norma faccia piuttosto riferimento ad un obbligo generico, privo delle conseguenze imposte dalla disciplina codicistica [Santoni F. (1), cit.].

6. *Il problema dei c.d. scioperi spontanei.*

L'analisi condotta finora dimostra il chiaro intento del legislatore di garantire un'effettiva obbligatorietà della sanzione irrogata nei confronti di tutti i soggetti protagonisti nel contesto dei servizi pubblici essenziali [Pino G., cit.]. Ad ogni modo, merita di essere evidenziato il significativo successo che, dal 1990 ad oggi, l'attività preventiva svolta dalla Commissione ha riscosso, e che nell'anno 2012 si è tradotto in una percentuale di adeguamento alle sue indicazioni immediate pari al 90%. Si tratta di un'azione capillare e pervasiva che finisce per relegare ad un ruolo marginale l'attività d'intervento successivo dell'Autorità, che è quella di tipo paragiurisdizionale, indirizzata, una volta effettuato lo sciopero, ad accertare le violazioni di legge, con conseguente attivazione dei poteri sanzionatori (CGS, *Relazione alle Camere del 2 luglio 2013*).

Al successo di tale opzione moderatrice di organizzazione del conflitto, d'altra parte, si sovrappone un mutamento delle dinamiche sociali determinato dall'attuale congiuntura economica che il nostro Paese sta attraversando. Tra le questioni aperte spicca quella concernente la rappresentanza sindacale. La disciplina della legittimazione al conflitto, infatti, è un presupposto indispensabile per un'effettiva regolamentazione del diritto di sciopero, specialmente nel settore dei servizi pubblici essenziali, dove non si tutela l'amministrazione o l'impresa come controparte naturale, bensì la funzione di interesse pubblico svolta da questi soggetti.

L'assenza di una disciplina legale della rappresentatività, non colmata dalla disciplina contrattuale, rende estremamente difficoltoso il compito che l'Autorità è chiamata ad assolvere tutte le volte in cui essa si trova di fronte a proclamazioni plurime e ravvicinate nel tempo oppure ad astensioni c.d. spontanee [Ghera E., 2010]. Per porre rimedio a tale situazione d'incertezza, il Parlamento, durante la XVI Legislatura, aveva discusso un disegno di legge di iniziativa governativa, recante «Delega al Governo per la regolamentazione e prevenzione dei conflitti collettivi di lavoro con riferimento alla libera circolazione delle persone», che, fra l'altro, condizionava la proclamazione dello sciopero al raggiungimento di una soglia minima di rappresentatività delle organizzazioni proclamanti o allo svolgimento di un *referendum* tra i lavoratori, così imponendo al lavoratore una dichiarazione preventiva di adesione allo sciopero (d.d.l. A.S. 1473). In relazione al problema dei c.d. scioperi spontanei, inoltre, tale disegno di legge prevedeva l'istituzione di appositi «illeciti amministrativi con riferimento alle condotte dei lavoratori che si astengono dal lavoro in violazione delle norme di legge o di accordo o contratto collettivo, in alternativa alle condotte sanzionate disciplinarmente di cui all'articolo 4 della legge 12 giugno 1990, n. 146, e successive modificazioni».

Come è noto, i primi scioperi spontanei si sono manifestati in maniera rilevante già nell'estate del 2003 nel settore del trasporto aereo. Successivamente, il fenomeno si è riproposto anche in altri ambiti, quali il trasporto pubblico locale, l'igiene ambientale e la raccolta dei rifiuti. La Commissione ha affrontato il problema con l'adozione di alcune delibere di portata generale (cfr. del. 16 ottobre 2008, n. 08/518; del. 12 febbraio 2003, n. 03/32) nelle quali è stata affermata la sanzionabilità, sul piano disciplinare, dei singoli lavoratori protagonisti di uno sciopero attuato in violazione delle regole. Per evitare di impegnarsi in procedure di valutazione che richiederebbero strumenti ispettivi di cui essa non dispone, e comunque in assenza di un valido contraddittorio, l'*Authority* ha stabilito di procedere – una volta riscontrata l'illegittimità dell'astensione – invitando il datore di lavoro ad adottare i previsti provvedimenti e, dunque, incaricandolo dell'individuazione dei soggetti responsabili delle azioni di sciopero illegittime.

Tuttavia, il progressivo sviluppo di forme atipiche e spontanee di protesta continua a mettere a dura prova la tenuta del sistema regolativo istituito dalla l. n. 146/1990, specie quando la Commissione si trova a fronteggiare astensioni di lavoratori autonomi, allorchè manca pure una controparte datoriale da investire della funzione di identificazione degli aderenti. Tra le astensioni effettuate più di recente, è possibile ricordare quella dell'Associazione degli autotrasportatori siciliani (AIAS), che nel mese di gennaio del 2012 hanno presidiato e bloccato per diversi giorni la circolazione stradale, causando, di fatto, la totale interruzione de-

gli approvvigionamenti dei generi di prima necessità, e quella inscenata da alcune sigle sindacali e società di taxi (il c.d. «Parlamentino Nazionale Tassisti»), che, sempre nello stesso mese, hanno interrotto il servizio presso le principali città italiane. In entrambi i casi, il procedimento di valutazione del comportamento si è concluso con la comminazione da parte della Commissione di importanti sanzioni pecuniarie, di 20.000 euro nel primo caso, e di 285.000 euro complessivi (15.000 euro a carico di ciascuna sigla responsabile) nel secondo.

Proprio rispetto a tale ultima situazione, l'Autorità di garanzia ha riconosciuto una responsabilità «*in vigilando*» in capo ai soggetti promotori della mobilitazione, nei cui confronti grava anche «il c.d. "dovere di influenza sindacale", che impone, una volta proclamata l'agitazione, di porre regole chiare e di renderle note a tutte le articolazioni periferiche del sindacato stesso, in modo che ogni singolo lavoratore sappia o sia messo facilmente nelle condizioni di conoscere quali siano i limiti all'esercizio del proprio diritto all'astensione del lavoro» (del. 11 giugno 2012, n. 12/270). Questo riferimento al «dovere di influenza sindacale» denota chiaramente l'arretramento delle capacità aggreganti delle organizzazioni sindacali tradizionali ed il disagio in cui si trova la Commissione nel giudicare forme di astensioni lavorative spontanee.

La rilevanza delle questioni ha fatto sì che qualcosa si muovesse negli ultimi tempi. Il riferimento, in particolare, è all'Accordo interconfederale siglato il 28 giugno 2011 dalle maggiori Confederazioni sindacali e dalla Confindustria, in materia di relazioni sindacali e di rapporti collettivi di diverso livello, ed al Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013, in materia di certificazione della rappresentatività sindacale, da effettuare attraverso il riscontro dei contributi versati e dei consensi ricevuti in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie.

L'importanza di tali arresti non deve passare in secondo piano. Nella recente Relazione del Presidente della Commissione alle Camere (2 luglio 2013), si osserva come i contenuti della più recente intesa già «facciano parte, in un certo senso, del patrimonio culturale della legge 146 del 1990, sia per i riferimenti ai contributi sindacali in essa contenuti, sia per la possibilità di sottoporre a *referendum*, tra i lavoratori, gli accordi sulle prestazioni indispensabili». È, dunque, auspicabile che a tali arresti faccia finalmente seguito un intervento del legislatore da concertare con le Confederazioni firmatarie.

Bibliografia

Alaimo A., *La legge n. 146 del 1990 dopo la novella del 2000 (legge n. 83 del 2000): il ruolo dei soggetti erogatori dei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, 383 ss.;

Ballestrero M.V., *La Commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 23 ss.;

Ballestrero M.V., *La «Commissione Giugni». Riflessioni su autorità e autorevolezza di una «Authority»*, in *Studi in onore di Gino Giugni*, a cura di Aa. Vv., Bari, 1999, 99 ss.;

Borgogelli F., *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge n. 146/1990*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 47 ss.;

Buratti A., *Nuovi problemi del diritto di sciopero: la Commissione di garanzia tra contemperamento dei diritti e spontaneità sociale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2013;

Calamandrei P., *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 221 ss.;

Carinci M.T., *L'immagine della legge n. 14/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblico*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 187 ss.;

Corazza L., *Il nuovo conflitto collettivo*, Milano, 2012;

D'Aponte M., *Sul ruolo della Commissione di Garanzia nell'apparato sanzionatorio della legge 146/90*, in *Dir. lav.*, 1996, 198 ss.;

D'Atena A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir*, Agg., vol. III, Milano, 1999, 947 ss.;

Di Cagno G. - Monaco M.P., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Bari, 2009;

Galantino L., *L'astensione dei lavoratori autonomi*, in *Dir. lav.*, 2001, 133 ss.;

Garofalo M.G., *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero,* in *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di D'Onghia M. - Ricci M., Milano, 2003, 97 ss.;

Ghezzi G. (1), *La Commissione di garanzia tra politiche di prevenzione e poteri sanzionatori: spunti per la riflessione*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, 495 ss.;

G. Ghezzi (2), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: esperienza e prospettive della Commissione di Garanzia*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 651 ss.;

Ghera E., *Intervento*, in *Diritto di sciopero ed assetto costituzionale*, Atti del Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali il 14 ottobre 2008 presso la sede del CNEL in Roma, a cura di Frosini T.E. - Magnani M., Milano, 2010, 83 ss.;

Giuffrè A., *L'apparato sanzionatorio*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali. Commento alla legge n. 146/1990, modificata e integrata dalla legge n. 83/2000*, a cura di Ricci M., Torino, 2001, 167 ss.;

Gragnoli E., *Sciopero, sanzioni collettive e responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 157 ss.;

Iorio M.I., *Sciopero «spontaneo» e sanzioni individuali,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 2003, 176 ss.;

Luciani M., *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di Governo*, in *Diritto di sciopero ed assetto costituzionale*, Atti del Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia

dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali il 14 ottobre 2008 presso la sede del CNEL in Roma, a cura di Frosini T.E. - Magnani M., Milano, 2010, 11 ss.;

Magnani M., *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 69 ss.;

Pascucci P., *Le sanzioni*, in *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, a cura di Pascucci P., Milano, 2000, 95 ss.;

Pera G., *Il diritto di sciopero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, 426 ss.;

Persiani M., *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. lav.*, 1992, 13 ss.;

Perrino A.M., *I profili processuali*, in *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, a cura di Santoni F., Napoli, 2001, 205 ss.;

Pilati A., *Il potere disciplinare nella legge sullo sciopero nei sevizi pubblici essenziali,* in *Arg. dir. lav.,* 1998, 815 ss.;

Pino G., *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Torino, 2009;

Romagnoli U. - Ballestrero M.V., *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Sub art. 40 Supplemento legge 12 giugno 1990 n. 146*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G. - Pizzorusso A., Bologna, 1994, 184 ss.;

Romei R., *Sub art. 4*, in *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di Rusciano M. - Santoro Passarelli G., Milano, 1991, 48 ss.;

Rusciano M., *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, in *Diritto di sciopero ed assetto costituzionale*, Atti del Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali il 14 ottobre 2008 presso la sede del CNEL in Roma, a cura di Frosini T.E. - Magnani M., Milano, 2010, 39 ss.;

Rusciano M., *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 175 ss.;

Santoni F. (1), *Il potere sanzionatorio della Commissione di garanzia nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 455 ss.;

Santoni F. (2), *Le sanzioni*, in *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, a cura di Santoni F., Napoli, 2001, 177 ss.;

Santoni F. (3), *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 319 ss.;

Santoro Passarelli G., *Il «ruolo» della Commissione di garanzia e la natura del potere sanzionatorio ex art. 4 l. n. 146 del 1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Arg. dir. lav.,* 1997, 137 ss.;

Treu T., *Il conflitto e le regole*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 22 ss.;

Valentini V. - Buratti A., *Le sanzioni della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Le sanzioni della autorità amministrative indipendenti*, a cura di Fratini M., Padova, 2011, 1277 ss.;

Vallebona A. (1), *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Torino, 2007;

Vallebona A. (2), *Le sanzioni*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1992, 33 ss.

XXI. La Commissione di accesso ai documenti amministrativi (Cada): un'Autorità amministrativa libera e fragile?

Alma Lucia Tarantino

Sommario: 1. Premessa. – 2. La Commissione di accesso ai documenti amministrativi: natura e limiti del potere sanzionatorio. – 3. L'esperienza francese: breve confronto. – 4. L'effettività delle funzioni della Cada. – 5. Funzioni giustiziali e poteri coercitivi: le armi spuntate. – 6. In conclusione.

1. *Premessa.*

Rispetto alla tematica relativa ai poteri sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti, l'esempio apportato dalla Commissione di accesso ai documenti amministrativi (d'ora innanzi, Cada) evidenzia l'anomalia di un soggetto di fatto privo di poteri sanzionatori-coercitivi, intesi in un'accezione afflittiva delle azioni turbative dell'interesse sostanziale tutelato dalla norma.

All'assenza di una previsione legislativa di un procedimento sanzionatorio specifico riconoscibile in capo alla Cada si oppone però l'esercizio di un potere a carattere para-sanzionatorio, di censura nei confronti dell'operato dell'amministrazione pubblica teso alla realizzazione di finalità correttive del sistema.

Se ciò può costituire un limite della Cada tale da ingenerare conseguentemente profonde riflessioni sulla legittimità della permanenza della stessa nell'alveo delle *Authorities*, lo stesso è anche suo carattere distintivo.

Nella Cada, infatti, si rinviene la prerogativa di essere stata destinataria dell'attribuzione del potere proprio di un modello di sanzione – emerso in seguito all'introduzione della legge n. 689 del 1981 –, i cui caratteri costitutivi (tipicità, antigiuridicità, colpevolezza) si compendiano nella finalità di prevenzione – generale e speciale – della stessa, valorizzando la specificità e autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo come strumento di controllo sociale [Paliero, Travi, 1989; Pellizzer, Buranello, 2012].

A fronte di ciò sarebbe agevole l'accostamento con la disciplina dei poteri sanzionatori conferiti alla Banca d'Italia, se non fosse che questi ultimi sono stati espressamente previsti dal legislatore con un tratto principalmente afflittivo oltre che correttivo – di contenuto vario – in relazione alle peculiari funzioni dalla stessa svolte.

2. *La Commissione di accesso ai documenti amministrativi: natura e limiti del potere sanzionatorio.*

La Cada è stata istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1991, in seguito alle previsioni di cui all'art. 27 della legge n. 241/1990 e s.m.i.

Le prime forme di previsione si rinvengono però già anteriormente a livello pre-legislativo nelle disposizioni di cui al disegno di legge in materia di accesso ai documenti amministrativi come elaborato dalla sottocommissione Nigro a metà degli anni Ottanta, all'interno del più ampio progetto di revisione dei procedimenti amministrativi e di miglioramento dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione (cfr. la «Relazione per l'anno 2011 sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione – Commissione di accesso ai documenti amministrativi – Presidenza del Consiglio dei Ministri»).

A vent'anni dalla sua nascita, la Cada è però organo capace di suscitare ancora critiche, prevalentemente connesse alla sua natura giuridica, pur avendo subito nel tempo un inesorabile processo di trasformazione avviato soprattutto grazie agli interventi legislativi di cui alla legge n. 15/2005 ed al d.P.R. n. 184/2006, per certi aspetti non adeguatamente convincenti.

Di fatto, l'assenza in capo alla Commissione di accesso ai documenti amministrativi di un vero e proprio potere sanzionatorio strettamente inteso ha dato la stura a forti dibattiti per di più alimentati dalla dubbia natura giuridica dalla stessa assunta nonostante un processo di modifica recentemente avutosi.

Attualmente, la Cada è titolare di una funzione di vigilanza, propositiva/giustiziale, nonché consultiva, a garanzia del rispetto del principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione.

Ma sulla sua natura giuridica si discute, in virtù della parziale discrasia riscontrabile fra le funzioni attribuite e la sua veste formale – apparentemente manifestante un legame con il potere esecutivo quanto alla nomina dei componenti – per atto del Presidente del Consiglio dei Ministri – ed al proprio incardinamento nella struttura burocratica della Presidenza del Consiglio.

La stessa nuova composizione della Cada come prevista *ex lege* n. 98/2013 sembra aumentare le difficoltà di conciliare valutazioni a carattere politico con quelle funzioni giustiziali sempre maggiormente riconosciutele, e che le consentirebbero di affrancarsi da un'influenza dell'esecutivo.

A ciò si aggiunga l'introdotta previsione dell'accesso civico di cui al d.lgs. n. 33/2013, qualificato da parte della dottrina come «diritto sociale alla trasparenza nei diritti pubblici di libertà» [Passannanti, Del Grosso, Esposito, 2013; Cumin, 2013] che di certo, sia pur in termini generali, solleverà problemi ulteriori in termini di coordinamento delle discipline.

Ciò nonostante, con l'avvenuto rafforzamento ed integrazione di alcune delle funzioni svolte, la Commissione sembra apparire maggiormente rappresentativa dello Stato comunità piuttosto che dello Stato apparato.

Lo stesso inserimento delle previsioni di istituzione negli artt. 27 ss., della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, evidenzia l'immagine di una Commissione posta a garanzia e tutela del cittadino nei confronti di un'amministrazione evidentemente consapevole dei propri limiti nel dialogo con l'amministrato.

Benché le novelle della legge n. 241/1990 non abbiano nulla affermato esplicitamente sul punto, una pluralità di indizi consentirebbe di configurare la Cada come Autorità indipendente, in virtù di una certa neutralità/terzietà e paragiurisdizionalità assunta rispetto al gioco/scontro di interessi pubblici e privati sulla base di "processi decisionali" fondati sull'esperienza tecnica e sulla neutralità riscontrata nell'agire [De Lise, 2011].

In particolare, l'assegnazione alla Cada delle funzioni giustiziali con funzione deflattiva del contenzioso dinnanzi al g.a., l'introduzione della norma che la equiordina alla Commissione garante per la protezione dei dati personali – cioè ad una vera e propria *Authority* in caso di interferenza tra i relativi procedimenti, ed infine la natura di ricorso gerarchico improprio dell'atto esperibile dinnanzi alla stessa, consentirebbero di propendere in favore della riconduzione della Commissione nell'alveo delle Autorità amministrative indipendenti.

E ciò in quanto, in definitiva, «La Commissione, pur senza godere formalmente di piene garanzie di indipendenza e neutralità ha sempre svolto il suo compito in piena libertà e con imparzialità di giudizio» [Caramazza, Mangia, 2010]; sul punto, cfr. parere del Cons. Stato, n. 351 del 1992 e Cons. Stato, a.g., n. 75 del 1992.

Unico limite attribuito alla stessa, l'assenza di poteri coercitivi e sanzionatori propriamente intesi, necessari per rendere effettiva la funzione di vigilanza da svolgersi.

Per tale ragione la Cada, in virtù dell'emissione di provvedimenti para-sanzionatori previsti in funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale, ricadrebbe tra le *Autorithies* detentrici di poteri sanzionatori a basso tasso di afflittività.

L'assenza di tali poteri coercitivi tradizionalmente intesi ha comunque avuto il merito di determinare un rafforzamento delle funzioni giustiziali necessarie perché la stessa potesse operare un controllo effettivo dell'agire pubblico contrario agli obblighi di trasparenza.

E ciò, in virtù proprio dell'attitudine dalla stessa Commissione assunta a guidare il processo evolutivo dell'*agere* amministrativo verso l'affermazione del principio di trasparenza, all'interno di un auspicato rapporto paritario e garantistico tra pubblica amministrazione e cittadini [Sitran, 2007; Arsì, 1995].

La scelta operata dal legislatore di affidare i compiti di vigilanza, di referto e di proposta [Caramazza, Mangia, 2010] e di poi l'esercizio della funzione giustiziale – introdotta con le riforme del 2005 –, ad un organo "centrale" quale la Cada muove quindi dall'avvertita necessità di considerare la trasparenza come concetto trasversale di portata generale.

In ciò, ha avuto un'influenza la positiva esperienza francese sul punto, tesa a valorizzare i poteri maggiormente persuasivi delle *Authorities* nei confronti delle manifestazioni del pubblico potere.

La Francia [Calabrò, 2011] infatti, aveva fin da subito caldeggiato l'introduzione di un percorso unico europeo volto alla realizzazione di un quadro di regole comuni per le differenti Autorità e specificamente riguardanti le procedure sanzionatorie (Raccomandazione n. 9 del *Rapport* sulle Autorità indipendenti) [Cuocolo, 2007; Morbidelli, 2000].

L'Italia, invece, si era mossa in tal senso con più lentezza e, per vero, mostrando maggiore attenzione nei confronti delle problematiche connesse alla trasparenza nelle procedure riferite alle Autorità operanti nel mercato finanziario [Calamo Specchia, 2001-2006; Fiorenzano, 2008].

Sarà proprio la minore incisività di alcune funzioni di vigilanza e controllo a rendere il modello d'oltralpe meno vicino di quanto auspicato.

La Cada italiana appare quindi da subito un «cane da guardia che può abbaiare ma non mordere» [Wade, 1988] alla luce del riconoscimento in favore della stessa di armi per così dire spuntate rispetto all'omonima figura francese – di funzioni arbitrali e contenziose o meglio dette semi-contenziose – , in funzione deflattiva del contenzioso in sede giurisdizionale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 6014 del 2012) [Lombardo, 2008].

Esemplificativa, sul punto, è la non obbligatorietà del ricorso promuovibile dinnanzi alla Cada rispetto al rimedio giurisdizionale [Cirillo, 2010, 2006; Protto, 2009; Bellomo, 2009].

Nel frattempo, complice l'evoluzione del panorama normativo in materia di Autorità indipendenti e l'introduzione di ulteriori poteri alle stesse riconducibili, si registra un'apertura verso il riconoscimento di nuove manifestazioni di poteri sanzionatori attribuibili anche alla Cada.

Ci si riferisce al potere di controllo inteso nella sua accezione più ampia, teso anche alla verifica delle attività svolte da altri soggetti, a cui si riconnettono gli altrettanti compiti ispettivi e sanzionatori [Camilli, Clarich].

In particolare, dall'avvicinamento concettuale della figura delle Autorità indipendenti agli organi giurisdizionali – quanto al *modus operandi* che avrebbe dovuto caratterizzare l'agire delle prime –, si avvierebbe la prima apertura verso il riconoscimento alle *Authorities* di poteri definiti come paragiurisdizionali o quasi-

giudiziali [Camilli, Clarich; Occhiena, 2006; Caringella, Garofoli, Sempreviva, 1999].

«L'irrogazione di sanzioni è logicamente legata ad un'attività di comparazione tra caso e regola che incarna la natura della *iurisdictio*» [Cuocolo, 2007].

A sostegno di quanto sin qui espresso, l'uso, definito da autorevole dottrina come paradigma indefettibile dell'attività amministrativa delle Autorità indipendenti, dei procedimenti sanzionatori cosiddetti esecutivi [Giannini, 1993; Cirillo, 2010, 2006] tesi a valorizzare, al massimo dell'interesse, il rimedio della turbativa dell'interesse sostanziale verificatosi a seguito dell'inadempimento dell'obbligo imposto dalla norma o dal provvedimento, piuttosto che il rilievo dell'elemento centrale della violazione del precetto.

3. *L'esperienza francese: breve confronto.*

Come già anticipato, la dottrina tradizionale tende ad individuare nel modello francese della *Commission d'accés aux documents administratifs* la fonte ispiratrice della Cada italiana.

Ma in realtà la versione originaria della Cada nazionale è lontana da quella d'oltralpe alla luce della minore incisività dei poteri di vigilanza e di controllo attribuiti alla stessa: infatti, ai sensi delle previsioni della legge n. 753 del 17 luglio 1978 la Commissione di accesso ai documenti amministrativi francese costituisce una «istituzione a carattere originale, incaricata di vigilare sul rispetto della libertà di accesso nonché di assistere gli amministrati nell'applicazione dei loro nuovi diritti; dotata di funzioni consultive, informative e giustiziali a garanzia della corretta applicazione dei principi e procedimenti connessi al diritto di accesso ai documenti amministrativi [Cavana, 2001; Cicogna, 2007].

La Cada, per la composizione e per l'indipendenza reale del proprio spirito rispetto all'amministrazione debitrice dell'obbligo di comunicazione, ha meritato la qualifica di Autorità amministrativa indipendente senza molti dubbi [Yegouzo, 1991].

Essa si compone di membri provenienti da istituzioni indipendenti, da organi rappresentativi locali e da organi tecnici non collegati all'amministrazione, fatta eccezione per il rappresentante del Primo ministro apparentemente espressione della voce dell'esecutivo [Calamo Specchia, 2001].

Tre i poteri della Cada francese ampliati ad opera della legge di riforma n. 321 del 2000 e, successivamente, con ordinanza n. 650 del 6 giugno 2005, in seguito ultimata dal decreto n. 1755 del 30 dicembre 2005: D*'avis* se adita da un soggetto al quale è stata negata la comunicazione di un documento amministrativo, *de conseil* alle autorità competenti, *de proposition* sulle modifiche da appor-

tare sulla normativa dell'accesso ai documenti amministrativi [Calamo Specchia, 2001]

La funzione consultiva consente in particolare l'individuazione nella Cada del ruolo di organismo precontenzioso.

La consultazione della Cada assumeva, a differenza dell'esperienza italiana, carattere obbligatorio e preventivo al tempo stesso rispetto alla proposizione di un ricorso giurisdizionale davanti al giudice amministrativo.

Infatti, nello specifico, nel caso di rifiuto da parte dell'amministrazione ad ammettere l'accesso di un documento, in caso di silenzio dell'amministrazione protrattosi per oltre due mesi, sarebbe conferito al cittadino il potere di ricorrere al giudice amministrativo non direttamente ma in seguito alla preventiva richiesta alla Cada di apposito parere sulla questione [Travi, 1986].

A decidere la questione in ultima istanza è il Consiglio di Stato a fronte di contrasto delle posizioni del Tribunale amministrativo con le conclusioni del parere della Commissione [Calamo Specchia, 2006].

Pertanto, l'audizione della Cada costituirebbe un presupposto per l'ammissibilità del ricorso a carattere giurisdizionale del cittadino destinatario del rifiuto dell'amministrazione.

Il parere come formulato dalla Cada viene portato a conoscenza dell'interessato-richiedente e dell'amministrazione, attraverso notifica.

Lo stesso parere avrebbe un carattere obbligatorio solo con riferimento all'assunzione dello stesso, ma non vincolando l'amministrazione quanto al contenuto.

Da ciò per l'interessato, la possibile nuova audizione del giudice amministrativo per richiedere l'annullamento del provvedimento negativo [Lasserre, Lenoir, Stirn, 1987].

Ciò nonostante il legislatore francese sembra non aver comunque dotato la Commissione di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione se non a partire dal 2005 con ordinanza n. 650/2005, completata dal successivo decreto n. 1755/2005, non potendo obbligare alla comunicazione del documento, ma solo potendo orientare il suo operato nel modo corretto.

L'opera per così dire implicitamente "pedagogica" svolta dalla Cada, pur a fronte di alcune amministrazioni ancora legate alla logica del segreto e dunque meno permeabili rispetto ad altre all'idea della trasparenza, ha comunque determinato negli anni un progressivo moltiplicarsi delle circolari interne rivolte ai ministeri insistenti sulla necessità di applicare la legge, come anche la crescita di richieste di pareri rivolti alla Commissione ad indicare la preoccupazione delle amministrazioni di prevenire le difficoltà di applicazione della comunicazione.

E ciò ad indicare come l'influenza reale della Cada sia superiore a quanto possa lasciare intendere la delimitazione dei suoi poteri [Yegouzo, 1991] comunque nel tempo rafforzati.

Per di più, al potere di persuasione della Cada, dato dalla circostanza per la quale spesso i suoi pareri sono seguiti dai giudici amministrativi, si affianca quello della cosiddetta minaccia implicita, una *moral suasion* in grado di mettere i servizi più reticenti "alla berlina" del rapporto annuale.

4. *L'effettività delle funzioni della Cada.*

Le originarie doglianze in merito alla carenza in capo alla Cada di poteri coercitivi e sostitutivi forti verso le amministrazioni inadempienti manifesta la mancata effettività dell'azione dalla stessa esercitata.

Ciò si scontrava con la necessità che l'amministrato non fosse lasciato solo di fronte all'immensità e complessità del sistema amministrativo come evoluto.

La penetrazione dell'attività dell'amministrazione nella sfera dei privati e la rimozione del segreto tradizionale del proprio agire, necessitavano infatti dell'attribuzione in favore del singolo amministrato di un'assistenza operata attraverso la figura di cosiddetti "mediatori"; in tal senso la scelta operata in favore delle autorità amministrative indipendenti si era rivelata nel tempo efficace [Tocqueville, 1994].

Emergeva quindi la necessità del riconoscimento in favore della Commissione di accesso di funzioni tutorie e di garanzia del cittadino, – di fronte ad una pubblica amministrazione agente nel governo di quegli interessi generalmente sottoposti alle insidie provenienti dai poteri forti [Caringella, 2008; D'Alberti, 1995].

In un clima di sfiducia e critica, quindi, contro la degenerazione di parte della politica e delle istituzioni, si fece largo un atteggiamento per così dire fideistico nei confronti dell'indipendenza e terzietà riconosciuta alle cosiddette agenzie amministrative di stampo internazionale, come fonti di riparo da questa "patologia" [D'Alberti, 1995].

La funzione consultiva riconosciuta alla Cada forniva al cittadino un'arma in più per ottenere una certa soddisfazione delle proprie pretese nei confronti di un'amministrazione che, sebbene spesso non vincolata alle determinazioni dell'Autorità, non sempre poteva disinteressarsi per una mancanza di capacità ed adeguata forza di discostamento.

Attraverso l'uso delle relazioni annuali della Cada, a fronte dei comportamenti ostativi nei confronti delle legittime aspettative di trasparenza maturate negli amministrati, si concretizza l'effetto di *moral suasion* operato nei confronti di amministrazioni esposte al controllo civico e a quello del potere esecutivo.

Tale funzione risulta oggi, come sostenuto da autorevole dottrina [Caramazza, Mangia, 2010], forse «l'unica supplenza alla carenza di poteri ordinatori, sostitutivo e sanzionatori lamentato dalla stessa Autorità nelle proprie relazioni,

contenendo implicitamente un potere di denuncia delle inadempienze più gravi di cui le amministrazioni possono essersi rese responsabili». Ma ciò non basta.

Tre sono le principali funzioni che la legge attribuisce alla Commissione d'accesso: vigilanza, referto e proposta, oltre a quella sostituiva (in caso di mancata adozione da parte delle amministrazioni di misure organizzative – obbligatoriamente da comunicarsi all'Autorità – idonee a garantire l'applicazione di disposizioni normative in materia di autocertificazione e di presentazione di atti e documenti da parte di cittadini a pubbliche amministrazioni), di poi venuta meno in seguito all'abrogazione del comma 7 dell'art. 27 della legge n. 241/1990.

La Commissione vigila sull'attuazione del principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa attraverso l'esercizio strumentale di una serie di poteri di stampo ricognitivo/ispettivo sui dati ed informazioni possedute dalle amministrazioni, nonché a carattere propulsivo [Biagini, 1992].

In tal caso, si è in presenza di una vigilanza che non si limita alla mera ricognizione ed acquisizione di dati e notizie ma che si spinge fino a suggerire delle soluzioni concrete [Sitran, 2007] al termine dell'esercizio di un potere istruttorio di considerevole portata.

Ma nonostante la previsione legislativa sancisca l'obbligo per ciascuna amministrazione del soddisfacimento delle richieste della Commissione circa la comunicazione di documenti ed informazioni – fatte salve le limitazioni connesse alla tutela del segreto di Stato nonché alla *privacy* generalmente intesa –, tale imposizione non appare dotata di efficacia coercitiva/sanzionatoria idonea a costringere le amministrazioni ad adempiere.

A supporto della funzione di vigilanza della Cada, vi è comunque la presenza dell'obbligatorietà del passaggio procedimentale consultivo in favore dell'Autorità dei cosiddetti schemi di regolamento; questi ultimi attinenti all'esercizio del diritto di accesso ai documenti da trasmettersi alla stessa commissione ad opera delle amministrazioni predisponenti, al fine di istituire un cosiddetto archivio digitale contenente gli atti concernenti la disciplina dei limiti all'esercizio del diritto succitato.

E ciò a pena di annullamento o disapplicazione in sede giurisdizionale del regolamento adottato in assenza del parere della Commissione.

Fin qui l'esercizio del potere consultivo nelle sue manifestazioni obbligatorie ma anche facoltative rese – in questo ultimo caso – in presenza di richieste promananti dalle amministrazioni interessate, nonché in occasione della predisposizione di normative attinenti al diritto di accesso.

Attinente alle manifestazioni del potere di vigilanza in qualità di potere di referto attribuito alla Cada è di poi la relazione annuale sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione stimolo per l'elaborazione di misure correttive e migliorative in favore di quest'ultima.

Attraverso la pubblicazione dei dati raccolti dalla Cada sull'agire pubblico, infatti, la relazione annuale sulla trasparenza costituisce un ulteriore strumento di raccordo tra l'operato di un'Autorità – per così dire – indipendente, libera e critica sui punti ancora insoluti, il potere esecutivo e l'amministrazione.

5. *Funzioni giustiziali e poteri coercitivi: le armi spuntate.*

Tra le funzioni alla Cada attribuite e potenziate nel corso degli anni (a partire dalla legge n. 15/2005 e dal d.P.R. n. 184/2006) si colloca di poi quella giustiziale.

Il rimedio di cui alla tutela cosiddetta giustiziale del ricorso *ex* art. 12 del d.P.R. n. 184/2006, appare anch'esso inizialmente debole, assumendo una valenza né alternativa e né condizionante rispetto all'esercizio della tutela giurisdizionale dinnanzi alle magistrature amministrative, trattandosi di rimedio per così dire facoltativo con valenza deflattiva rispetto al contenzioso giurisdizionale offrendo la possibilità all'accedente di esperire un rimedio economico e spedito[Caramazza, Mangia, 2010].

Contemplato nel dettato dell'art. 25 della legge n. 241/1990 e dell'art. 12 del d.P.R. n. 184/2006, lo stesso avrebbe risposto a quella sentita esigenza di garanzia della corretta attuazione del principio di trasparenza dell'*agere* amministrativo sia pur nei limiti della propria effettività.

Il ricorso dinnanzi alla Cada viene ricondotto nell'alveo del ricorso gerarchico improprio [Francomano, 2007], come strumento finalizzato a tutelare un diritto o interesse legittimo contro atti posti in essere da un organo della pubblica amministrazione non originariamente competente, né legato a quello competente da una relazione organica di sovra-ordinazione (cfr Cons. Stato, sez. IV, n. 2938/2003) [Simonati, Calabrò, 2011].

Ma così lo stesso apparirebbe ancora privo di una vera e propria effettività ed afflittività quanto alle decisioni da esso scaturenti e per ciò discusso quanto a rimedio giustiziale.

E ciò in quanto la decisione emessa dalla Commissione o dal difensore civico – a seconda della tipologia di amministrazione dalla quale promana l'atto di cui si può chiedere l'ostensione, in seguito allo stesso ricorso, non annulla o riforma l'atto originario ma invita l'amministrazione a riesaminare la precedente determinazione negativa assente una forma di reale vincolatività da esercitarsi sulla stessa.

Nessuna forma di coercizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente sembra prevista, neppure di esercizio di poteri sostitutivi come già riconosciuti al difensore civico (anch'esso figura tesa alla compiuta affermazione di un'amministrazione trasparente) di cui alle previsioni dell'art. 136 del d.lgs. n. 267/2000.

Pertanto, la dichiarazione d'illegittimità della Cada, riferita al diniego di accesso tacito o espresso imputabile all'*agere* di una pubblica amministrazione, assumerebbe valenza non di attività decisoria, quanto di manifestazione di attività di controllo [Caramazza, Mangia, cit.] (cfr. Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978, secondo cui la decisione della Cada, essendo un atto amministrativo, sarebbe insuscettibile di essere oggetto di un giudizio di ottemperanza).

In tal caso, unico rimedio all'ipotesi di diniego all'accesso documentale sarebbe il ricorso dinnanzi al Tar, da decidersi con l'annullamento dell'atto confermativo del diniego considerando le argomentazioni spese dalla Commissione nella propria pronuncia; sotto diverso profilo, in caso di prolungato silenzio dell'amministrazione, ulteriore rimedio potrebbe rinvenirsi nella denuncia penale *ex* art. 328 c.p., per omissione di atti d'ufficio a fronte del diritto del richiedente a visionare i documenti.

In ultimo anche il ricorso dinnanzi al Tar questa volta per illegittimità del silenzio.

Ciò detto, – sia pur in assenza di un vincolo a carico dell'amministrazione interessata in merito a quanto espresso dalla Commissione, potendo quest'ultima comunque differire nuovamente l'accesso o anche negarlo –, è pur vero che il legislatore ha previsto a carico delle stesse Amministrazioni rese destinatarie delle pronunce della Cada, l'obbligo di contestare nel nuovo provvedimento negativo le eventuali questioni attinenti alle argomentazioni e prima ancora alla competenza dell'organo di garanzia.

E di poi, se è pur vero che la legge nulla prevede con riferimento ad una sanzione per diniego o difetto di accesso alla documentazione ad opera dell'amministrazione, fatta eccezione per i limiti di cui alla tutela della riservatezza, non si può non richiamare le conclusioni della recente giurisprudenza secondo cui, qualora il ricorso alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi si concluda con una pronuncia di legittimità della richiesta di accesso avanzata dal ricorrente, l'amministrazione inadempiente avrebbe l'obbligo di ostendere la documentazione richiesta, comunicando al richiedente tempi e modalità di esercizio del diritto di accesso (Tar Lazio Roma, sez. III, 3 marzo 2010, n. 3311) [Cirillo, 2006].

Se queste sono le conclusioni cui la dottrina prevalente è giunta in questi anni, si torna alla riflessione iniziale legata ad una possibile configurazione di manifestazioni afflittive dell'amministrazione pubblica scaturenti dall'esercizio di un'attività di controllo dell'attività pubblica in "salsa" sanzionatoria.

Trattasi del fenomeno della cosiddetta *moral suasion* in grado di metter i servizi più reticenti alla berlina dell'opinione pubblica [Fiorenzano, 2008].

La *malagestio* del potere pubblico, da un lato, rende l'amministrazione responsabile della violazione degli obblighi di trasparenza nei confronti dell'am-

ministrato, dall'altro, potrebbe determinare anche una mancata valorizzazione dell'operato della stessa.

L'amministrazione in tal caso verrebbe resa meno credibile ed affidabile per il mancato rispetto di quel principio di efficacia alla base della connotazione dell'*agere* amministrativo con il privato, con ciò determinandosi ripercussioni negative anche in tema di *performance* e rapporti con l'utente.

Ciò detto, è comunque pacifico che l'incompiutezza del percorso avviato dal legislatore italiano nella direzione dell'attribuzione di piena effettività ed incidenza dei poteri della Cada andrebbe oggi superata in maniera chiara e forte, al fine di proseguire un cammino sino ad ora svolto nella direzione deflattiva del contenzioso e satisfattiva delle esigenze dell'amministrato.

6. *In conclusione.*

L'attuale condizione assunta dalla Cada rende quindi urgente un intervento legislativo che possa colmare le lacune evidenziate.

Ciò si renderebbe quanto più necessario anche alla luce delle recenti previsioni di cui al d.lgs. n. 33/2013, che introduce la disciplina degli obblighi di pubblicità e di trasparenza della pubblica amministrazione ed il riconoscimento alla Civit – Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche – dell'ulteriore potere di controllo e valutazione della trasparenza nell'operato dell'amministrazione pubblica.

Anche in ciò si intravede un'occasione mancata di intervento in favore della Commissione di accesso, laddove il legislatore avrebbe potuto inserire il richiamo alla Cada tra le Autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione preposte all'attuazione di quanto previsto dalla normativa in materia di trasparenza (art.11, c. 4, d.lgs. n. 33/2013).

Infine, la mancata previsione di poteri sanzionatori afflittivi in capo alla Cada appare ancora più assordante rispetto al percorso intrapreso dal legislatore nazionale con riferimento agli effetti della violazione degli obblighi di trasparenza da parte della p.a. di cui all'art. 5 del succitato decreto.

La prevista introduzione, in caso di diniego all'accesso civico a carattere indifferenziato, delle sanzioni disciplinari oltre che pecuniarie a carico del soggetto responsabile contrasta, infatti, con la lieve tutela a carattere sanzionatorio riconosciuta al privato detentore di un interesse qualificato individuale in caso di diniego reso dall'amministrazione all'accesso di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990.

Quanto evidenziato di certo è destinato a far discutere a fronte di un'esigenza di maggiore partecipazione e trasparenza dell'amministrato di fronte ad un'amministrazione più responsabile.

Bibliografia

Arsì M., *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1995, 2896 ss.;

Bellomo F., *Manuale di diritto amministrativo* Padova, 2009, vol. II, 522 ss.;

Biagini V. *Brevi riflessioni sulla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 155 ss.;

Calabrò M., *La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, 1203 ss.;

Calamo Specchia M., *Italie*, in *Rapport sur les Autorités administratives indépendantes*, Assemblée Nationale - Sénat, Paris 2006, 332 ss.;

Calamo Specchia M., *Il modello francese della democrazia "comunicativa" tra* ouverture administrative *e* protéction juridictionnelle, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 1865 ss.;

Camilli E.L., Clarich M., *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità Indipendenti*, in *www.astrid.eu*, Fondazione per l'analisi, gli studi e le ricerche sulla riforma delle istituzioni democratiche sull'innovazione nelle amministrazioni pubbliche.;

Caramazza I.F., Mangia M.G., *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in Cirillo P. e Chieppa R. (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, in Santaniello G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo,* Padova, 2010, 954 e ss.;

Caringella F., *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 2008, I, 776 ss.*;*

Caringella F., Garofoli R., Sempreviva E.M., *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano 1999.;

Cavana N., *La commissione di accesso in Francia*, *SJ*, 2001, 1119 ss.;

Cicogna C., *La disciplina dell'accesso ai documenti e del riutilizzo dei dati pubblici in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1151 ss.;

Cirillo G.P., *Le Autorità amministrative indipendenti tra ordinamento generale e ordinamenti settoriali*, Parte generale, in Cirillo P. e Chieppa R. (a cura di), *Le Autorità Amministrative indipendenti*, in Santaniello G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo,* Padova, 2010, 43 ss.;

Cirillo G.P., *Il nuovo sistema della tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ottobre 2006;

Cirillo G.P. *Il nuovo sistema della tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in L'accesso ai documenti amministrativi 10.2 Rivista quadrimestrale n.2 supplemento al volume "L'accesso ai documenti amministrativi " n.10, 2006 Pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per il coordinamento amministrativo – Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria. – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a;

Cumin G., *Il "nuovo" diritto civico di accesso, con particolare riguardo alla giurisdizione del g.a.*, in *www.altalex.it*, n. 4/2013;

Cuocolo L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni regionali*, in *www.regioneliguria.it*, 2007;

D'Alberti M., *Autorità Indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1995, 1 ss.;

De Lise P., *Le Autorità amministrative indipendenti,* Audizione del Presidente del Consiglio di Stato, Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti in Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, Roma, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 6.4.2011;

Fiorenzano S., *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15: nuove regole sostanziali e giustiziali,* in Merloni F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 485 ss.;

Francomano G., *La tutela amministrativa dinnanzi alla Commissione*, in Tomei R. (a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi*, Padova 2007, 290 ss.;

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 817 ss.;

Lasserre B., Lenoir N., Stirin B., *La transparence administrative*, Paris, Puf, 1987, 129;

Lombardo S., *Le autorità amministrative indipendenti nella prospettiva dell'e-government*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2008;

Morbidelli G., *Le autorità indipendenti: introduzione ad una lettura comparata,* in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2000, 1052 ss.;

Occhiena M., *I poteri della Commissione di accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale* ex *lege n. 241/90 e d.P.R. n. 184/06*, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento amministrativo – Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a., in *www.commissioneaccesso.it*, 2006;

Paliero C.E., Travi A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 346 ss.;

Passannanti G., Del Grosso F., Esposito V., *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso e l'accesso civico,* in *www.filodiritto.com*, 8.7.2013;

Pellizzer F., Buranello E., *La disciplina delle sanzioni amministrative*, in A. Cagnazzo, *Le sanzioni amministrative* Torino, 2012, 5 ss.;

Protto M., *Contraddittorio e celerità nella tutela amministrativa dell'accesso* in Caringella F. (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla legge 18.6.09 n.69 di modifica della legge 241/90*, Roma, 2009;

Simonati A., Calabrò M., *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 1148 ss.;

Sitran A., *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in Tomei R. (a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi: commento alla legge n.241/90 e al d.P.R. n.184/2006*, Padova, 2007, 254 ss.;

Tocqueville A., *La democrazia in America*, Ed. it. a cura di G. Candeloro, Milano 1994;

Travi A., *L'accesso ai documenti amministrativi in Francia*, in *Amministrare*,1986, 141 ss.;

Wade W., Ad*ministrative law*, Clarendon Press, Oxford, 1988;

Yegouzo J., *Le droit a la transparence administrative*, in *Etudes et documents - Le Conseil d'Etat*, 1991, n. 43, 206 ss.

XXII. Il potere sanzionatorio della Commissione europea a protezione della concorrenza

Sara Valaguzza

Sommario: 1. L'attribuzione di un potere sanzionatorio proprio della Commissione europea. – 2. I caratteri del potere sanzionatorio della Commissione europea: la potenziale irrilevanza della qualificazione dei poteri della Commissione come poteri amministrativi o giurisdizionali.

1. *L'attribuzione di un potere sanzionatorio proprio della Commissione europea.*

La Commissione Europea è titolare di un potere sanzionatorio proprio, secondo le previsioni contenute negli artt. 23 e ss. del Regolamento n. 1/2003, che introduce la possibilità per l'organo esecutivo dell'Unione di irrogare direttamente alle imprese «ammende e penalità di mora». Le prime, per la violazione dei doveri di collaborazione previsti dal medesimo regolamento, per false dichiarazioni rese alla Commissione oppure per alterazioni intenzionali o negligenti delle regole di concorrenza o per violazione degli impegni conclusi secondo la disciplina europea della concorrenza. Le seconde, per il ritardo nell'adempimento alle decisioni della Commissione o a richieste di collaborazione nei procedimenti svolti per vigilare sulla corretta applicazione delle regole di concorrenza.

Il potere sanzionatorio chiude, con perfetta circolarità, il sistema delineato in ambito sovranazionale a tutela della concorrenza, che ruota attorno al potere della Commissione di vigilare affinché siano applicati i principi di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato. Un potere di vigilanza senza la possibilità di irrogare "sanzioni", pur possibile in astratto (nel senso che l'inadempimento di un'impresa alle regole di concorrenza avrebbe potuto comunque essere azionato davanti agli organi di giustizia nazionali ed europei ove non fosse stato ammesso il potere della Commissione di irrogare sanzioni), è maggiormente dissuasivo, in concreto, dal momento che viene riconosciuta la possibilità, già in fase precontenziosa, di pretendere dalle imprese il pagamento di penalità o ammende senza l'intermediazione di un organo giurisdizionale.

Insomma, l'attribuzione alla Commissione del potere sanzionatorio per condotte che contrastino con le regole poste a tutela della concorrenza (Cfr. il

Considerando 29 del regolamento 1/2003: «L'osservanza degli artt. 81 e 82 del Trattato e gli adempimenti degli obblighi imposti alle imprese e alle associazioni di imprese in forza del presente regolamento dovrebbero poter essere assicurati per mezzo di ammende e penalità di mora. A tale scopo sarebbe opportuno stabilire ammende di importo adeguato anche per infrazioni alle norme procedurali») garantisce rapidità di reazione ed efficacia nel contrastare le violazioni dei precetti del diritto europeo. L'"elemento tempo" non va certo trascurato in un contesto, come quello delle libertà economiche, in cui gli effetti di eventuali condotte che incidano sul corretto funzionamento del mercato, se protratte nel tempo, possono irrimediabilmente pregiudicare gli interessi della concorrenza e, soprattutto, quelli dei consumatori.

Lo spazio per l'applicazione delle sanzioni da parte della Commissione corrisponde a quello in cui quest'ultima esercita direttamente i propri poteri nell'ambito della rete europea della concorrenza. Va ricordata a questo proposito la regola in base alla quale «Per assicurare un'applicazione coerente delle regole di concorrenza e al contempo una gestione ottimale della rete, è indispensabile mantenere la regola in virtù della quale le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono automaticamente private della loro competenza qualora la Commissione avvii un procedimento» (cfr. Considerando (17) del Regolamento 1/2003).

L'autonomia della Commissione nell'irrogare sanzioni, cui segue, in ipotesi di contestazioni da parte delle imprese, il controllo degli organi di giustizia europea, ha notevoli vantaggi. In particolare, risolve una serie di complicati problemi di coordinamento che sono stati di recente evidenziati in un interessante scritto sulla rete europea della concorrenza [Marchetti B., in corso di pubblicazione, 2013].

Infatti, l'intervento della Commissione risponde ad una logica uniforme di interpretazione delle norme europee della concorrenza e, dunque, consente di rispettare l'esigenza della "prevedibilità", che costituisce un valore fondamentale del diritto della concorrenza, consentendo alle imprese di valutare, con un ragionevole grado di certezza, quali conseguenze deriveranno da condotte in contrasto con le regole poste a protezione del mercato interno. Così come di conoscere, e quindi di gestire, le modalità del controllo giurisdizionale contro gli atti eventualmente adottati dalla Commissione.

La situazione si complica di molto, in virtù del funzionamento della rete europea della concorrenza in cui le autorità nazionali sono tenute ad operare immedesimandosi nella Commissione stessa: infatti, poiché «principio generale che governa la materia, sia in riferimento alla raccolta di informazioni sia in ordine all'esercizio dei poteri di indagine, è che le attività in questione sono disciplinate dal-

le regole procedurali previste dai diritti nazionali, salvo le specifiche norme direttamente stabilite dal regolamento 1/2003», l'applicazione delle sanzioni da parte delle diverse autorità nazionali comporta, inevitabilmente, «la disomogeneità dei diritti in cui le autorità garanti degli Stati operano e determina la soggezione delle imprese interessate a diverse regole e garanzie procedurali al variare dell'autorità che compie gli atti istruttori, senza che di ciò le stesse imprese si possano dolere; in secondo luogo, manca un diritto procedurale omogeneo» [Marchetti B., cit.]. Perciò, per ipotesi, l'autorità francese cui sia inflitta una sanzione dall'autorità tedesca della concorrenza, dovrà difendersi in un contesto in cui «La struttura e le regole del giudizio, il grado di deferenza accordato alle decisioni amministrative e le norme procedurali saranno poi, come è ovvio, quelle previste dalla disciplina nazionale», e dunque, il grado di prevedibilità del rapporto tra impresa e autorità sarà più fragile [Marchetti B., cit.].

2. *I caratteri del potere sanzionatorio della Commissione europea: la potenziale irrilevanza della qualificazione dei poteri della Commissione come poteri amministrativi o giurisdizionali.*

Il potere sanzionatorio proprio della Commissione, dato il carattere fortemente incisivo sulla libertà economica delle imprese, è stato oggetto di una regolamentazione attenta in sede sovranazionale, sia per quanto concerne i procedimenti cui la Commissione è tenuta prima di adottare una decisione che irroghi una sanzione, sia in merito ai criteri per la commisurazione delle sanzioni [è cioè stato abbondantemente valorizzato sia sotto il profilo della legalità attribuzione sia sotto quello della legalità procedimentale: in merito a queste nozioni sia consentito rinviare all'approfondimento svolto in Valaguzza, 2008, 93 ss..].

Del resto, è questo un ambito in cui è necessario rispettare sia la legalità formale, intesa come norme attributive del potere, sia la legalità sostanziale, intesa come vincolo di conformazione concreta derivante dalla legge e discendente sul concreto esercizio del potere amministrativo. L'insistenza su entrambi i profili di cui si compone la legalità amministrativa si coglie dall'esame del TFUE, là dove individua, all'art. 103, le necessità cui debba rispondere la normativa in materia, precisando che essa ha il compito di «definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea nell'applicazione delle disposizioni» contenute in quel capo.

Questo premesso, mi pare che gli aspetti più interessanti, nel contesto sistematico di una riflessione generale sull'esercizio del potere sanzionatorio, siano due.

Primo: quale sia la *ratio* del potere sanzionatorio attribuito alla Commissione e, in particolare, se le ammende e le penalità di mora che la Commissione può infliggere alle imprese siano o meno espressione di potere discrezionale.

Non mi pare, invece, utile impostare la questione verificando se il potere sanzionatorio sia ascrivibile al genere delle sanzioni amministrative oppure a quello delle sanzioni penali, perché, nel contesto europeo e data la riserva di competenza e giurisdizione (salvo casi limitati) in materia penale, la questione potrebbe essere molto più semplice da definire – in favore della natura amministrativa delle sanzioni – rispetto a quanto possa accadere se ci riferiamo a sanzioni irrogate nel contesto di uno Stato membro (sul punto, con riguardo all'Italia, cfr., in questo lavoro collettaneo, il contributo di Vernile).

Affermare la natura amministrativa della sanzione sarebbe coerente, tra l'altro, con il fatto che il provvedimento con cui la Commissione europea dispone la misura restrittiva è la decisione, atto che viene equiparato, nella teoria europea delle fonti, al provvedimento amministrativo, cioè al tipico atto adottato dai soggetti qualificabili come amministrazioni pubbliche.

Al più ci si potrebbe domandare se l'irrogazione di sanzioni sia coerente con la natura di autorità amministrativa della Commissione, che genererebbe provvedimenti amministrativi, oppure di autorità paragiurisdizionale, che genererebbe provvedimenti assimilabili a quelli del giudice penale; anche questo profilo, tuttavia, non mi pare particolarmente rilevante una volta che siano state chiarite le regole del procedimento, e della relativa partecipazione delle imprese, cui la Commissione è tenuta e assestati i parametri del sindacato giurisdizionale contro i provvedimenti adottati dalla Commissione dagli organi di giustizia europea. A quest'ultimo riguardo, la previsione contenuta nel Regolamento 1/2003 sull'onere della prova, a mio parere, semplifica enormemente la problematica del sindacato giurisdizionale, spostando il tema dalla qualificazione del potere, amministrativo o giurisdizionale, al meccanismo, cinicamente ed esclusivamente processuale, dell'onere della prova: nella fase precontenziosa è a carico della Commissione la dimostrazione dettagliata dei presupposti che inducono a determinarsi per l'applicazione di un'ammenda o di una sanzione; viceversa, nella fase contenziosa, è l'impresa a dover provare la genuinità della propria condotta.

Il giudizio diventa insomma una prova di resistenza alla ricostruzione della Commissione: il sindacato passa attraverso un'analisi dei fatti e degli elementi di prova forniti in giudizio, con un'inversione sostanziale dell'onere probatorio, dalla Commissione al ricorrente. Il tutto è coerente con lo svolgimento di un procedimento, cui l'impresa ha diritto di partecipare, in cui vi è già stata una valutazione dei fatti e delle ragioni esposte dalle parti interessate. Di qui appare confermato che poco valga la discussione sulla natura amministrativa o giurisdizionale della sanzione irrogata.

La *ratio* del potere attribuito alla Commissione è quello di proteggere l'interesse al corretto funzionamento del mercato interno; dunque, se volessimo ragionare in senso penalistico dovremmo ritenere che il "bene della vita oggetto di protezione" è, senza dubbio, la tutela della concorrenza, direttamente enunciata nelle norme vigenti, i cui precetti chiariscono quali sono le condotte vietate.

Tuttavia, non è del tutto vero, a mio modo di vedere, che non vi sia alcun interesse violato facente capo direttamente alla Commissione. Infatti, ragionando secondo i parametri del diritto amministrativo nazionale, anzitutto, l'interesse alla tutela della concorrenza equivale, mi pare, all'interesse primario affidato a quell'autorità dalla normativa europea; in secondo luogo, il Regolamento n. 1/2003 enuclea la nozione di «interesse pubblico comunitario» (Considerando n. 14), rapportandolo, per esempio, ai casi in cui «Può inoltre essere utile, in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico comunitario, che la Commissione adotti decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nella Comunità, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti».

Così, nel caso in cui vi sia da verificare un'infrazione degli artt. 101 e 102 del TFUE, un'indagine della Commissione, se non ascrivibile al genere della discrezionalità amministrativa o almeno assimilabile a quello della discrezionalità tecnica, mi pare naturale, data la natura di concetti giuridici indeterminati sottesa a quelle norme.

Una volta riscontrata l'infrazione, attraverso l'esercizio della discrezionalità tecnica, la decisione della Commissione che porta ad infliggere l'ammenda mi pare invece abbia altre caratteristiche.

Non vi è alcuna discrezionalità sull'*an*. Riscontrata la violazione, l'ammenda deve essere inflitta. Ci sono invece dei margini di apprezzamento legati al *quantum* dell'ammenda irrogata. La normativa europea, però, detta i c.d. indici di commisurazione, rapportando l'ammenda al fatturato dell'impresa (l'ammenda non può superare un tetto individuato con riferimento al fatturato dell'impresa colpita dalla sanzione), alla gravità dell'infrazione e alla sua durata. Tutti elementi che ben conosciamo perché presenti anche nell'ordinamento nazionale fin dalla legge n. 689/1981 in tema di sanzioni amministrative pecuniarie.

Dall'esame degli indici di commisurazione possiamo dedurre due importanti implicazioni: le sanzioni irrogate dalla Commissione secondo il Regolamento 1/2003, in quanto calcolate sul fatturato dell'impresa, hanno natura dissuasiva, non compensatoria; perciò rispondono alla logica della prevenzione speciale e scontano però un limite, evidenziato nelle teorie economiche: l'impresa può infatti prefigurare, in termini economici, i rischi e i vantaggi derivanti dalla infra-

zione delle regole della concorrenza, e quotarli, di conseguenza, all'interno del proprio rischio di impresa; gli indici di commisurazione dell'ammenda ricordano le valutazioni che deve compiere il giudice penale intorno alla gravità del reato agli effetti della pena. L'art. 133 c.p. parla proprio di «esercizio del potere discrezionale» del giudice; il che però non deve necessariamente equivalere a ritenere che la decisione intorno al *quantum* della sanzione, ove irrogata da un organo amministrativo, qual è la Commissione, non possa avere i caratteri della discrezionalità amministrativa, ossia non possa valutare anche "l'interesse pubblico" rilevante nel caso di specie (sul punto cfr., *infra*, il contributo di Goisis).

Sperando di non semplificare troppo, a mio avviso, anche in quest'ottica però, chiarito l'ambito del sindacato giurisdizionale, si depotenzia la problematica definitoria circa la possibilità o meno di qualificare il potere della Commissione come appartenente al rango amministrativo o paragiurisdizionale.

E veniamo ora al secondo profilo di interesse: quali siano gli elementi di comunanza o di dissonanza rispetto alla teoria delle sanzioni amministrative nel diritto nazionale. Considerando le regole del procedimento e del contraddittorio, nonché gli indici di commisurazione, a me pare ancora una volta evidente come pure il sistema dei poteri sanzionatori della Commissione sia, inevitabilmente, il risultato della circolazione dei modelli giuridici, di quella che il Regolamento 1/2003 indica come «cultura della concorrenza». Del resto, non potrebbe essere altrimenti data la necessità di un'applicazione efficace ed uniforme degli artt. 101 e 102 del TFUE, che ha portato alla logica della rete europea della concorrenza.

Rispetto però al diritto nazionale, questa volta mi pare che il diritto europeo si svincoli dalla tecnica "*reflex*", in cui i principi del diritto italiano passano attraverso la lente del diritto sovranazionale per diventare parte della disciplina di quello. La disciplina delle ammende e delle penalità di mora e il relativo procedimento sono maggiormente chiariti nel contesto europeo piuttosto che nel diritto nazionale.

Pensate, per esempio, alle norme europee sulla responsabilità solidale dei membri delle associazioni temporanee di imprese: il regolamento prevede che «Qualora sia irrogata un'ammenda a un'associazione di imprese che tenga conto del fatturato dei suoi membri e l'associazione non sia solvibile, l'associazione è tenuta a richiedere ai propri membri contributi a concorrenza dell'importo dell'ammenda. Se tali contributi non sono stati versati all'associazione entro un termine stabilito dalla Commissione, quest'ultima può esigere il pagamento dell'ammenda direttamente da ciascuna delle imprese i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali interessati dell'associazione».

Sono tutti dettagli di una disciplina che, a mio parere, risponde in una logica più pregnante al principio di legalità, che, nel contesto europeo non essendo

legato tanto al principio democratico quanto alla esigenza di prevedibilità delle conseguenze delle attività economiche, ove si tratti di applicarlo alle regole della concorrenza, riesce ad assumere un ruolo decisamente primario.

Non è un caso che i giudici amministrativi utilizzino gli «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 del Regolamento» come criterio guida per dare contenuto alle valutazioni dell'Agcm in tema di quantificazione dell'infrazione (cfr. per esempio Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397).

Mi chiedo allora se, spostando la prospettiva di indagine, per un momento, dai caratteri dell'esercizio del potere alle limitazioni all'esercizio delle libertà economiche, vi siano ostacoli giuridici ad una semplificazione che porti a superare, in questa materia, l'autonomia delle regole procedurali previste dai diritti nazionali e se sia invece possibile un intervento simile a quello avvenuto in materia di appalti pubblici per il tramite delle direttive ricorsi, guidato dalla necessità, sempre derivante dalla prevedibilità di azioni e reazioni nel campo economico, anche di una uniformazione, seppure parziale, delle regole processuali e, in particolare, delle modalità di sindacato sulle sanzioni inflitte per la tutela del diritto della concorrenza.

Bibliografia

Baker J.B., *The Case for Antitrust Enforcement*, in *Journal of Economic Perspectives,* Vol. 17, 2750, 2003;

Bellamy & Child, *European Union law of competition*, Oxford, 2013, 977 ss.;

Blanco O., *EU competition Procedure*, Oxford, ult. ed., 2013;

Boccaccio M. - Bruzzone G., *L'antitrust in Italia dopo la modernizzazione: i particolari alla luce del sistema*, in Bruzzone G., *Poteri e garanzie nel diritto antitrust - L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione,* Bologna, 2008;

Chiti E., *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. It. dir. pubbl. comun*., 2012, 29;

Cintioli F. - Donati F. (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008;

Khan N., *Eu Antitrust Procedure*, London, ult. Ed., 2012;

Marchetti B., *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza,* in corso di pubblicazione in *Rivista della regolazione del mercato*;

Pesce C., *I nuovi strumenti di* public enforcement*: Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Napoli, 2012;

Valaguzza S., *La frammentazione della fattispecie*, Milano, 2008, 93 ss.*;*

Weiler J.H.H., *The European Court of Justice - A Quiet Revolution*, in *Comparative Political Studies*, vol. 26 No. 4, 510-534, 1994;

Wils W.P.J., *Efficiency and justice in European antitrust enforcement*, London, 2008;
Wils W.P.J., *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, in *World Competition: Law and Economics Review,* vol. 33, No. 1, 2010;
Wils W.P.J., *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?* in *World Competition: Law and Economics Review,* vol. 26, No. 3, 2003.

XXIII. Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti

Giuliano Grüner

Sommario: 1. Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti nell'assetto immediatamente anteriore al c.p.a. – 2. Il c.p.a. e le esigenze di concentrazione e di effettività della tutela giurisdizionale. – 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 27 giugno 2012. – 4. (*segue)* Rilievi critici. – 5. Ulteriori considerazioni intorno al riparto di giurisdizione sulle controversie relative alle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti. – 6. La tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo contro le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti e la sua non minore pienezza ed effettività rispetto a quella offerta dal giudice ordinario. – 7. Conclusioni.

1. *Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti nell'assetto immediatamente anteriore al c.p.a.*

Nell'assetto normativo immediatamente previgente rispetto al c.p.a., il riparto di giurisdizione in ordine alle controversie aventi ad oggetto le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti presentava dei risvolti alquanto singolari[1].

Da un lato, infatti, sussisteva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista da varie leggi di settore, con riferimento alle sanzioni irrogate dalla generalità delle Autorità amministrative indipendenti[2], e tale giurisdizione

[1] Al tema delle autorità amministrative indipendenti è stata dedicata dalla dottrina amministrativistica italiana una quantità di studi pressoché sterminata. In questa sede, quindi, appare sufficiente rinviare, per tutti, in ordine all'inquadramento delle problematiche teoriche di fondo che queste figure soggettive pongono, ai vari saggi di N. Longobardi raccolti in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, *passim*.

[2] Cfr., in particolare: l'art. 33, comma 1, della l. n. 287 del 1990, con riferimento all'Agcm; l'art. 2, comma 25, della l. n. 481 del 1995, con riferimento all'Aeeg; l'art. 1, commi 26 e 27, della l. n. 249 del 1997, con riferimento all'Agcom, e poi, con riferimento alla stessa Autorità, l'art. 9 del d.lgs. n. 259 del 2003 (che estendeva tale giurisdizione anche alle sanzioni irrogate dal competente Ministero); l'art. 326, comma 7, del d.lgs. n. 309 del 2005, con riferimento all'Isvap (ora Ivass, a seguito dell'art. 13 del d.l. n. 95 del 2012); l'art. 24, comma 5, della l. n. 262 del 2005, con riferimento alla Covip; l'art. 244, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, con riferimento all'Avcp.

veniva ritenuta anche di merito nei soli casi[3] in cui la norma attributiva di essa operasse rinvio all'art. 23 della l. n. 689 del 1981[4], ma non negli altri casi[5].

Dall'altro lato, invece, permanevano talune significative eccezioni, rappresentate[6] dalle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, le cui controversie erano rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario, ed in particolare alla cognizione delle Corti d'Appello[7].

Mentre – si badi – rimanevano pur sempre attratte alla giurisdizione (generale di legittimità) del giudice amministrativo le controversie concernenti le attività di vigilanza di competenza della Banca d'Italia e della Consob.

2. *Il c.p.a. e le esigenze di concentrazione e di effettività della tutela giurisdizionale.*

L'art. 133, comma 1, lett. l), del c.p.a., nell'intento – previsto dall'art. 44, comma 1, della legge di delega n. 69 del 2009 – di determinare un riassetto del processo amministrativo, assicurando la concentrazione delle tutele e riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni, ha rimesso alla giurisdizione esclusiva di questo stesso giudice tutte le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori[8], adottati non solo dalle Autorità indipendenti rispetto alle quali tale giurisdizione era già prevista, ma anche dalla Banca d'Italia e dalla Consob[9].

L'art. 134, comma 1, lett. c), del c.p.a. ha poi qualificato come giurisdizione di merito del giudice amministrativo quella concernente le controversie relative alle

---

Anche la letteratura scientifica in tema di sanzioni delle Autorità ammnistrative indipendenti è molto vasta; pertanto, oltre alla dottrina che verrà citata *infra*, cfr. i vari contributi raccolti nel presente lavoro collettaneo.

[3] Ad esempio, quello previsto dall'art. 33 della l. n. 287 del 1990.

[4] Ora abrogato dal d.lgs. n. 150 del 2011, ma sostanzialmente riprodotto dal suo art. 6

[5] Come, ad esempio, quello previsto dall'art. 27, comma 13, del d.lgs. n. 206 del 2005. In casi come questo, si riteneva che il giudice amministrativo potesse solo annullare la sanzione illegittima, ferma restando la sua eventuale rideterminazione da parte dell'autorità competente.

[6] Oltre che dai provvedimenti, anche sanzionatori, adottati dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, le cui controversie, in ragione di una supposta peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, erano tradizionalmente, e sono tutt'ora, attribuite alla cognizione del giudice ordinario (cfr. l'art. 152 del d.lgs. n. 196 del 2003).

[7] Che potevano essere adite mediante un procedimento in opposizione, a norma, rispettivamente, dell'art. 145, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 385 del 1993 e degli artt. 195, commi da 4 a 8, 196, e 187-*septies*, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 58 del 1998 (ed in seguito anche a norma dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 5 del 2003 e dell'art. 24, comma 5, della l. n. 262 del 2005).

[8] Esclusi solo quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati.

[9] Nonché dagli organismi di cui agli articoli 112-*bis*, 113 e 128-*duodecies* del decreto legislativo n. 385 del 1993, e dalla Civit.

sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione di questo stesso giudice, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti.

Questa scelta è stata salutata con favore dalla dottrina pressoché unanime[10], perché, da un lato, aveva ripristinato una coerenza sistematica in materia, sopperendo alla sempre più avvertita esigenza di concentrazione delle tutele giurisdizionali, e, dall'altro, era mossa dalla evidente volontà di offrire, proprio mediante la previsione di una giurisdizione di merito, una tutela giurisdizionale davvero piena ed effettiva contro le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti, in modo da configurare il giudice amministrativo come il giudice unico e "naturale" del grande contenzioso economico[11], o – per meglio dire – dei fondamentali aspetti dell'attuale diritto pubblico dell'economia.

3. *La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 27 giugno 2012.*

Sennonché, sul punto è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162[12], la quale, ad esito di un giudizio incidentale promosso dalla Corte d'Appello di Torino con ordinanza del 25 marzo 2011, ha dichiarato l'incostituzionalità, tra l'altro, delle richiamate disposizioni del c.p.a. che avevano rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob, ritenendole affette da eccesso di delega.

La Corte, in particolare, dopo aver qualificato la delega *ex* art. 44 della l. n. 69 del 2009 come delega per il riordino o il riassetto di settori normativi – e dopo aver precisato che, proprio per questo, il legislatore delegato era vincolato a limiti rigorosi nell'esercizio di poteri innovativi della normazione vigente –, ha affermato che lo stesso legislatore delegato, nel momento in cui avesse deciso di intervenire in modo innovativo sul riparto di giurisdizione, avrebbe dovuto tener conto della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto previsto dallo stesso art. 44, comma 1, della l. n. 69 del 2009.

---

[10] Cfr., ad esempio, M. Fratini, G. Gasparri e A. Giallonco, *La giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, 2011, 463 ss.

[11] Si riprendono le parole di G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 677 ss.

[12] Sulla quale, oltre alla dottrina citata *infra*, cfr. A. Scognamiglio, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 254 ss. ed A. Cerrato, *La "reviviscenza" della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob*, in *Giur. it.*, 2013, 1348 ss.

Ma – ad avviso della Consulta – ciò il legislatore delegato non avrebbe fatto, in quanto «[l]a Corte di cassazione ha […] 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 (Corte di Cassazione, sezioni unite civili, 22 luglio 2004, n. 13703; nello stesso senso, Id., 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383)»[13].

Ad avviso del Giudice delle leggi, dunque, «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. Di conseguenza, deve ritenersi che, limitatamente a simile attribuzione di giurisdizione, siano stati ecceduti i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.».

La conseguenza, dunque, è che – ad oggi – delle sanzioni irrogate dalla Consob tornano ad occuparsi i giudici ordinari, ed in particolare le Corti d'Appello, giacché, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, che ha

[13] «Anche il Consiglio di Stato» – prosegue la sentenza della Corte costituzionale – «ha riconosciuto che, in punto di giurisdizione sulle controversie aventi per oggetto sanzioni inflitte dalla Consob, sussistessero precedenti giurisprudenziali nel senso della giurisdizione ordinaria, affermando da ultimo la giurisdizione del giudice amministrativo solo sulla base dell'insuperabile dato legislativo espressamente consolidato nell'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva), c. 1, lettera l), del d.lgs. n. 104 del 2010, che prevede testualmente che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati [...] dalla Commissione nazionale per la società e la borsa" (Consiglio di Stato, sezione VI, 19 luglio 2011, n. 10287), vale a dire sulla base proprio delle disposizioni impugnate in questa sede. Precedentemente all'intervento legislativo qui in esame, invece, lo stesso Consiglio di Stato aveva aderito all'impostazione della Cassazione, secondo cui doveva attribuirsi al giudice ordinario la giurisdizione sulle sanzioni inflitte dalla Consob (Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474; cfr. in precedenza, sezione VI, 19 marzo 2002, n. 4148)».

colpito anche l'intero articolo 4, comma 1, n. 19, dell'allegato n. 4 al d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui aveva abrogato le disposizioni del d.lgs. n. 58 del 1998 che attribuivano alle corti d'appello la cognizione delle controversie relative alle sanzioni applicate dalla Consob, queste ultime disposizioni, illegittimamente abrogate, ad avviso della Corte costituzionale tornano ad avere applicazione.

Rimane aperto, peraltro, il problema della giurisdizione sulle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, giacché la Consulta, che pure – come noto – avrebbe potuto dichiarare la illegittimità costituzionale (consequenziale) della norma del c.p.a. (che è la medesima) che attribuisce alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo le relative controversie, non lo ha fatto[14].

4. (segue) *Rilievi critici.*

La richiamata sentenza della Corte costituzionale non appare condivisibile. Premesso, infatti, che – a norma della legge di delega – era ben possibile per il legislatore delegato intervenire anche sul riparto di giurisdizione, purché si fosse attenuto al "criterio direttivo" di osservare la giurisprudenza della Corte costituzionale e delle altre giurisdizioni superiori formatasi in materia, tale arresto del Giudice delle leggi, da un lato, ha inteso attribuire alle tre menzionate sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione[15] una sorta di valenza dirimente in materia che in realtà non possiedono, e, dall'altro lato, non sembra aver tenuto nella minima considerazione la giurisprudenza in materia del Consiglio di Stato[16] e – soprattutto – quella della stessa Corte costituzionale[17], alla luce delle quali, invece, ben si sarebbe potuta giustificare la scelta effettuata dal Governo in sede di redazione del c.p.a.

Sotto il primo profilo, occorre evidenziare che, diversamente da quanto sembrerebbe emergere dalla sentenza della Corte costituzionale, le tre pronunce delle sezioni unite della Cassazione avevano – sì – riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative alle sanzioni irrogate dalla Consob, ma – e qui sta il punto – lo avevano fatto non solo e non tanto in applicazione di principi, quanto, piuttosto, in applicazione di specifiche disposizioni legislative.

---

[14] Peraltro, il Tar del Lazio, con ordinanza della sez. III, n. 6469 del 16 luglio 2012, ha sollevato la relativa questione di legittimità costituzionale.

[15] Si tratta, lo si ripete, di Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703, 11 febbraio 2003, n. 1992 e 11 luglio 2001, n. 9383.

[16] Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575 e Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507, le quali – con riferimento, rispettivamente, al potere sanzionatorio dell'Agcm e dell'Aeeg, nella sostanza analogo a quello della Consob – ne hanno affermato la natura discrezionale.

[17] Sulla quale cfr. *infra*.

In tutte e tre le occasioni, infatti, la Suprema Corte era stata chiamata a stabilire se gli artt. 145 e 146 del d.lgs. n. 58 del 1998, che attribuivano per l'appunto la giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Consob al giudice ordinario, fossero stati o meno implicitamente abrogati dal (temporalmente successivo) art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, il quale rimetteva – come è noto – alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di servizi pubblici, ivi comprese, tra le altre, quelle «afferenti al mercato mobiliare» (nella formulazione anteriore alla l. n. 205 del 2000) e (nella formulazione successiva a tale legge) quelle «afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare».

Ebbene, la Cassazione escluse l'abrogazione tacita in virtù del principio per cui *lex generalis posterior* (per l'appunto, l'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, nelle sue varie formulazioni) *non abrogat speciali priori* (per l'appunto, gli artt. 195 e 196 del d.lgs. n. 58 del 1998): quindi, la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alle sanzioni irrogate dalla Consob non era stata affermata sulla base di principi, ma soltanto sulla base di un raffronto fra norme puntuali (o, meglio, della loro successione nel tempo)[18].

Ma – si badi – anche nelle parti in cui le tre sentenze delle Sezioni Unite avevano affermato la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob argomentando dalla considerazione per cui esse (il riferimento, in realtà, era alle sole sanzioni interdittive) «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», e, quindi, facendo applicazione – almeno sembrerebbe – di principi, queste stesse sentenze non appaiono affatto risolutive.

Ciò in quanto le stesse sezioni unite della Cassazione, in successive occasioni (successive non solo alle tre richiamate sentenze relative alla Consob, ma anche alle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), avevano affermato, rispetto alle controversie relative alle sanzioni irrogate dal Mini-

[18] La questione si era posta, peraltro, perché il Consiglio di Stato, con sentenza della sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, non richiamata dalla sentenza della Corte costituzionale, aveva ritenuto che l'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla vigilanza sul credito, avesse implicitamente abrogato l'art. 145, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 385 del 1993 – che, come è noto, disciplina le sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia in maniera del tutto analoga, anzi identica, rispetto alle sanzioni irrogate dalla Consob –, riemettendo le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto ritenute ricomprese, per l'appunto, nella (più ampia) nozione di «vigilanza sul credito»: «[L]'attività sanzionatoria è intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti». Ad identiche conclusioni, sempre con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Consob, era pervenuta anche la Corte d'Appello di Napoli, con sentenza della sez. I, 5 luglio 2001.

stero delle attività produttive, su proposta dell'Isvap, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 57 del 2001[19] – sanzioni le quali, come è noto, risultano strutturalmente e funzionalmente identiche a quelle irrogate dalla Consob (nonché dalla Banca d'Italia) –, principi diametralmente opposti.

Ad esempio, ad avviso di Cass., sez. un., 29 novembre 2007, n. 24816, la devoluzione di tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «è del tutto coerente, e lo stesso giudice delle leggi l'ha ribadito con la sentenza n. 191 del 2006, laddove individua nel manifestarsi del momento autoritativo dell'attività della p.a. – che è, appunto, immanente nell'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori propri all'attività di vigilanza, come già riconosciuto da queste ss.uu., tra l'altro, nella sentenza 2.5.03 n. 6719 (precedenti conformi ivi) – il *discrimen* tra la legittima attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo pur in presenza di diritti soggettivi e l'illegittima sottrazione della giurisdizione stessa al giudice ordinario. Il detto momento autoritativo va, infatti, riconosciuto […], non solo nell'accertamento della sussistenza dell'illecito, nell'identificazione dell'autore e del responsabile di esso, nell'applicazione della relativa sanzione – *id est* nell'attività consequenzialmente correlata all'esercizio della funzione di controllo e disciplina sull'attività assicurativa, che si traduce nella formazione, tra l'altro ma non soltanto, del titolo per la percezione della somma corrispondente alla sanzione applicata – ma anche nella determinazione della misura della sanzione, che, pur prestabilita *ex lege* nel tipo e nei due estremi quantitativi, rimane, non di meno, rimessa, per ciascun caso concreto, all'ampia discrezionalità della p.a. nella scelta tra il minimo ed il massimo edittali in ragione della gravità dell'illecito e delle altre circostanze suscettibili d'esser valutate a tal fine (cfr. art. 133 c.p.), e parimenti con riguardo alla determinazione della misura degli accessori, in relazione alle altre circostanze che le varie disposizioni specificamente indicano come tali da influirvi; ed, inoltre, nella consequenziale adozione – ove ne ricorrano i presupposti, ravvisabili nella pluralità delle violazioni per le quali è irrogata la sanzione pecuniaria – del provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa, provvedimento che non rappresenta una sanzione accessoria, in quanto tale ricorribile al giudice ordinario ove fosse applicabile la l. n. 689 del 1981, ma un provvedimento amministrativo di natura ablativa, incidente su interessi legittimi ed impugnabile, pertanto, esclusivamente in sede di giudizio amministrativo di legittimità»[20].

---

[19] Ora abrogato dall'art. 354 del d.lgs. n. 209 del 2005, ma sostanzialmente riprodotto dall'art. 326, comma 7, dello stesso decreto legislativo.

[20] Ma cfr., nello stesso senso, Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667, la quale, con riferimento all'atto sanzionatorio dell'Agcm, parla di «espressione della funzione pubblica, adottato nell'esercizio di un potere di supremazia […] nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato

Come si vede, si tratta di principi, relativi ad una materia in tutto e per tutto analoga a quella delle sanzioni irrogate dalla Consob, diametralmente opposti rispetto a quelli affermati dalle tre sentenze della Cassazione richiamate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2012, i quali ben avrebbero potuto giustificare la scelta del c.p.a. di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla sanzioni irrogate dalla Consob. Ma – e ciò lascia alquanto perplessi – la stessa sentenza del Giudice delle leggi non ha tenuto nella minima considerazione l'arresto delle sezioni unite della Cassazione da ultimo citato.

Occorre evidenziare, ancora, così passando al secondo profilo rilevato sopra, che la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2012 ha, invero inspiegabilmente, pretermesso di richiamare anche la sentenza n. 49 del 1999 della stessa Corte costituzionale, la quale, pronunciandosi sulle sanzioni previste, in materia bancaria, dall'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993 – le quali, lo si ripete, risultano strutturalmente e funzionalmente identiche alle sanzioni irrogate dalla Consob –, aveva esplicitamente affermato «la particolarità della materia, direttamente inerente alla vigilanza sul corretto esercizio dell'attività da parte degli enti autorizzati allo svolgimento dell'attività bancaria».

Come si vede, sono le stesse parole che, in base alla successiva sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, giustificano (e – anzi – in qualche modo impongono) la ricorrenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché, da un lato, la materia sanzionatoria in esame è, per l'appunto, "particolare", e, dall'altro, essendo essa direttamente inerente alla vigilanza, la quale ultima ha indubbiamente e pacificamente natura autoritativa, dà luogo ad un intreccio inestricabile di diritti soggettivi ed interessi legittimi (con prevalenza, anzi, di questi ultimi sui primi).

Sono queste le ragioni che inducono a ritenere non condivisibile la sentenza n. 162 del 2012 della Corte costituzionale, non soltanto per la grave incoerenza ed a-sistematicità cui essa ha dato luogo, anche per quanto riguarda l'artificiosa distinzione tra attività di vigilanza (le cui controversie rimangono attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo) e attività sanzionatoria svolte dalla Consob[21], ma anche – ed, anzi, soprattutto – per le argomentazioni che la sorreggono.

Ad ogni modo, tale sentenza ha dichiarato incostituzionali le norme del c.p.a. che attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le

---

(non dalla posizione di parità dei soggetti, secondo lo schema privatistico diritti-doveri, ma) da una relazione asimmetrica sintetizzata nella formula potere-soggezione».

[21] Su questo aspetto si appuntano, in particolare, le condivisibili considerazioni critiche svolta da A. Police ed 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.*, 2013, 684 ss.

controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob soltanto per eccesso di delega, non pronunciandosi sugli altri profili di illegittimità costituzionale – questi, invece, tutti di merito – sollevati dalla richiamata ordinanza della Corte d'Appello di Torino. Occorre chiedersi, dunque, se tali ultimi profili siano fondati, anche per valutare la legittimità di una eventuale, futura scelta del legislatore che decidesse di (ri)attribuire le controversie in esame alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

5. *Ulteriori considerazioni intorno al riparto di giurisdizione sulle controversie relative alle sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti*

Innanzitutto, appare opportuno esaminare il profilo delle situazioni giuridiche soggettive che vengono in considerazione nell'ambito delle fattispecie sanzionatorie in esame. Secondo i sostenitori della giurisdizione del giudice ordinario, si tratterebbe di meri doveri (in capo alle autorità amministrative indipendenti) contrapposti a diritti soggettivi pieni e perfetti (in capo ai destinatari delle sanzioni amministrative: in particolare, il diritto soggettivo a non essere sanzionati se non nei casi e nei modi puntualmente previsti dalla legge). Ciò lo si desume dal carattere asseritamente vincolato delle sanzioni amministrative in questione, le quali, non implicando profili di discrezionalità amministrativa (intesa alla stregua di ponderazione comparativa di interessi), non sarebbero espressione di un potere autoritativo in senso tecnico[22].

Ma – fermo restando che, in linea generale, sul piano teorico e dogmatico, appare tutt'altro che pacifica l'equazione "attività amministrativa vincolata – diritti soggettivi"[23] – si è visto che le sezioni unite della Cassazione, nei citati prece-

[22] In argomento cfr., tra gli altri, sia in termini generali, sia con specifico riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle autorità amministrative indipendenti, R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 388 ss.; S. Menchini, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 921 ss.; G. Scarselli, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000, 269 ss.; A. Travi, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico sulle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, 379 ss. (e, più in generale, Id., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 114 ss., nonché C.E. Paliero ed A. Travi, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.); M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, 177 ss. Più di recente, anche W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, 180, ritiene di «non vole[r] porre in discussione l'assunto relativo alla natura vincolata del potere sanzionatorio».

[23] Sul punto, come è noto, la riflessione scientifica è sostanzialmente ferma alle contrapposte tesi di A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

denti del 2007 e del 2009, hanno affermato principi diametralmente opposti, e tale affermazione, invero, risulta condivisibile.

Per esplicitarne il perché, appare sufficiente richiamare, con specifico riferimento alle controversie relative alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob, le argomentazioni contenute in una recente sentenza del Tar del Lazio[24], la quale ha ritenuto manifestamente infondate le medesime questioni di legittimità costituzionale del c.p.a. ritenute invece fondate dalla Corte d'Appello di Torino: «Peraltro, la sanzione non è quantificata "a monte", ma deve essere determinata "a valle" […], sicché, nello stabilire la sua misura, l'Autorità compie una ponderazione di interessi pubblici e privati, finalizzata alla scelta della sanzione quantitativamente più proporzionata, che costituisce esercizio di discrezionalità amministrativa. Infatti, ai sensi dell'art. 11 l. 689/1981, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche, vale a dire che l'Autorità amministrativa procedente deve effettuare una valutazione ed una ponderazione non solo degli interes-

---

1988, 3 ss., secondo il quale «solo l'atto discrezionale è atto di autorità, è emanato nell'esercizio di un potere di supremazia, dove tali concetti si identificano con la possibilità conferita dall'ordinamento ad un soggetto di dettare unilateralmente disposizioni vincolanti onde curare l'interesse pubblico di cui è portatore; mentre gli atti vincolati non sono autoritativi perché sono soltanto applicazione di una disciplina esterna, e dunque di proprio non impongono nulla», e di F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 2005, 1 ss., secondo il quale «l'atto dell'amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso di attività vincolata), può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costituzione dell'effetto, ossia indispensabile a ciò che la disciplina degli interessi diventi giuridicamente vincolante», con la conseguenza per cui «anche quando manchi qualsiasi discrezionalità, può restare (e positivamente resta) attribuito all'amministrazione il potere costitutivo, senza il cui esercizio l'effetto, benché interamente disciplinato (o raffigurato) dalla legge (o anche da altro precedente atto amministrativo), non si produce».

Per quanto riguarda, invece, l'attuale giurisprudenza, sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo, sembra regnare l'incertezza più totale, giacché, a fronte di indirizzi che, in base a diverse argomentazioni, predicano, rispettivamente, la natura (sempre) autoritativa e (sempre) non autoritativa dei provvedimenti vincolati, permane un terzo orientamento – già criticato da entrambi gli Autori citati in questa nota – che distingue tra atti vincolati previsti da norme che mirerebbero a tutelare in via primaria e diretta l'interesse pubblico, i quali avrebbero natura autoritativa, e atti vincolati previsti da norme che mirerebbero a tutelare in via primaria e diretta l'interesse dei soggetti amministrati, i quali avrebbero natura non autoritativa. Per un approfondimento di questi aspetti, nonché per un tentativo di riaffermazione della natura autoritativa degli atti vincolati, si consentito rinviare a G. Grüner, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, 23 ss., 75 ss. e 365 ss.

[24] Tar Lazio, Sede di Roma, Sez. I, 27 dicembre 2011, n. 10220.

si pubblici, evidentemente afferenti alla gravità della violazione ed all'opera svolta dall'agente per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione, ma anche agli interessi privati, connessi soprattutto alle condizioni economiche del trasgressore».

Senza considerare, poi, che nelle fattispecie in esame non vengono in considerazione illeciti elementari e banali come quelli previsti dal codice della strada, in relazione ai quali può anche giustificarsi, per evidenti ragioni di opportunità pratica, la giurisdizione del giudice ordinario (e non a caso si tratta del giudice di pace), ma, come riconosce la medesima sentenza del Tar del Lazio in esame, «il procedimento in esito al quale l'Autorità procedente infligge la sanzione amministrativa pecuniaria è caratterizzato dalla c.d. discrezionalità tecnica, vale a dire che postula l'accertamento di un fatto complesso, *id est* il compimento dell'illecito, sulla base di parametri tecnici non certi ma opinabili, per cui costituisce senz'altro esercizio autoritativo di un pubblico potere, a fronte del quale come detto sussiste la posizione di interesse legittimo, perché la sanzione è irrogata all'esito dell'accertamento dell'illecito amministrativo e, quindi, dell'esercizio del potere di vigilanza».

Dunque, appare condivisibile l'esito cui tale sentenza del Tar del Lazio era pervenuta: «Il Collegio, anzi, ritiene che […] la posizione giuridica dedotta in giudizio […] abbia natura di interesse legittimo e non di diritto soggettivo e che, quindi, la controversia rientrerebbe comunque nella giurisdizione amministrativa generale di legittimità, dovendosi nutrire invece dubbi sulla compatibilità costituzionale della precedente norma attributiva della giurisdizione in materia al giudice ordinario».

Così come, sul versante della dottrina, appare condivisibile l'esito al quale di recente è pervenuta una schietta analisi, tesa a confutare le varie tesi che tradizionalmente affermano il (presunto) carattere (non discrezionale e perciò) non autoritativo del potere amministrativo sanzionatorio, con particolare riferimento a quello rimesso alle autorità amministrative indipendenti: «Ammettere che una discrezionalità amministrativa in senso proprio e pieno sia qui in questione consente in effetti di superare la singolare visione per cui la funzione sanzionatoria sarebbe in qualche modo paritetica, e quindi di naturale spettanza del giudice ordinario. Sembra vero il contrario: è proprio nelle sanzioni amministrative che, con particolare nettezza, si manifesta un potere amministrativo riduttivo della sfera giuridica del destinatario. Se il nostro sistema (art. 103 Cost.) vede, in via generale, riconosciuto un ruolo del tutto prevalente (se non esclusivo) al giudice amministrativo ove un simile potere sia in gioco, tale giudice dovrebbe coerentemente avere, almeno di norma, competenza anche in materia di sanzioni»[25].

[25] Così F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl.*

Ma, anche indipendentemente dalla natura discrezionale o meno delle sanzioni amministrative, non può che ribadirsi la piena correttezza, sia in termini generali, sia con riferimento alla specifica tematica qui in esame, delle ultime acquisizioni della dottrina amministrativistica in tema di riparto di giurisdizione, secondo le quali – al di là delle note ed insolubili ambiguità, se non della vera e propria contraddizione in termini, dei rapporti tra l'art. 103, comma 1, e l'art. 113, comma 1, Cost., da un lato, e, dall'altro, l'art. 113, comma 3, Cost. (che riproducono, *mutatis mutandis*, la stessa irrimediabile antinomia tra l'impianto di fondo della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e quello della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato) – un sistema dualistico di giurisdizione (quale incontrovertibilmente è quello italiano) ha senso che esista, non solo dal punto di vista logico ma anche dal punto di vista pratico, soltanto se al giudice amministrativo vengano attribuite controversie che siano "ontologicamente" diverse rispetto a quelle rimesse al giudice ordinario, vale a dire controversie non di diritto privato (nelle quali si fa questione di ragioni proprietarie, di adempimento o di inadempimento contrattuale, di puri diritti patrimoniali, ecc.), ma di diritto pubblico, rispetto alle quali, cioè, le amministrazioni pubbliche intervengono nell'esercizio precipuo delle loro funzioni istituzionali[26]. Ed, invero, sarebbe

---

com., 2013, 79 ss., al quale si rinvia anche per un'ampia ed approfondita analisi critica della principale dottrina e giurisprudenza (anche europea) in materia.

[26] Nel testo ci si riferisce al lavoro monografico di M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, *passim*, e, in particolare, 22 ss., 96 ss., 216 ss. e 255 ss., al quale si rinvia anche per una ampia analisi critica – in questa sede semplicemente impossibile – della principale dottrina amministrativistica post-costituzionale in ordine all'interpretazione dei rapporti tra i richiamati articoli della Costituzione, nonché dei rapporti tra legge abolitiva del contenzioso ammnistrativo e legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (tra gli altri, M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, 294 ss.; E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, *passim*; V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, *passim*; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 599 ss.; M.S. Giannini e A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 293 ss.; A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, *passim*; V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, *passim*; F.G. Scoca, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*).

Alla tesi in esame potrebbe muoversi una obiezione: quella per cui, così come è difficile individuare il *proprium* dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, in modo da poter distinguere con sicurezza gli uni dagli altri, allo stesso modo potrebbe essere non agevole individuare il *proprium* delle controversie di diritto privato e di diritto pubblico, cosicché potrebbe risultare difficile distinguere con sicurezza anche le une dalle altre. Ma, in realtà, tale obiezione non coglierebbe nel segno, perché – al di là di taluni, ma assai più circoscritti, casi "limite" e "di confine", che comunque inevitabilmente permarrebbero – le controversie di diritto pubblico potrebbero agevolmente individuar-

semplicemente surreale voler qualificare di diritto privato le controversie concernenti le sanzioni pecuniarie irrogate dalle autorità amministrative indipendenti[27].

Infine, anche volendo seguire l'approccio della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di riparto di giurisdizione, le conclusioni cui dovrebbe addivenirsi non potrebbero essere diverse. Posto, infatti, che la giurisdizione amministrativa (non solo quella generale di legittimità, ma anche quella esclusiva) presuppone che l'amministrazione intervenga nelle relative controversie in qualità di «*amministrazione-autorità* […] *esercitando il suo potere autoritativo*»[28], e posto che il giudice amministrativo è stato espressamente riconosciuto come il «*giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica*»[29], appare oltremodo evidente, al di là di qualsivoglia disquisizione teorica sul punto, che sia il profilo autoritativo, sia il (connesso ed indissolubile) profilo funzionale, sono di gran lunga più presenti e più pregnanti nel momento in cui l'amministrazione – ad esempio la Consob – irroga una sanzione amministrativa pecuniaria, che non nel momento in cui la stessa amministrazione – si pensi sempre alla Consob – aggiudichi un contratto di appalto: ma, allora, se è così, davvero non riesce razionalmente a comprendersi perché mai in quest'ultimo caso sussiste del tutto pacificamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nel primo caso dovrebbe sussistere la giurisdizione del giudice ordinario[30].

---

si, in linea generale, in quelle controversie rispetto alle quali, cumulativamente: a) è parte una pubblica amministrazione; b) *in termini astratti*, non potrebbero essere parti *soltanto* soggetti privati.

Questa stessa impostazione, infine, dovrebbe valere anche a superare un altro tradizionale – ed alquanto "incerto" ed opinabile – criterio di riparto della giurisdizione in tema di sanzioni amministrative, quello, cioè, che distingue tra sanzioni ripristinatorie, le quali, data la loro funzione di cura in concreto degli interessi pubblici, determinerebbero la giurisdizione del giudice amministrativo, e sanzioni "punitive", le quali, dato il loro carattere meramente "retributivo", determinerebbero la giurisdizione del giudice ordinario. Sul punto cfr., in termini generali, E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, par. 9.

[27] Appare condivisibile, dunque, quella parte della dottrina amministrativistica che afferma, seppur con approcci piuttosto differenti gli uni dagli altri, la necessaria ricorrenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: cfr., tra gli altri, G. Verde, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.; E. Bani, *Il potere sanzionatorio delle Aautorità indipendenti*, Torino, 2000, 192 ss.; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, 219 ss.; F. Merusi, *Giustizia amministrativa ed Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2003, 181 ss.; A. Pajno, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 646 ss.; R. Titomanlio, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 474 ss.

[28] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

[29] Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191 del 2006 e 27 aprile 2007, n. 140.

[30] Per una prospettiva assai diversa rispetto a quella offerta nel testo, ma anteriore alle importanti innovazioni introdotte dal c.p.a. (sulle quale cfr. *infra*), cfr. M. Ramajoli, *Giurisdizione e sanzioni pecuniarie* antitrust *dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 330 ss.: «Come conciliare la tutela oggettiva del mercato concorrenziale con la tute-

6. *La tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo contro le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti e la sua non minore pienezza ed effettività rispetto a quella offerta dal giudice ordinario.*

Per quanto concerne, poi, le tecniche di tutela adottate dai due diversi ordini giurisdizionali, anche a tale riguardo occorre sciogliere un equivoco, relativo ad alcune posizioni, talvolta ancora tralatiziamente assunte, le quali, ammesso e non concesso che potessero essere condivisibili, da un mero punto di vista "pratico-fattuale", a fronte di un originario (ed assai noto) atteggiamento di (eccessivo) *self-restraint* serbato dal giudice ammnistrativo nei confronti delle autorità amministrative indipendenti, oggi – tanto più a seguito della introduzione del c.p.a. – non lo sono più.

Si è ripetutamente affermato, sotto questo profilo, che, in materia sanzioni amministrative pecuniarie (comprese quelle irrogate dalle autorità amministrative indipendenti), il giudice ordinario sarebbe in grado di offrire una tutela migliore, sia in termini di pienezza che di effettività, rispetto a quella erogabile del giudice amministrativo, perché, mentre il sindacato di quest'ultimo giudice si configurerebbe (inevitabilmente) alla stregua di un mero sindacato di legittimità sull'atto, quello del giudice ordinario si configurerebbe, invece, alla stregua di un pieno sindacato di merito sul fatto. In altri termini, il giudice ordinario, a differenza del giudice amministrativo, riuscirebbe a sostituirsi in tutto e per tutto all'attività sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti, accertan-

---

la del diritto di difesa dei singoli? Una possibile soluzione potrebbe essere fornita dalla devoluzione della competenza giurisdizionale in materia di sanzioni pecuniarie *antitrust* al giudice ordinario, storicamente in grado di fornire una tutela piena ai destinatari delle sanzioni. Infatti, l'attrazione delle sanzioni pecuniarie *antitrust* nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risponde alla logica dei blocchi di materie respinta dalla Corte costituzionale, che ha ribadito con nettezza che giudice naturale dei diritti soggettivi è il giudice ordinario. Come si è già sottolineato in precedenza, tra l'ordine-diffida e l'atto di irrogazione della sanzione pecuniaria non esiste un sufficiente grado di connessione, tale da giustificare l'attrazione della cognizione dell'atto applicativo della sanzione all'interno della giurisdizione esclusiva. Anche se questa soluzione non dovesse essere accolta, dovrebbe comunque essere risollevato anche all'interno della giurisdizione esclusiva il problema della coesistenza di due logiche distinte nella disciplina antitrust, quella amministrativa e quella sanzionatoria. La scelta di concentrazione giurisdizionale in capo ad un solo giudice non deve risolversi in una diminuzione di tutela per i singoli, ossia in un abbandono delle potenzialità del giudizio di merito di cui all'art. 23 della l. n. 689 del 1981. Il giudice amministrativo, nel momento in cui viene dotato di giurisdizione esclusiva, deve essere munito degli stessi poteri cognitivi e decisori spettanti al giudice ordinario, al fine di assicurare alle imprese destinatarie delle sanzioni pecuniarie antitrust una tutela giurisdizionale non inferiore a quella prevista per i soggetti destinatari delle altre sanzioni amministrative pecuniarie. Anzi, forse proprio il mantenimento della giurisdizione esclusiva in materia di sanzioni pecuniarie antitrust anche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 può essere un fattore incentivante un diverso tipo di giurisdizione esclusiva».

do lui, direttamente, se vi sia stata o meno – ed in che termini – la commissione dell'illecito, eventualmente rideterminando la sanzione[31].

Ma ciò, in realtà, può forse essere vero, per evenienze di pura opportunità pratica, in relazione alle controversie concernenti sanzioni amministrative irrogate per illeciti "elementari" e "banali", come quelle di cui si occupa, ad esempio, il

[31] Sul punto – oltre a R. Villata, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 2010 ss., a R. Caranta, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Gur. comm.*, 2003 (2), 170 ss., ad A. Travi, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, 379 ss. e a Id., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 444 ss. – cfr., per tutti, M. Ramajoli, *Giurisdizione e sanzioni pecuniarie* antitrust *dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, cit., 330 ss., le cui considerazioni, seppure vengono specificamente riferite al sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni pecuniarie dell'Agcm, assumono portata più generale, riferibile, *mutatis mutandis*, anche alle sanzioni amministrative pecuniarie delle altre autorità amministrative indipendenti in relazione alle quali è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: «La posizione espressa dal giudice amministrativo di *self-restraint* della portata del proprio sindacato ha alla base l'esigenza oggettiva di salvaguardia del mercato, che comporta l'applicazione di regole calibrate sulla tutela dell'interesse pubblico […]. Tuttavia, la legittima esigenza di salvaguardia del mercato in senso oggettivo non può arrivare al punto di sacrificare le posizioni giuridiche dei singoli in maniera non ragionevole. A tutela del diritto di difesa del singolo, la disciplina generale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie consente al giudice, attraverso il meccanismo dell'opposizione all'ordinanza-ingiunzione, di rivisitare la vicenda controversa in tutti i suoi aspetti (artt. 23 ss. della l. n. 689 del 1981). Si ha così non solo un completo accesso diretto ai fatti, ma anche una verifica dell'apprezzamento, di natura tecnica, dei fatti medesimi, allo scopo di determinare e di commisurare la sanzione. Si suole affermare che l'opposizione all'ordinanza non costituisce un'impugnazione dell'atto amministrativo e quindi un giudizio sulla legittimità dell'ordinanza medesima, bensì un giudizio volto a verificare la fondatezza di merito della pretesa creditoria fatta valere dall'amministrazione. Nel campo antitrust la giurisprudenza riconosce in capo al giudice amministrativo un potere di modifica della entità della sanzione applicata dall'Autorità, ammettendo con riferimento alla fase di applicazione delle sanzioni pecuniarie "un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità". Ciò nondimeno, questo parziale e limitato riconoscimento di una giurisdizione piena non consente di garantire un'adeguata tutela ai singoli. 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. Dato questo quadro, la tutela giurisdizionale offerta ai soggetti destinatari delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità risulta diversa da quella esistente per i soggetti destinatari delle sanzioni pecuniarie applicate dalle altre autorità amministrative, sottoposte ad un sindacato pieno da parte del giudice ordinario».

giudice di pace. Peraltro, come è stato rilevato in dottrina, basta dare una scorsa alle sentenze delle corti d'appello che si sono occupate delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob per accorgersi che, in questi altri casi, non appena il "fatto" da accertare si faccia un minimo "complesso", e non appena intervenga un così detto "concetto giuridico indeterminato", anche il sindacato del giudice ordinario si trasforma – nella sostanza (e nonostante affermazioni di principio in senso contrario, ma appunto solo di principio) – in un sindacato di legittimità sul potere esercitato, con scarso ricorso, tra l'altro, alla consulenza tecnica d'ufficio (i cui esiti, comunque, vengono utilizzati non per sostituire *tout-court* la valutazione del fatto operata dal giudice a quella operata dall'amministrazione, ma per verificare se quest'ultima valutazione risulti in concreto attendibile, coerente, proporzionata, ecc.)[32].

Ed, in effetti, ciò non potrebbe essere diversamente, perché del potere di irrogare le sanzioni amministrative sono titolari, in base alle previsioni di legge, le autorità amministrative indipendenti, e non le corti d'appello. Certo, si potrebbe anche immaginare un altro sistema, nel quale, sul modello di taluni Paesi anglosassoni, le autorità amministrative indipendenti siano titolari di un mero potere di azione giudiziaria, e sia poi il giudice il titolare del potere di infliggere la sanzione[33]. Ma si tratta, per l'appunto, di un sistema totalmente diverso rispetto al nostro (e alla maggior parte dei sistemi europei a diritto amministrativo).

Per altro verso, dovrebbe risultare ormai acquisito che – tanto più a seguito del c.p.a. – quella del giudice amministrativo, ed in particolare quella in materia di sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti, è davvero una giurisdizione piena[34], perché tale giudice è comunque in grado, anche sotto il profilo probatorio, di effettuare un pieno accesso al fatto (ma, in realtà, non vi è alcuna preclusione affinché ciò avvenga anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità: non può compiere, forse – oggi – il giudice amministrativo, un pieno e diretto accesso al fatto nei casi in cui il provvedimento è impugnato per eccesso di potere derivante da travisamento dei fatti o da difetto dei presupposti?). Quella in materia di sanzioni amministrative, peraltro, è anche una giurisdizione di merito: quindi, il giudice amministrativo può anche rideterminare la

---

[32] Cfr., sul punto, M. Clarich ed A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, 1166 ss.

[33] Cfr., al riguardo, G(uido) Rossi, *Governo, Magistratura, Autorità garante: tre diverse filosofie dell'Antitrust*, in *Riv. soc.*, 2000, 1081 ss.

[34] Già teorizzata, con riferimento alla giurisdizione esclusiva, ben prima del c.p.a., da A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, *passim*; Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, *passim*.

sanzione se – proprio alla luce del fatto, e dei conseguenti apprezzamenti e valutazioni dello stesso – la ritenga non congrua, non proporzionata, non equa, ecc.

Ciò che il giudice amministrativo non può fare – ma, in forza del principio di divisione dei poteri, non può fare neanche il giudice ordinario – è esercitare egli stesso il potere sanzionatorio[35].

Come è ormai stato chiarito dalla giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato[36], supportata dalla più attenta dottrina amministrativistica[37], «i provvedimenti dell'Autorità antitrust sono impugnabili davanti al giudice amministrativo, il quale, a differenza del giudice penale o di quanto avviene in sistemi antitrust adottati da altri Stati, non deve assumere una decisione, verificando le tesi dell'accusa e della difesa, ma deve verificare la correttezza della decisione assunta dall'Autorità. [I]n tale verifica il giudice amministrativo non incontra alcun limite, potendo sindacare senza alcun limite tutte le valutazione tecniche compiute dall'Autorità. Infatti, con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione […]. Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame […]. In particolare, […] la Sezione ha inteso abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, "sindacato forte o debole", per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, 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 in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazio-

[35] A meno che, naturalmente, non si intenda condividere l'affermazione di B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss., il quale, con riferimento al potere esecutivo-amministrativo, afferma: «Ma la tripartizione dei poteri può giocare brutti scherzi, soprattutto quando non esiste. *E nel nostro ordinamento, come è noto, non esiste*, almeno per quanto riguarda il potere in esame» (corsivi aggiunti). La giurisprudenza della Corte costituzionale, tuttavia, sembra di segno contrario: cfr., di recente, ad esempio, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 (relativa al così detto "caso Ilva"). Anche l'attuale Presidente del Consiglio di Stato, nel discorso pronunciato in occasione della "Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2014" (reperibile in *www.giustizia-amministrativa.it*), ribadisce il «necessario rispetto del principio di separazione dei poteri».

[36] Cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864.

[37] A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 278 ss.

ne – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato. Tale ultimo orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità. Deve, quindi, escludersi che la difesa in giudizio delle imprese possa essere limitata dal tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo, trattandosi di un sindacato che può dunque essere definito "forte, pieno ed effettivo"»[38].

Appare assai significativo, del resto, che questo complessivo modello (sia sostanziale che) processuale sia stato ritenuto del tutto conforme ai principi di cui all'art. 6 CEDU[39] da parte della nota sentenza Menarini della Corte europea[40].

Questa sentenza, che si è pronunciata in riferimento all'impugnazione, davanti al giudice amministrativo italiano, di una sanzione irrogata dall'Agcm, rilevando, in primo luogo, che «[l]a conformità con l'articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una "pena" sia inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena», e precisando, poi, che gli organi italiani di giustizia amministrativa (Tar e Consiglio di Stato) «soddisfano i requisiti d'indipendenza e d'imparzialità del "giudice" di cui all'articolo 6 della Convenzione», ha affermato principi tanto significativi quanto condivisibili: «La Corte rileva che, nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno affrontato le varie questioni di fatto e di diritto della società ricorrente. Hanno poi esaminato gli elementi di prova raccolti dall'Agcm. Inoltre, il Consiglio di Stato ha ricordato che, quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, anche se il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, può tuttavia controllare se l'amministrazione ha fatto un uso appropriato dei suoi poteri. Pertanto, la Corte rileva che la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità. I giudici amministrativi hanno potuto verificare se,

---

[38] Per una recente analisi delle tecniche di sindacato del giudice amministrativo sulle sanzione delle autorità amministrative indipendenti, che perviene a risultati non dissimili da quelli proposti nel testo, cfr. R. Garofoli, *Autorità amministrative indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, testo scritto della Relazione tenuta al Convegno "*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*", tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[39] Sul quale, in relazione ai suoi riflessi sui procedimenti e sui processi nazionali, cfr., per tutti, seppur con un approccio di fondo diverso da quello seguito nel testo, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*.

[40] CEDU, 27 settembre 2011, caso n. 43509/08.

in relazione alle particolari circostanze del caso, l'Agcm aveva fatto un uso appropriato dei suoi poteri. Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura dell'Agcm e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico. Inoltre, il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione nella misura in cui il Tar e il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla […]. In particolare, il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo "esterno" sulla coerenza logica della motivazione dell'Agcm, ha eseguito un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa. La decisione dell'Agcm è stata sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nessuna violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione può essere rilevata nel caso di specie».

Alla luce di tutto ciò, davvero non riesce logicamente a comprendersi perché mai – allo stato attuale – il sindacato del giudice ordinario sul potere amministrativo sanzionatorio dovrebbe ritenersi "migliore", in termini di pienezza e di effettività della tutela, rispetto a quello del giudice amministrativo[41].

7. *Conclusioni.*

Dalle considerazioni svolte sembra emergere che, in realtà, le notevoli criticità relative alla specifica tematica esaminata in questo contributo altro non rappresentano, in buona sostanza, che un particolare, seppur significativo, aspetto del ben più generale – ed assai grave – "vizio di origine" che ancora oggi caratterizza il nostro intero sistema di giustizia amministrativa, consistente, fondamentalmente, in ciò: nell'aver voluto realizzare, con l'istituzione del giudice amministrativo, un sistema dualistico di giurisdizione, ma senza avere eliminato il previgente sistema monistico instaurato dalla «*improvvida esperienza del 1865*»[42], la quale, come è ormai noto, rappresenta – in sé – la negazione in termini dello stesso sistema dualistico. Cosicché, ancora oggi, come dimostrano le vicende illustrate nei paragrafi precedenti, si hanno due diversi plessi giurisdizionali che, anche sulla scorta degli ambigui principi costituzionali in tema di riparto di giurisdizio-

[41] La problematica affrontata nel testo, peraltro, rappresenta una di quelle più "sensibili" rispetto alla antica questione – divenuta di nuova attualità, proprio in questi ultimi tempi, anche presso una parte della classe politica italiana – del mai sopito "mito" della giurisdizione unica, che comunque non rinviene riscontro nella Costituzione. Sul punto cfr., per tutti, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, *passim*.

[42] L'espressione è di M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.

ne, sembrerebbero abilitati – entrambi – ad occuparsi delle medesime controversie di diritto pubblico[43].

[43] Questo stesso problema si ripropone in moltissimi altri casi: si pensi, ad esempio, alle controversie concernenti i provvedimenti vincolati o a quelle concernenti i diritti così detti "indegradabili", ecc. Da ultimo, merita richiamare, per l'attinenza al tema, alcune – assai discutibili – argomentazioni contenute in Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, ove, al fine di confermare il noto – ed anch'esso assai discutibile – criterio di riparto della giurisdizione elaborato dalla giurisprudenza della Cassazione con riferimento alle controversie (anch'esse di diritto pubblico) concernenti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche, si afferma, tra l'altro, quanto segue: «L'esclusione della sussistenza di una giurisdizione esclusiva consente di superare anche l'argomento fondato sull'art. 7 cod. proc. amm., laddove tale disposizione richiama, attraverso la formula "*atti* […] *riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere amministrativo*" le espressioni contenute nelle note sentenze della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191. Nella citata giurisprudenza costituzionale, invero, il riferimento alla riconducibilità della controversia, anche in via mediata o indiretta, all'esercizio del potere viene utilizzato non come criterio generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma come criterio legittimante, sotto il profilo della compatibilità con il vincolo costituzionale delle "*particolari materie*" di cui all'art. 103 Cost., la stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In altri termini, dalla richiamata giurisprudenza costituzionale non può ricavarsi che ogni controversia comunque riconducibile, sia pure in via indiretta o mediata, all'esercizio del potere pubblico possa essere ricondotta alla giurisdizione amministrativa di legittimità, involgendo, per ciò solo, posizioni di interesse legittimo. La Corte costituzionale, al contrario, ha individuato nella riconducibilità all'esercizio, pure se in via indiretta o mediata, del potere pubblico, il criterio che legittima la scelta legislativa di introdurre una ipotesi di giurisdizione esclusiva, escludendo, per converso, tale possibilità ove detto collegamento sia assente. Ne deriva che il criterio della riconducibilità all'esercizio del potere opera all'interno della giurisdizione esclusiva, come condizione in assenza della quale la controversia avente ad oggetto diritti soggettivi, nonostante l'afferenza degli stessi alla materia oggetto della giurisdizione esclusiva, deve comunque essere devoluta al giudice ordinario. L'art. 7 cod. proc. amm. che tale espressione ha recepito deve, quindi, essere interpretato nel senso che, ferma la vigenza del generale criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi, nelle materie di giurisdizione esclusiva è comunque necessario che il diritto soggettivo sia stato leso da atti, accordi o comportamenti riconducibili, sia pure in via diretta o mediata, all'esercizio del potere. […] A favore della tesi secondo cui il codice del processo amministrativo non abbia inteso, né direttamente, né indirettamente, innovare il criterio di riparto della giurisdizione previgente (quale desumibile dal "diritto vivente" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) deve ancora richiamarsi quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 27 giugno 2012, n. 162, che ha dichiarato incostituzionali, per eccesso di delega, gli articoli 133, comma 1, lett. *l*); 134., comma 1, lett. *c*) e 135, comma 1, lett. *c*) del codice del processo amministrativo, nella parte in cui attribuiscono al giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, con competenza funzionale del Tar Lazio, le controversie in materia di sanzioni amministrative applicate dalla Consob. La Corte costituzionale ha ravvisato la violazione dell'art. 76 Cost. nella circostanza che il legislatore delegato, disattendendo l'obbligo previsto dalla legge delega (art. 44 legge n. 69 del 2009) di "tenere conto della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori", ha attribuito le sanzioni irrogate dalla Consob alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, discostandosi dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione formatasi sul tema (che, invece, avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto previsto dalla legge delega). È evidente, quindi, che, anche alla luce dei principi affermati nella sentenza costituzionale n. 162 del 2012, deve escludersi una interpretazione delle norme

Al riguardo, la dottrina ha parlato di un «*tragico errore*, che ancor ci perseguita, commesso dai nostri padri risorgimentali al momento del varo delle leggi di unificazione nazionale»: «Abolito il contenzioso amministrativo esistente nel Regno di Sardegna e negli altri Stati confluiti nel Regno d'Italia, anziché riordinare il contenzioso amministrativo in funzione dei nuovi diritti dei cittadini, attribuirono al giudice ordinario la tutela dei diritti civili e politici dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione […]. Ma i fatti hanno la testa dura ed è noto quali risultati diede l'abolizione del contenzioso amministrativo. Ma ancor più tragica fu la pretesa correzione dell'errore. Anziché riconoscere che bisognava creare un giudice (comunque organizzato e dovunque costituzionalmente collocato) del diritto amministrativo e precisare che *il giudice ordinario era soltanto il giudice del tuo e del mio*, riprendendo le meditazioni romagnosiane, si provvide a correggere l'errore con un altro errore. Non si riconobbe di avere sbagliato. Si mantenne in vita la legge abolitiva del contenzioso con tutte le sue ambiguità e si aggiunse un altro giudice, sul modello del vecchio contenzioso amministrativo, su quel che il giudice ordinario non poteva fare, annullare un atto amministrativo. Non dunque un giudice dell'intero diritto amministrativo, ma solo un giudice di impugnazione degli atti amministrativi»[44].

In verità, sin quando non si porrà un serio rimedio a questo «tragico errore», nonché – soprattutto – a questa «ancor più tragica correzione dell'errore», individuando nel giudice amministrativo il solo ed unico giudice naturale delle controversie di diritto pubblico, il sistema di giustizia amministrativa in generale, e non solo quello relativo alle sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipen-

---

del codice del processo amministrativo volta a riconoscere al giudice amministrativo spazi di giurisdizione innovativi rispetto a quelli già ad esso attribuiti in base all'assetto normativo previgente come risultante dall'interpretazione univocamente fornitane dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione».

Non è certo questa la sede per soffermarsi su queste posizioni, invero non molto "audaci", assunte dall'Adunanza plenaria, se non per rilevare, assai fugacemente, che – ferme restando tutte le critiche mosse nel testo alla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2012 – l'impianto di fondo fatto proprio dal Massimo Consesso di giustizia amministrativa sembra affetto da un grave equivoco: nei suoi fondamentali passaggi, infatti, la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 ha affermato che le materie in relazione alle quali è costituzionalmente ammissibile (e in qualche modo doverosa) la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «devono essere *particolari* rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità», nel senso che «devono *partecipare della loro medesima natura*, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione *agisce come autorità* nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo»; deve trattarsi, cioè – e qui sta il punto –, di «materie (in tal senso particolari) che, *in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*».

[44] Le parole riportate nel testo, con corsivi aggiunti, sono di F. Merusi, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1222 ss.

denti, sarà condannato a tutte le ambiguità, a tutti gli equivoci e a tutte le incoerenze che ancora oggi lo caratterizzano.

Bibliografia

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*;

Bachelet V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966;

Bani E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Torino, 2000, 192 ss.;

Benvenuti F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 599 ss.;

Cannada Bartoli E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964;

Caranta R., *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Gur. comm.*, 2003 (2), 170 ss.;

Casetta E., *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, par. 9.;

Cerrato A., *La "reviviscenza" della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob*, in *Giur. it.*, 2013, 1348 ss.;

Cerulli Irelli V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979;

Clarich M. - Pisaneschi A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, 1166 ss.;

Fratini M. - Gasparri G. - Giallongo A., *La giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di Fratini M., Padova, 2011, 463 ss.;

Garofoli R., *Autorità amministrative indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, testo scritto della Relazione tenuta al Convegno "*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*", tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

Giannini M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, 294 ss.;

Giannini M.S. - A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 293 ss.;

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.;

Grüner G., *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012;

Lazzara P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, 219 ss.;

Longobardi N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009;

Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.;

Mazzamuto M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.;

Mazzamuto M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008;

Menchini S., *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 291 ss.;

Merusi F., *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1222 ss.;

Merusi F., *Giustizia amministrativa ed Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2003, 181 ss.;

Napolitano G., *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 677 ss.;

Negri M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, 177 ss.;

Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983;

Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.;

Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005;

Pajno A., *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 646 ss.;

Paliero C.E. - Travi A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.;

Police A. e Daidone A., *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, 684 ss.;

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000;

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001;

Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 278 ss.;

Ramajoli M., *Giurisdizione e sanzioni pecuniarie* antitrust *dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 330 ss.;

Romano A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975;

Rossi G(uido), *Governo, Magistratura, Autorità garante: tre diverse filosofie dell'Antitrust*, in *Riv. soc.*, 2000, 1081 ss.;

Scarselli G., *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000, 269 ss.;

Scoca F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 2005, 1 ss.;

Scoca F.G., *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990;

Scognamiglio A., *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 254 ss.;

Titomanlio R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 474 ss.;
Travi A., *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico sulle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, 379 ss.;
Travi A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 114 ss.;
Troise Mangoni W., *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, *passim*;
Verde G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.;
Villata R., *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 388 ss.;
Villata R., *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 2010 ss.

XXIV. Administrative and Criminal Sanctions in the Cartel Context*

Rebecca Williams e Alison Jones

Summary: 1. Administrative and criminal sanctions in competition law: Administrative sanctions; Criminal Sanctions. – 2. Blurring of the distinction between criminal and administrative sanctions: The expansion of the use of criminal law; The downgrading or side-lining of criminal law. – 3. Is there anything different about criminal law?: A philosophical account of the criminal/civil distinction; The view that criminal law is simply another form of "preference-shaping disincentive". – 4. Cartels and the blurring of the criminal-civil distinction: The "bootstraps" problem; Reform (and the retention of the bootstraps problem). – 5. Conclusion – the new offence may be no improvement on the old: a) Alternative solutions; b) Would corporate criminal liability have been preferable?; c) Would individual civil liability have been preferable?. – 6. Sanction insufficiency is not the only problem: decreasing enforcement insufficiency by increasing the probability of sanctions.

This paper concerns one particular context in which administrative sanctions are imposed: that of competition law's response to cartel behaviour. The paper argues that administrative sanctions ought to be kept separate from criminal law, and that a failure to maintain this distinction in the competition sphere has had a detrimental effect, not only on the credibility and effectiveness of anti-cartel enforcement, but also potentially on the criminal law more generally. It concludes that both private actions and administrative sanctions are preferable to criminal enforcement in this context, and that administrative sanctions can be rendered more effective without the use of criminal law.

1. *Administrative and criminal sanctions in competition law.*

A combination of civil[1] and criminal law is currently used in the UK to prohibit cartels.

---

* A longer version of this paper will appear in the *Journal of Antitrust Enforcement* early in 2014.

[1] For clarity it should be noted that the term 'civil' is used here in contrast to criminal law and refers to everything which does not fall into the definition of criminal law. However, it is also possible to distinguish between administrative sanctions (which are civil as opposed to criminal but are imposed by regulatory agencies through their own procedures) and civil suits which are brought in the ordinary courts.

Administrative Sanctions.

'Undertakings' which violate Article 101 of the Treaty on the Foundations of the European Union and/or Chapter I of the Competition Act 1998 (CA98) can be the subject of administrative proceedings. Section 2 of CA98 contains what is known as the 'Chapter I prohibition', which states, in line with Art 101, that Subject to Section 3, agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which –

a) may affect trade within the UK, and
b) have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the UK,

Are prohibited unless they are in accordance with the provisions of this Part.

Section 3 provides for various agreements to be excluded from the Chapter I prohibition, and section 9(1) provides for various exemption criteria which will operate as a legal exception to the Chapter I prohibition. The CA also gives to the Office of Fair Trading (the OFT) and sectoral regulators substantial powers of investigation and enforcement, resembling those of the Commission at EU level, in order to enforce Art 101 and the Chapter I prohibition.

Criminal Sanctions.

Even though an undertaking's breach of the TFEU prohibitions can result in the imposition of extremely large, punitive fines, there is now widespread concern that corporate[2] fines alone may be insufficient to deter cartel behaviour.[3] This anxiety, combined with the perceived success of the US criminal

[2] These prohibitions are directed at 'undertakings' and do not appear to provide sanctions for 'individuals' who are not themselves undertakings, but who are employees or directors working within the undertaking and who may have been responsible for the conclusion of the anticompetitive arrangements. Get at through undertaking concept? If can go from subsidiary to parent – possible to go from legal entity to natural person within it?

[3] It seems likely that 'optimal' corporate fines would need to be impossibly high to ensure deterrence and may not provide sufficient incentive for compliance to responsible individuals within the firm, see e.g., W. Wils, 'Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?' (2005) 28 *World Competition* 117. OECD Cartels, 2002, 96-8, J. Connor, 'Optimal Deterrence and Private International Cartels' Purdue Working Paper, 2006, E. Combe and C. Monnier, 'Fines against hard core cartels in Europe: The myth of over enforcement' [2011] *Ant Bull* 235 (finding that EU fines regularly fall below the minimum illegal profit realised by the cartel and consequently are too low to confiscate the illegal gain and deter cartel formation).

programme,[4] has led many jurisdictions – principally in the last 20 years – to introduce, or to consider introducing, criminal regimes for cartel behaviour, or certain forms of it (such as bid rigging).[5]

In the UK, for example, the Government concluded that, in addition to the ability to impose corporate fines, there was a strong case for providing for criminal sanctions against individuals involved in cartel activity:[6] custodial sentences for individuals would 'focus the mind of potential cartelists',[7] would be more likely to deter cartels and would be fairer than corporate fines (which may also have the effect of penalising innocent shareholders, employees and creditors). A combination of civil and criminal laws is, therefore, now relied upon to prohibit cartels: in 2003 the Enterprise Act 2002 (EA02) introduced a criminal cartel offence applicable to individuals who dishonestly[8] engage in cartel agreements.[9] As

[4] There seems little doubt that the tendency of the EU Member States to criminalize antitrust enforcement is 'inspired by US antitrust enforcement', see e.g., W. Wils, ibid. In the US, violation of the Sherman Act is a felony and for some time both Republican and Democratic administrations have aggressively pursued corporations and individuals involved in cartel activity in criminal proceedings. See further D.I. Baker, 'Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model?' in C Beaton-Wells and A. Ezrachi (eds) *Criminalising Cartels*: *Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011). As contrasted with the English system, the Sherman Act of 1890 was a specific reaction to populist outrage, see W.L. Letwin, 'Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890' (1956) 23 *University of Chicago Law Review* 221 at 235.

[5] ibid.

[6] Department of Trade and Industry (DTI) White Paper *A World Class Competition Regime*, (CM 5233). See also Joint Treasury/DTI Report 'The UK's Competition Regime'.

[7] Joint Treasury/DTI Report 'The UK's Competition Regime' 2001 and OFT365, 'Proposed criminalisation of cartels in the UK' A report prepared for the OFT by Sir Anthony Hammond KCB QC and Roy Penrose OBE QPM (November 2001), 1.4..

[8] The EA02 Part 6 cartel offence provides for the imprisonment for up to five years of, or imposition of unlimited fines upon, individuals who dishonestly agree with one or more other persons that two or more undertakings, operating at the same level of supply or production, would engage in specified cartel arrangements (price fixing, market sharing, limitation of production or supply or bid rigging). A key part of the offence, as originally drafted, is therefore the condition that the individual should have acted 'dishonestly', *R v Ghosh* [1982] QB 1053 – i.e. that they acted dishonestly (i) according to the standards of reasonable and honest people, the individual's behaviour was dishonest; and (ii) the individual knew that he was acting dishonestly by those standards. It was considered that this would be better than linking the offence to the civil offence and affording the defence a direct opportunity to argue that the activity in question was one which would have attracted exemption, e.g., because it might produce economic benefits, ibid 2.6

[9] EA02, Part 6 (which came into effect on 20 June 2003). It was adopted following consultation on the DTI's White Paper, *Productivity and enterprise – a world class competition regime* (July 2001). The EA also amended the Company Directors Disqualification Act of 1986, so as to allow disqualification orders against a director of a company that has committed a breach of the competition rules and whose conduct makes him unfit to be concerned in the management of a company, EA, s 204. In order to facilitate enforcement and to increase the deterrent effect of the offence, the Office of Fair Trading (the OFT) was given broad powers of investigation and the power to

recommended,[10] the criminal offence was created entirely separately from the administrative one and, to maintain consistency with EU procedures,[11] was made applicable only to individuals not to 'undertakings'. However, this offence was not a resounding success and thus the Government has now enacted the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (to come into force in 2014), amending the EA02 offence. This paper will consider the reasons why the initial offence was unsuccessful and examine whether the proposed reforms are likely to be an improvement in this respect.

2. *Blurring of the distinction between criminal and administrative sanctions.*

It is clear that the individual cartel offence was simply introduced as a more stringent form of enforcement which was to be layered on top of the existing administrative sanctions. On this view, criminal law is just another 'preference shaping system of disincentives',[12] more severe than administrative sanctions but along the same spectrum, rather than being a system which is in any way qualitatively different from that of administrative sanctions.

This is in line with a number of developments in recent years which have tended to break down the line between criminal and civil law in the regulatory context. This has happened from two perspectives.

The expansion of the use of criminal law.

First, the UK Government become willing to introduce criminal offences solely on the grounds that they will promote and encourage compliance with a regulatory objective and/or public interest goal.[13] The sense is that a variety of

---

grant 'no action' letters to individuals in relation to a particular infringement. The threat presented by the cartel offence was also strengthened by a specific provision providing it to be extraditable.

[10] OFT365, 'Proposed criminalisation of cartels in the UK' A report prepared for the OFT by Sir Anthony Hammond KCB QC and Roy Penrose OBE QPM (November 2001).

[11] It was therefore recommended that criminal proceedings should generally precede civil proceedings where possible in order to prevent publicity given to civil proceedings, prejudicing individuals subject to related criminal proceedings receiving a fair trial, ibid, para 1.20.

[12] P. Robinson, 'The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert', (1996) 76 *Boston University Law Review* 201 at 210. See also R. Bowles, M. Faure and N. Garoupa, 'The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications', (2008) 35 *Journal of Law and Society* 389 at 391-2.

[13] See generally Law Commission Consultation Paper No 195, 'Criminal Liability in Regulatory Contexts', which looks at a number of issues including the question of when a criminal

different enforcement tools – criminal, civil and/or administrative – and sanctions can be utilized to support and achieve a regulatory strategy, and that the choice between them is simply a question of effectiveness and efficiency in a given case. More broadly, Ashworth and Zedner note that over 3000 new offences were created under the Labour government first elected in 1997, but many of these offences do not conform to the historical paradigm of criminal law.[14] Thus although in some ways the criminal law is increasing in severity,[15] it is also being used more broadly, in contexts which would not previously have been considered criminal, and which are not easily distinguishable from civil sanctions.

The downgrading or side-lining of criminal law.

Conversely, however, not only does the blurring of the criminal/civil line arise from an *increased* use of criminal law, it also arises from its *decreased* use. Thus although these new, extended offences exist, in the regulatory context there is a tendency to rely where possible on administrative regimes with administrative sanctions which are easier to enforce[16] and to use criminal laws only as a last resort or for particularly severe infringements. This means that administrative proceedings thus frequently take place where criminal sanctions also exist. Indeed, although imprisonment remains exclusive to the criminal sphere, many of the other sanctions (for example, fines, public censure, and/or compensatory or

offence is needed to promote regulatory objectives and public interest goals and, when it is, what form it should take.

[14] A. Ashworth and L. Zedner, 'Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions' (2008) 2 *Criminal Law and Philosophy* 21 at 22.

[15] Ashworth and Zedner note that the prison population is now at its highest ever level, just over 80,000, ibid at 38.

[16] See R. Macrory, Regulatory Justice: Making Sanctions Effective (Better Regulation Executive)(Final Report, November 2006), The Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 (RESA) (Prior to this Act the standard design of regulatory regimes in the UK was for there to be legally defined requirements with criminal sanctions imposed for their breach), see J. Black in Law Commission Report 'Criminal Liability in Regulatory Contexts', above n 19, Appendix A; R. White, 'Civil Penalties: Oxymoron, Chimera and Stealth Sanction' [2010] LQR 593 and e.g. the area of market abuse. Although both insider dealing and market manipulation were made criminal offences in the 1980s (by the Companies Act 1980, part V (but see now the Criminal Justice Act 1993, Pt V) and the Financial Services Act 1986 respectively) both were brought within the market abuse regime by the Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000), Pt 8. The latter rules were introduced to combat market abuse and to deal with the limitations of using purely criminal sanctions to control insider dealing and market manipulation. The regulatory offences are not co-terminous with the criminal offences, however, and in particular do not contain a mens rea requirement, see Palmer, Chap 11.

restorative sanctions) that may be imposed in an administrative process are severe and may be indistinguishable from, or even exceed, those that might result following criminal proceedings.[17] As Black notes, this has occurred in particular as a result of the passing of the Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 (RESA)[18] which introduced a new, wider range of sanctions for regulators such as fixed monetary penalties, stop notices, enforcement undertakings, as well as various discretionary requirements including compliance or restoration notices.

In addition, Ashworth and Zedner identify two trends applicable to criminal law, which they call diversion and downgrading.[19] Thus defendants are diverted out of prosecution via systems such as the caution and fixed penalty notices.[20] There is also far greater use of hybrid criminal and civil processes, such as orders made in civil proceedings, breach of which will constitute a criminal offence.[21] A great deal of business has been transferred from the more serious Crown Court (with a jury) to the magistrate's courts; more offences have become offences of strict liability (where it is not necessary for the prosecution to prove mens rea); there are more incentives to plead guilty and there is a greater use of preventive orders such as disqualifications (from driving, or contact with children) or restrictions (on traveling for example).[22]

This combination of extending criminal law to contexts which might not traditionally have been thought of as criminal, while simultaneously undermining, downgrading and side-lining it in practice has thus blurred the line between criminal and non-criminal proceedings. The existence of administrative sanctions per se need not have had this effect,[23] rather the blurring has arisen because the appropriate legal process is regarded as simply a matter of regulatory choice. On this view there is nothing inherently 'special or different' about the criminal law;

---

[17] For example, administrative sanctions for market abuse include public censure ('a statement to the effect that [a person] has engaged in market abuse'), a penalty and restitution of any profits made and/or payment of compensation for loss or other adverse effect suffered to persons 'to whom the profits are attributable' or (as the case may be) 'who [have]suffered the loss or adverse effect'. See also J. Black in Law Com CP 195 'Criminal Liability in Regulatory Contexts', above n 19, Appendix A.

[18] Law Com CP No 195, above n 19, Appendix A at A.10.

[19] Ibid.

[20] Payable without any court appearance.

[21] Probably the most famous example of this is the ASBO (Anti-Social Behaviour Order) which must last for 2 years and may prohibit the defendant from doing anything that might expose people to further anti-social acts. Above n 20 at 29.

[22] See further Ashworth and Zedner, ibid at 24-38.

[23] It will be argued below that the existence of such sanctions does not automatically entail a blurring of the line between criminal and civil law, but if that line is to remain it must be clear that there is a distinction between the two and that this is based on the criminal law's moral signalling function.

it is simply what the law says it is, and penal sanctions can equally be imposed within an administrative regime. Conversely, where criminal law is used, this is not because there is anything inherently different about the activity, but simply because it is regarded as necessary to use the 'last resort' of criminal law for the purposes of effective regulation.

The European Convention on Human Rights.

Nor have these developments met with particular resistance from a human rights' perspective. Thus the European Court of Human rights (ECtHR) has held that criminal charges can be imposed in the context of administrative proceedings which do not follow all of the rules ordinarily associated with a criminal trial. Thus recent case-law of the ECtHR[24] suggests that as competition law proceedings are not 'core' criminal, but minor offences (such as traffic offences, tax surcharges), the right to a fair trial under Article 6 ECHR may be satisfied where an administrative body adopts initial infringement decisions following its own investigation of the case,[25] so long as an independent and impartial tribunal is able to review and, if necessary, annul that decision.[26]

3. *Is there anything different about criminal law?*

The question, of course, is whether this is problematic. After all, if in fact there is nothing distinctive about criminal law, then there is no harm in blurring the distinction between criminal and administrative sanctions.

---

[24] *A Menarini Diagnostics SRL v Italy, 43509/08*, ECtHR, 21 September 2011

[25] In the EU system of competition enforcement, there is no division between those who investigate, prepare the statement of objections setting out the 'charges' the undertakings under investigation must answer, draft the decision and propose the fine. The process does not provide for any hearing before an independent decision-maker on matters of substance. Further, the final decisions are actually taken by the College of Commissioners, a body of political appointees which have not been involved in the hearing or heard any of the evidence adduced.

[26] *Jusilla v Finland* (2007) 45 EHHR 39. See, in particular, eg, I. Forrester, 'Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures' (2009) ELRev 817 D. Slater, S. Thomas, D. Waelbroeck, 'Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?' (2009) *European Competition Journal* 97, and W.P.J. Wils, 'The increased level of EU antitrust fines, judicial review, and the European Convention on Human Rights' (2010) 33(1) *World Competition* 5.

A philosophical account of the criminal/civil distinction.

On the one hand, adopting a philosophical approach, Lamond has argued that there is a distinction, and that crimes are the sorts of serious wrongs that merit state punishment of the wrongdoer.[27] Only 'wrongs that manifest an unwillingness to be guided by the value violated' merit punishment, and the expressive power of *state* punishment specifically means that only *grave* wrongs can be criminalised. Indeed, Lamond argues that 'part of the value of criminal law lies in its constituting the most serious form of censure and condemnation open to a community – in singling out certain conduct for this treatment'.[28]

The view that criminal law is simply another form of 'preference-shaping disincentive'.

Conversely, as noted above, especially in the regulatory sphere, there are those who argue that there is no such essential distinction between the two spheres, and thus rather than look for it we should instead ask 'what makes particular combinations of choices more or less appropriate for dealing with particular kinds of offences in a particular society'?[29] From this perspective, civil law and criminal law 'are simply two regions on the law's continuum of deterrent threats',[30] and the 'decision about whether an activity should constitute a criminal offence will thus be based on a comparison between alternative methods of controlling the activity and is not, in general, intrinsic to the activity'.[31]

---

[27] G. Lamond, 'What is a crime?' (2007) 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 609 at 631.

[28] Ibid at 612.

[29] D. Friedman, 'Beyond the Tort/Crime Distinction' (1996) 76 *Buffalo University Law Review*103 at 110.

[30] Robinson, above n 18 at 205, citing S. Shavell, 'Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent' (1985) 85 *Columbia Law Review* 1232 at 1235 and, of course, famously R. Posner, 'An Economic Theory of the Criminal Law' (1985) Columbia Law Review 1193. See also J. Coffee, 'Does "Unlawful" mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law', (1991) 71 *Boston University Law Review* 193 at 222 arguing that from this 'perspective, both tort and criminal law are simply means of controlling externalities'.

[31] R. Bowles, M. Faure and N. Garoupa, 'The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications', (2008) 35 *Journal of Law and Society* 389 at 415.

This approach,[32] rather than beginning with a distinction between criminal and civil law, would begin with Cooter's well-known distinction between prices on the one hand and sanctions on the other.[33] Prices are extracted for doing what is permitted, whereas sanctions are detriments imposed for doing what is forbidden.[34] Which of these approaches should be chosen is then dependent on what lawmakers can most easily determine; the external cost of the relevant activity or the socially optimal level of the activity.[35] In other words, if we know the external costs of an activity but not how much of that activity we want to take place, the solution is to use prices to force those involved in the activity to internalise the costs of doing so. They will then be able to determine whether or not the benefit to be derived from the activity outweigh the now-internalised costs of doing so. Conversely, if we know how much of an activity we want to take place, but it is harder to work out what the costs of the activity are, it is preferable to establish the relevant level of activity by promulgating a legal standard which is then backed up by sanctions set at a sufficient level to deter deviation from that standard.

Once we have thus determined that sanctions are thus, in some circumstances, necessary, the next question is how they can be made effective. Where there is a low probability of detection the sanction will need to be correspondingly increased to retain the necessary degree of deterrence.[36] To some extent this can be done through private law by allowing for punitive damages, but as Coffee points out, this can generate perverse incentives for the bringing of claims.[37] In addition, where the harm is diffuse, or defendants likely to be judgment proof, private enforcement may simply not work at all, since there may be no victim in

[32] Of course, such an approach is traditionally described as an economic, or 'law and economics' approach, See, e.g. Bowles, Faure and Garoupa, ibid, Robinson, above n 18 at 205 and Coffee, above n 36. However, as will become apparent in what follows, it should not be assumed that the results of such an approach will be at odds with those achieved through alternative philosophical approaches.

[33] R. Cooter, 'Prices and Sanctions', (1984) 84 *Columbia Law Review* 1523.

[34] Ibid at 1524. Since their purpose is simply to internalise the costs of the relevant activity, prices increase only with increases in that external cost. An actor will therefore continuously balance the cost of additional precaution against the resulting reduction in the external cost for which it can be held responsible. Thus the amount of precaution taken is elastic with respect to changes in price. However, in the case of a legal standard backed by sanctions the actor is faced with an all or nothing approach. If it satisfies the legal standard it will not be liable at all, whereas if it fails to satisfy that standard, even if it only just fails, it will be liable in full. Such actors will therefore be responsive to changes in the legal standard, but not as sensitive to changes in the resulting sanction. Ibid.

[35] Which could be determined by community standards as well as by examining its external cost. Cooter, ibid at 1532-3.

[36] See Bowles, Faure and Garoupa, above n 37 at 402.

[37] Coffee, above n 36 at 231.

a position to bring a claim, or the claim would in any case be completely ineffective because the defendant does not have the money to pay.[38] These features may suggest that some form of public enforcement may be necessary and the question then arises whether this should take the form of administrative or criminal sanctions. The answer can then be derived in part by balancing the benefits of specialization in the particular field (regulatory agencies are usually industry-specific and are therefore likely to be better able to assess the relevant evidence) against the danger that by beginning with cooperation strategies such agencies may end up colluding with or being captured by powerful and well-informed enterprises in the regulated industry (coordination costs).[39] There may also be a problem of confirmation bias. When the balance thus comes down against the use of administrative agencies there is then a role for the criminal law, and at this point the higher procedural protections available in criminal law (such as the higher burden of proof) are justified by the fact that the stakes may also be higher and thus so is the error cost. Thus criminal law is preferable not only when the coordination or other costs of administrative regulation are high, but also when it is necessary to impose serious non-money sanctions such as imprisonment, which, (as compared with compensation which is received by the victim) has relatively low social utility.[40]

The problem with this account, as Robinson points out, is that it does not explain why it is that nevertheless 'every society sufficiently developed to have a formal legal system uses the criminal-civil distinction as an organizing principle'.[41] Thus while it might be possible to start from scratch and allocate the roles of private law, administrative sanctions and criminal sanctions according to this account, it does not explain why criminal law is in so many places[42] a wholly separate system. After all, as Robinson points out, if criminal law really were just about the imposition of imprisonment one would expect less of an overlap with private law in the other sanctions available. Why, as he puts it, have societies not simply adopted a single system in which adequate deterrent sanctions existed? Any need for greater safeguards in the case of greater penalties could have simply been given within one unitary system, rather than 'wasting' 'the criminal

[38] See further Bowles, Faure and Garoupa, above n 37.

[39] Ibid at 407, citing P. Fenn and C. Veljanovski, 'A Positive Economic Theory of Regulatory Enforcement' (1988) 98 *Economic Journal* 1055.

[40] Ibid at 405-6. See also V. Khanna, 'Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?' (1996) 109 *Harvard Law Review* 1477. It will be argued below, however, that imprisonment as it currently operates is about more than simply effective deterrence or incapacitation and thus it does form part of what necessitates a separate and distinct system of criminal law.

[41] Robinson, above n 18 at 202.

[42] Listed by Robinson, ibid at 201.

law's special procedural safeguards on the large number of less serious criminal cases in which the sanction is no greater than would be available under civil law.[43] The answer, he suggests, is that criminal liability 'signals moral condemnation of the offender'[44] and 'a distinct criminal justice system is the only way to effectively express condemnation and to gain the practical benefits of doing so… by creating a special *criminal* label and widely disseminating the notion that this label has a different, condemnatory meaning, the system enhances its ability to communicate a clear condemnatory message. Without a distinct criminal system, it would be more difficult to convey the message that some cases signal condemnation yet others do not.'[45] Thus, he concludes, even 'utilitarians ought to want to maintain and sharpen the criminal-civil distinction because it enhances the system's power to reduce crime efficiently',[46] and indeed even those who regard criminal law as 'simply a preference-shaping system of disincentives'[47] examine the role of 'stigma' as a potential advantage of the criminal system.[48]

This conclusion has a series of important implications.

---

[43] Ibid at 203-4. Robinson gives raises various other questions such as why it is that criminal actions are brought by the state as opposed to private individuals, or the fact that criminal fines are paid to the state rather than to the victim, but arguably these could be more easily answered. So, for example, the role of the state may be explained by the existence of problematic incentives where private claimants are allowed to bring punitive actions, on which see Coffee, above n 43. Still other questions he raises, such as the existence of consent as a defence in tort but not criminal law may be explicable on the basis of a fundamental difference between the two systems, as he suggests, but equally could be the result of historical contingency once the two systems were separated.

[44] Ibid at 206.

[45] Ibid at 208. It should be noted that while the focus here is simply on condemnation per se, it seems likely that the existence of such condemnation is a necessary first step to some of the other goals that criminal law might seek to pursue such as, for example, punishment or retribution (as distinct from, for example, rehabilitation and deterrence which could (whether sufficiently or not) be justified from either perspective without condemnation as a necessary precursor).

[46] Ibid at 212.

[47] Robinson, ibid at 210. See also D. Friedman and Bowles, Faure and Garoupa, above ns 35 and 37 respectively.

[48] See, e.g. Bowles, Faure and Garoupa, above n 37at 406-7, although they note that stigma may encourage rather than deterring career criminals. See also Khanna, above n 46 at 1492 and 1497 onwards and R. Epstein, 'The Tort/Crime Distinction: A Generation Later' (1996) 76 *Boston University law Review* 1 at 19. It should be pointed out that the notion of moral condemnation here is of a particular, narrow and serious form; there will often be activities which attract moral stigma which would not be considered worthy of the specific and serious signal of condemnation provided by criminal law. For example, in western legal systems adultery is not a criminal offence and there is no suggestion that it should become so. See also D. Skeel, 'Shaming in Corporate Law', (2001) 149 *University of Pennsylvania Law Review* 1811 which deals with several examples of shaming outside the criminal sphere. This is a different question from that concerning examples of behaviour which *are* felt to be deserving of the same, serious level of moral opprobrium provided by the criminal law but which problematically remain outside it, see further below, text to n 66.

First, it demonstrates that whether one approaches the question from a more philosophical or deontological perspective, or whether one does so from a purely economic perspective, the result is the same; criminal law has a unique ability to send an automatic signal of community moral censure. More generally, both viewpoints agree that community standards are crucial. For Cooter they are important in ascertaining how much of an activity is optimal[49] and thus whether it should be priced or sanctioned, but conversely, for both schools of thought the choice of specifically and separately criminal sanctions is necessary if communication of this community standard is intended as part of the process of enforcement.[50]

This means, however, that ironically, where the criminal law has its greatest condemnatory effect it may not be necessary, since those activities would in any event attract grave moral stigma, and conversely, where criminal law has the greatest capacity to make a contribution in enhancing moral stigma, it may be least likely to do so.[51]

And this in turn raises a question: Robinson's account might descriptively explain why it is that separate criminal systems have come into being, but if moral censure thus to some extent exists independently of criminal law, can we justify his claim that it remains useful to have such a separate criminal system for signalling purposes?

There are several pieces of evidence which suggest that we can. For example, application forms tend to ask simply whether or not a person has any criminal convictions,[52] and criminal records exist on a permanent, state-held basis.[53]

---

[49] For example, whether or not it is desirable for a particular entitlement to be alienated or not.

[50] To some extent this is to take the reverse point of view to that expressed by J. Clarke, 'The increasing criminalisation of economic law – a competition law perspective' (2012) *Journal of Financial Crime* 76 at 83 that identification of conduct as immoral cannot by itself provide a justification for criminalisation. The argument here has been that according to Cooter's theory the identification of the optimal level of an activity as being zero is necessary for any form of sanction, and then the imposition of criminal law is justifiable in fact *only* when the moral condemnation of that branch of law is appropriate. For the converse question of whether conduct *should* be criminalised, see further below, n 66 and surrounding text. This in turn connects to Clarke's arguments at 84.

[51] See further P. Robinson and J. Darley, 'The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best' (2003) 91 *Georgetown Law Journal* 949, especially Part IIIC. See also the Law Commission CP No 195, above n 19 at 4.15 discussing the circular relationship between stigma and criminality.

[52] Certain old and minor offences may in future not appear on a criminal record certificate, see further https://www.gov.uk/government/news/filtering-of-old-and-minor-convictions-and-cautions.

[53] See further https://www.gov.uk/government/organisations/disclosure-and-barring-service, although as noted above, certain old and minor offences may in future not appear on a crim-

In addition, public demands for a change to the law often refer specifically to the criminal law,[54] suggesting that only the criminal law can perform the requisite signalling function in such instances. It is also the case that if criminal law has a separate existence with such an automatic signalling function, this can potentially have an educative effect; the discussion above does not suggest that it must only ever be reactive to existing popular opinion. What it does mean is that any attempt to use the criminal law to increase deterrence and/or moral opprobrium of activities which are not already widely regarded as being immoral runs the risk of damaging the condemnatory role of criminal law in general. Such steps must therefore only be taken sparingly and in circumstances where this danger can be reduced to an absolute minimum.[55]

In other words, as both Robinson and Epstein argue, what is criminal should not deviate too far from what is regarded by the community as being reprehensible and deserving of such stigma.[56] If the particular attributes of criminal law tempt us to use it as our 'preference-shaping system of disincentives' in a given instance we must be careful not to stray too far, too often, from its origins in community morality,[57] lest we undermine the impact of that morality which was one of the reasons for seeking to harness the criminal law in the first place.[58] Whether we start from a deontological or an economic perspective, therefore, we should be wary of consequentialist, forward-looking reasoning which undermines the backward-looking force of criminal law.[59]

Conversely, if the key point is to ensure that criminal law has an automatic moral signalling function, then we should pay attention not only to what has been made criminal but also to what has not (Katz's problem of non-felonious villainy).[60] The credibility of the criminal law may be undermined if one activity

---

inal record certificate. In contrast, for example, credit ratings are assessed individually on each relevant occasion by private entities such as banks or mortgage providers.

[54] See, for example, http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-manchester-21953781.

[55] See further R. Williams, 'Cartels in the Criminal Landscape' in C. Beaton-Wells and A Ezrachi (eds) *Criminalising Cartels*, above n 10, 289 at 295-8.

[56] Robinson, above n 18; Epstein, above n 54, especially at 20-1.

[57] Whether in turn the community standard and stigma are themselves the results of 'interests in implementing preference-shaping disincentives' (Robinson, above n 18 at 210) or are derived instinctually from a knowledge of how such disincentives are likely to work best, or, on the other hand, whether they are derived from a more deontological form of morality is beyond the scope of this paper.

[58] A problem I have referred to elsewhere as the 'bootstraps' problem, see Williams, above n 61.

[59] This view is supported by the Law Commission Report on Criminal Liability in a regulatory context, paras 4.6-7.

[60] L. Katz,'Villainy and Felony: A Problem Concerning Criminalization' (2002) 6 *Buffalo Criminal Law Review* 480. See also Williams, above n 61 where it was pointed out that in fact

is criminalised while another, apparently equally delinquent activity, is not, unless we have a coherent technique for distinguishing between the two.[61]

These conclusions may also suggest a means of solving the difficulties of the ECtHR case law discussed above. That case law held that criminal charges can be imposed in the context of administrative proceedings which do not follow all of the rules ordinarily associated with a criminal trial, as long as there is a right of recourse to an independent and impartial tribunal as required by Art 6.[62] In determining what should be regarded as 'criminal' for these purposes, the ECtHR has focused on two factors; the existence of moral stigma and the level of sanction imposed.[63] The discussion here, however, suggests that there is a crucial difference between these two factors. As far as the level of sanction is concerned, it is true that the higher the sanction, the higher the error cost of imposing it and thus the greater the need for counterbalancing procedural protections. This can, as Bowles, Faure and Garoupa note,[64] mean that the procedural protections of a criminal trial are necessary, but it need not, as long as the procedural protections are sufficient given the error cost at stake.[65] However, where the key distinguishing feature of the case is the signalling of official moral stigma, a failure to distinguish between criminal and civil law may weaken not only this signalling

many of the examples Katz gives of supposedly non-felonious villainy are actually now criminal in England and Wales.

[61] See, for example, Clarke, above n 56 at 84 who argues that 'it is inherently difficult to justify criminalizing, for example, common theft, which may const an individual victim a few hundred or even thousand dollars, while leaving cartel conduct, which produces multiple victims suffering combined losses often onto the millions – or even billions – of dollars, immune from criminal sanction.'

[62] Above ns 30-32.

[63] See *Engel v The Netherlands* (1979) 1 EHRR 647; *Öztürk v Germany* (1984) 6 EHRR 409.

[64] Above n 37.

[65] The exception to this appears to be imprisonment. On the one hand, imprisonment could, in theory, be justified purely on the basis of prophylaxis or deterrence, in which case there would be no reason why it could not be imposed outside the criminal sphere, provided that adequate procedural protections were available to counterbalance the greater error cost and lack of social utility of imprisonment. However, this is not how imprisonment currently does operate in England and Wales. First, it is not available as a sanction outside the criminal sphere, and this does not appear to be merely a matter of chance. Second, the factors taken into account in deciding whether or not to impose a criminal sentence and if so how long it should be, do not simply reflect ideas of incapacitation from further offending or deterrence. It appears, therefore, that imprisonment is inherently, as well as practically, unique to criminal law, and that the ability to impose a sentence of imprisonment is part of the criminal law's moral signalling function. Following the argument above, therefore, imposition of a sentence of imprisonment does necessitate the use of a distinct criminal law process.

function in an individual case but also the signalling function of the criminal law more generally, and in these cases the criminal law ought to be required.

The result, then, is that, regardless of one's starting viewpoint, deontological or economic, the blurring of the criminal/civil distinction is likely to be problematic and, in the context of anti-cartel enforcement, this has indeed turned out to be the case.

4. *Cartels and the blurring of the criminal-civil distinction.*

The 'bootstraps' problem.

As was noted above, the cartel offence introduced by the EA02 was applicable to individuals who *dishonestly*[66] engage in cartel agreements.[67] As recommended,[68] the criminal offence was created entirely separately from the administrative one and, to maintain consistency with EU procedures,[69] was made applicable only to individuals not to 'undertakings'. The dishonesty requirement was incorporated, in particular: (a) to ensure that the regime would not be appli-

[66] The EA02 Part 6 cartel offence provides for the imprisonment for up to five years of, or imposition of unlimited fines upon individuals who dishonestly agree with one or more other persons that two or more undertakings, operating at the same level of supply or production, would engage in specified cartel arrangements (price fixing, market sharing, limitation of production or supply or bid rigging). A key part of the offence, as originally drafted, is therefore the condition that the individual should have acted 'dishonestly', *R v Ghosh* [1982] QB 1053 – i.e. that they acted dishonestly (i) according to the standards of reasonable and honest people, the individual's behaviour was dishonest; and (ii) the individual knew that he was acting dishonestly by those standards. It was considered that this would be better than linking the offence to the civil offence and affording the defence a direct opportunity to argue that the activity in question was one which would have attracted exemption, e.g., because it might produce economic benefits, ibid 2.6

[67] EA02, Part 6 (which came into effect on 20 June 2003). It was adopted following consultation on the DTI's White Paper, *Productivity and enterprise – a world class competition regime* (July 2001). The EA also amended the Company Directors Disqualification Act of 1986, so as to allow disqualification orders against a director of a company that has committed a breach of the competition rules and whose conduct makes him unfit to be concerned in the management of a company, EA, s 204. In order to facilitate enforcement and to increase the deterrent effect of the offence, the Office of Fair Trading (the OFT) was given broad powers of investigation and the power to grant 'no action' letters to individuals in relation to a particular infringement. The threat presented by the cartel offence was also strengthened by a specific provision providing it to be extraditable.

[68] OFT365, 'Proposed criminalisation of cartels in the UK' A report prepared for the OFT by Sir Anthony Hammond KCB QC and Roy Penrose OBE QPM (November 2001).

[69] It was therefore recommended that criminal proceedings should generally precede civil proceedings where possible in order to prevent publicity given to civil proceedings, prejudicing individuals subject to related criminal proceedings receiving a fair trial, ibid, para 1.20.

cable to individuals engaged in activities which would be lawful under the civil regime (for example, they produce countervailing benefits and so are compatible with Article 101/CA98 on account of their procompetitive effects) but without allowing the criminal trial to be muddied by complicated economic evidence arguments based on the criteria of Article 101(3);[70] (b) to signal the seriousness of the offence; and (c) to make it more likely that courts would impose custodial sentences.[71]

Aim (a) was problematic enough, since it was essentially a means of avoiding more careful drafting of the offence, and as a result it was inevitable that precisely the economic arguments that it sought to avoid would end up being rehearsed under the heading of dishonesty instead.[72] Aims (b) and (c), however, are if anything worse, in that they essentially required the cartel offence to pull itself up by its own bootstraps.[73] Dishonesty in criminal law is defined by using the test developed in the case of *Ghosh*,[74] which requires a jury to determine whether (i) according to the standards of reasonable and honest people the defendant's behaviour was dishonest and (ii) the defendant knew that he was acting dishonestly by those standards. The test therefore essentially requires the jury to make a moral assessment of the defendant's behaviour, something which is problematic enough in the context of ordinary criminal laws such as theft,[75] let alone when the jury is likely to have no pre-existing instincts about the kind of behaviour involved in any but the most egregious cartels. The difficulty, then, is obvious; the inclusion of dishonesty was recommended by the Hammond-Penrose report in order to signal the seriousness of the offence,[76] but the element of dishonesty can-

---

[70] '[T]he elements of the.. offence should be clearly defined so as not to risk a contravention of Article 7 of the European Convention on Human Rights', ibid, para 2.1

[71] Ibid, paras 1.9-1.12 and Chap 2. A. Nikpay, 'Cartel Enforcement: Past, Present and Future' Speech 11 December 2012: (the dishonesty requirement was introduced: 'to provide a signal as to the seriousness of the offence; to exclude the need for detailed economic analysis and evidence; to distinguish the offence from civil competition law and so reduce the risk that the offence would be categorised under Regulation 1/2003 as 'national competition law', with the effect of precluding the OFT from prosecuting in international cases where there was a parallel European Commission investigation, and ensure that it did not apply to agreements that might have countervailing benefits, making them lawful under civil competition law. Whilst it was recognised at the time that the inclusion of a dishonesty requirement was an imperfect means of achieving these objectives, it was seen as the best available option').

[72] See *R v George, Burn, Burnett and Crawley* [2010] EWCA Crim 1148.

[73] See further R. Williams, above n 61 at 289.

[74] *R v Ghosh* [1982] QB 1053.

[75] See, e.g. A. Halpin, "The Test of Dishonesty" [1996] *Criminal Law Review* 283.

[76] Above n 13. See also Joshua 'DOA: Can the UK Cartel Offence be Resuscitated?', Ch 6 of C. Beaton-Wells and A. Ezrachi (eds) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011).

not *inculcate* moral censure precisely because it *presupposes* and relies for its functioning upon such collective moral censure already existing.

Such an attempt at legal alchemy was bound, therefore, to fail, and indeed this has proved to be the case. Not only was the dishonesty test incapable of fulfilling the roles for which it was introduced (because it is an imperfect method of distinguishing beneficial from undesirable collusion, and because it pre-supposes moral opprobrium rather than generating it) but it was also bound from the start to present a serious obstacle to conviction. It is well known more generally that despite a marked increase in preference for criminalisation across the world, successful deployment of a criminalization enforcement model outside of the US has not proved easy, and in the UK criminalization has certainly not so far been efficacious and, has not had the deterrent effect envisaged. It has rather, to date (and in line with many other attempts to use the criminal law in regulatory contexts)[77] proved to be something of a 'damp squib'. During its first ten years, only three individuals, in relation to a single cartel – the *Marine Hoses* cartel,[78] were convicted and sentenced to prison under it. The only other criminal prosecution brought, of British Airways employees, spectacularly collapsed,[79] causing huge embarrassment to the OFT. As the Law Commission notes in discussing this problem across the regulatory context more generally, this kind of failure is doubly problematic: if a very large number of offences are being created but not used, resources put into creating them are being wasted, but at the same time, ordinary people and businesses are being subjected to ever increasing numbers of what, in all probability, will turn out to be illusory or empty threats of criminal prosecution.[80] And this obviously poses a grave risk for the moral signalling function of the criminal law.

---

[77] See further Law Commission CP 195, above n 19 at 1.25-7.

[78] *R v Whittle*, Brammar & Allison [2008] EWCA Crim 2560, [2008] All ER (D) 133. See www.oft.gov.uk/OFTwork/competition-act-andcartels/criminal-cartels-completed/marine-hose. In this case the defendants had already pled guilty in the USA and were returned to the UK on condition that they plead guilty in the English courts. But see A Nikpay, 'Cartel Enforcement: Past, Present and Future' Speech 11 December 2012, ('Contrary to views expressed by some commentators, the OFT played a central role in the investigation as part of a major international coordinated operation with' the DOJ, the Commission and the Japan Fair Trade Commission). The only other (and contested) criminal case brought so far (the *BA* case) collapsed early on in the trial, see eg, OFT, *OFT withdraws criminal proceedings against current and former BA executives*, press release 47/10 (10 May 2010)).

[79] The only other (and contested) criminal case brought to date (the *BA* case) collapsed early on in the trial, see eg, OFT, *OFT withdraws criminal proceedings against current and former BA executives*, press release 47/10 (10 May 2010). See *R v George*, above n 78.

[80] Law Com, CP 195, above n 19 at 1.27.

Reform (and the retention of the bootstraps problem).

Unsurprisingly, then, the Government therefore recognised that competition law enforcement generally – and enforcement of the criminal cartel offence specifically – had stalled. In 2010 it announcement that it was going to merge the two UK competition authorities, the OFT and Competition Commission (CC)[81] and, in 2011, it consulted[82] on fundamental systemic reform of the UK competition law system. The consultation document set out the Government's intention, amongst other things, to invigorate antitrust enforcement and the criminal regime, to improve institutional performance and the level and length of decision-taking in all areas of competition law enforcement, and to ensure that the criminal offence would provide the deterrent effect envisaged.[83] In particular, the consultation noted that the dishonesty element of the criminal offence seemed to make it harder to prosecute and consulted on options to remove or replace it. Following consultation, the Government pushed ahead with reform. The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (ERRA13), which will come into force in April 2014, makes several significant changes to the UK competition law regime including the merger of the OFT and CC into a single Competition Markets Authority (the CMA).[84] It also alters the substance of the EA02 cartel offence, removing thedishonesty requirement and replacing it with a series of statutory exclusions and defences instead. The Government considers that removing the dishonesty element will improve enforceability and increase deterrence, and indeed on 27th January 2014 the OFT confirmed that it had levied criminal charges against a man named Snee, accused of fixing prices in the supply of galvanised steel tanks in the UK.[85]

---

[81] See statement by Vince Cable, 14 October 2010 and e.g., B. Allan, 'Redesign of the UK's competition system: the case for an efficient separation of powers' [2010] Comp Law 389.

[82] Department for Business Innovation and Skills, *A competition regime for growth: a consultation on options for reform* (March 2011) (the Consultation Document). The government had become particularly concerned about institutional performance and the level and length of decision-taking across the board in competition law cases. In particular, it was concerned that the record under the cartel offence suggested concerns about the viability of the criminal offence and whether the OFT has sufficient expertise to run a criminal investigation successfully. See also more generally the *National Audit Office Review of the UK's Competition Landscape* (22 March 2010).

[83] Even if it takes time to build a culture in which some of the newer criminal cartel regimes operate rigorously, the mere existence of a greater number of criminal regimes creates an increased risk for individuals of extradition from those jurisdictions to ones where criminal enforcement is more established.

[84] Above n 12.

[85] F. Samadi, *Global Competition Review*, 27th January 2014, http://globalcompetitionreview.com/news/article/35101

The difficulty is that removal of the dishonesty element itself is unlikely to solve the existing problems. If juries' moral condemnation of the defendants is no longer a prerequisite for conviction this may well make such convictions easier to secure, but it does not guarantee that such censure will follow the convictions either, and in fact if there is a mismatch between conviction and moral censure then the greater the number of convictions the greater the potentially damaging effect on the reputation of the criminal law. Thus although it will no longer affect the ease of conviction, the 'bootstraps' problem will remain and the law will continue to be unable simultaneously to generate and harness the sense of moral stigma or disapprobation necessary both for the effectiveness of the deterrence and the avoidance of the dilution of the criminal law. And indeed, even with the removal of the dishonesty requirement, five serious problems remain.

Only cartels are criminalised.

The first remaining problem is that of all the forms of anticompetitive behaviour, only cartel conduct is criminalised even though penal sanctions are imposed in the administrative system for a whole range of anticompetitive conduct prohibited by Articles 101/102 or the CA98 equivalents. Thus, for example, in May 2009 the European Commission imposed a fine of €1.06 billion, the largest fine ever imposed on a single undertaking, on Intel for an abuse of a dominant position in the market for computer processing units.[86] Similarly, on 24th March 2004 the Commission held that Microsoft had abused its dominant position in two markets in two different ways, for which it was fined €497 million,[87] yet neither of these fines was the result of a criminal procedure, since, unlike cartels, such abuses can only be dealt with through administrative means.

This is surprising because, particularly in cases such as Microsoft's, it is very difficult to find a remedy which will ensure the requisite compliance. The problem was that Microsoft had been refusing interoperability information to enable competitors to develop and distribute products that would compete with Microsoft's on the market for servers, so the remedy needed to be one which would make Microsoft take positive steps to comply, rather than simply paying to continue non-compliance. In the event, in July 2006 the Commission concluded that Microsoft had been failing to comply with the original decision and imposed a daily periodical payment penalty of €1.5 million which, assessed from 16 December 2005

[86] Commission decision of 13/5/09 on appeal in Case T-286/09 *Intel v Commission*, case in progress.

[87] OJ [2007] L 32/23.

to 20 June 2006 totalled €280.5 million. In February 2008 the Commission then imposed a further penalty of €899 million for charging unreasonable prices for the information from 21 June 2006 until 21 October 2007. Finally in October 2007 the Commission announced that it had at last reached agreement with Microsoft on compliance with its decision. Against this background, the 'preference-shaping system of disincentives' approach might well be expected to conclude that something more than civil penalties might be necessary.

The non-criminalisation of other forms of anticompetitive behaviour also raises the question of non-felonious villainy discussed above. The credibility of the criminal law may be undermined if we use it for activities which do not in fact carry moral opprobrium, but equally it may be undermined if one activity is criminalised while another, apparently equally delinquent activity, is not, unless we have a coherent technique for distinguishing between the two. If, therefore, abuse of a dominant position is regarded as being as morally problematic as cartel conduct, the coherence of the criminal law is at risk when it targets the latter but not the former.

However, notwithstanding these arguments, it is submitted that the non-criminalisation of abuse is in fact to be welcomed. The application of Article 102 TFEU is controversial; in particular the line between pro- and anti-competitive conduct is not easy to draw, and there are no forms of conduct which can be regarded as per se illegal in this context. It is inevitable, therefore, that errors will be made when the line is drawn, and thus the application of criminal law in this context would be particularly dangerous. For the distortion and dilution discussed above to be avoided, criminal law must, in general terms, be used only where it is clear that a signal of moral censure for the activity in question is appropriate. Indeed, under Cooter's scheme sanctions of any kind, civil or criminal, should only be used where it is relatively easy to determine the socially optimal level of a particular activity.[88] Nevertheless, if, despite the significant harm caused by market abuse, these reasons mean that it remains right not to criminalise such behaviour, this does lend weight to the question why cartel conduct should be criminalised when the same may be said there.

The criminalisation of cartels is not clear.

Indeed, the argument that an activity should not, in Cooter's terms, be sanctioned at all, let alone sanctioned criminally, when it is difficult to determine the socially optimal level of that activity applies equally in the context of coor-

[88] Above, text to n 41.

dination and agreements. Evidently some cartel activity is highly damaging and undesirable,[89] but neither Chapter I nor Article 101 prohibit any conduct per se: thus even certain forms of price fixing amongst competitors can be compatible with those provisions in exceptional circumstances. As noted above the dishonesty requirement was originally included in order to deal with this problem, but it was always an imperfect means of doing so for the obvious reason that the question of honesty is different from the question of economic efficiency. The recent reforms replace the dishonesty requirement with defences for those that (i) did not intend to conceal their actions from the CMA and/or consumers or (ii) took reasonable steps to disclose their actions to a legal advisor, but there is no guarantee that these circumstances will match those of economic efficiency either and thus the danger remains that the offence will be both under and over-inclusive; i.e. that it will sanction optimal behaviour and permit behaviour which ought to be sanctioned. And if this proves to be the case in practice it will hardly help to generate moral opprobrium for cartel behaviour. Instead it will contribute further to the problems of distortion and dilution of the criminal law more generally.

Criminal and civil sanctions can take place in parallel.

In practical terms the operation of two separate regimes is cumbersome and so creates obstacles to the enforcement process as it requires the enforcer to follow one process for proceeding against legal entities and another for proceedings against individuals and to ensure that one process is not compromised by the other. Companies and individuals involved also have to defend overlapping investigations. The operation of the independent regimes may therefore encourage enforcers to avoid the criminal route where possible and appeared to present not inconsiderable difficulties for the OFT in the *British Airways* proceedings: the pursuit of the criminal proceedings led to long delays in the final settlement of the administrative proceedings. Although the OFT went on to resolve the civil Airlines fuel surcharges civil case following the failure of the criminal prosecution, the fine imposed was significantly lower than that originally proposed.[90]

Under the reformed regime these problems will remain because the CMA will, like the OFT, enforce both the CA98 prohibitions through an administrative process (albeit an enhanced one) and the criminal cartel offence through

[89] Thus Mario Monti, for example, has described cartels as 'cancers on the open market economy'. M. Monti, 'Fighting Cartels Why and How?' 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11-12 Sept. 2000.

[90] 58.5m instead of 121m.

proceedings before the criminal courts. The cartel offence is thus to remain detached from the Article 101 and CA98 prohibitions, with the continued objective of ensuring that (i) criminal trials are not clouded by complex economic arguments under Article 101(3)/CA98; (ii) the treatment of undertakings are kept aligned with the position under EU law; and (iii) the criminal rules do not form part of the 'national rules of competition' and so do not have to comply with the principle of supremacy and framework for cooperation between the Commission and national competition authorities (NCAs) articulated in Regulation 1/2003.

In addition, however, from the point of view of the criminal/civil distinction, the proximity of the criminal and civil spheres here thus begs the question whether there is indeed anything distinctive about the cartel offence which requires the application of the distinctive sphere of criminal law. And if, of course, the answer to this question is in the negative, then persisting with the use of criminal law in this context carries the dangers of dilution outlined above.

Closely connected to this problem are two others:

Only individuals are liable for cartel conduct.

Perhaps most problematic of all is the fact that only individuals can be liable for the cartel offence, meaning that where a price-fixing agreement is detected, undertakings may be subject to proceedings under Article 101 or the Chapter 1 prohibition, leading to the imposition of fines, while the individuals who set up the agreement are prosecuted criminally under the cartel offence, as indeed happened in the *Marine Hoses* case.[91] The dangers of this situation are obvious: The credibility of the criminal offence is seriously undermined while precisely the same conduct can be carried out by a different kind of entity without any suggestion that criminal liability will attach, and the situation presents a particularly egregious example of the 'non-felonious villainy' problem.[92] The criminal law cannot coherently signal moral opprobrium in such a random and inconsistent fashion and thus the danger is that the moral signalling power of the criminal law more generally will be threatened by its attempts to do so. And again, the recent reforms do nothing to alter this situation.

[91] Above n 84

[92] Above n 66.

Criminal enforcement may in any event not be efficient.

For example, Black points out[93] that taking criminal proceedings is extremely resource intensive for a regulator,[94] especially since criminal offences may be harder to prove as a result of their higher procedural threshold.[95] In addition, where there is little experience of handling a particular kind of regulatory case it may be difficult to achieve accurate sentencing.[96] And all this must be set against the fact that individual criminal liability may in any event not have the deterrent effect envisaged.[97]

5. *Conclusion – the new offence may be no improvement on the old.*

It is clear, then, that the use of the criminal law in the cartel context has not been a successful experiment. On the contrary, the English experience perfectly confirms the hypothesis of the discussion above; the use of the criminal law has not been practically successful in providing an effective deterrent, while the use of the criminal law in this (and other) circumstances in which there is no pre-existing moral stigma attached to the relevant activity risks undermining that moral signalling function more generally. Nor does removal of the dishonesty requirement address this problem, since the defences by which it is replaced seem unlikely to generate widespread public concern about cartels or a sense of moral delinquency about cartel behaviour. The 'bootstraps' problem therefore remains and the law continues to be unable simultaneously to generate and harness the sense of moral stigma or disapprobation necessary both for the effectiveness of the deterrence and the avoidance of the dilution of the criminal law. Indeed, deterrence may be harmed in other ways too, for example the lower the degree of moral stigma, the less likely judges are to impose a sentence of imprisonment.[98] This must, therefore, raise the question whether or not criminalisation of cartel behaviour is necessary.

---

[93] Above n 19, Appendix A.

[94] Law Com CP No 195, above n 19 A.12.

[95] Ibid, A.21 (8).

[96] Ibid, A.17. Black's examples are those of low sentences given in the environmental context, which have their own additional problems, but the problem of accuracy must be true even of the sentences of imprisonment available in the cartel context.

[97] See further J. Baldwin, 'The New Punitive Regulation' (2004) 67 MLR 351 at 368-9.

[98] This has been a difficulty in a number of jurisdictions, including Ireland and Japan, see e.g. T Calvani and K. Carl, 'The Competition Act 2002, Ten Years Later: Lessons from the Irish Experience of Prosecuting Cartels as Criminal Offiences, draft.

Alternative solutions.

To continue the experimental metaphor, it is striking that at present English law cannot provide a proper test of the usefulness of criminalisation, because it confounds the two different variables at issue; individual versus corporate deterrence and criminal versus civil enforcement. Only individuals are criminalised, while administrative sanctions attach only to corporations. It may well, therefore, be necessary to enhance corporate enforcement by resort to absolute individual sanctions, but this does not automatically mean that such sanctions must be criminal. Neither initially nor in relation to the more recent reforms does the government appear to have considered fundamental questions such as whether criminal law was indeed necessary. Nor does it seem coherently and scientifically to have canvassed a full range of combinations; civil and criminal, individual and corporate, in order to ascertain how increased deterrence of undesirable cartel behaviour might best be achieved.

Would corporate criminal liability have been preferable?

Criminalisation of corporate entities need not in itself present problems for the coherence of the criminal law's moral signalling function. On the contrary, there are those who argue in various ways that there is such a thing as organisational culture or pathology, and that corporations are systems with a culture that exists independently of the specific personnel in the company. On this basis corporate policy can be regarded as the corporation's 'purpose',[99] since it will contain a synthesis and compromise of the views of the individuals involved, so that the intentionality which can be said to lie behind the policy is one more appropriately attributable to the company than to any particular individual or individuals within it.[100] French calls this process the CID; Corporation's Internal Deci-

[99] See, e.g. E. Colvin, 'Corporate Personality and Criminal Liability' (1995) 6 Criminal Law Forum.

[100] See, e.g. J. Gobert, 'Corporate Criminality: four models of fault' (1994) 14 Legal Studies 393 and Fisse and Braithwaite who argue that 'to conceive of corporations as no more than sums of the isolated efforts of indviduals would be as silly as conceiving the possibility of language without the interactive processes of individuals talking to one another and passing structures of syntax from one generation to another.' B. Fisse and J. Braithwaite, 'The allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability' (1986-1988) 11 Sydney Law Review 468 at 478. They argue that this is supported by psychological studies and support of another kind comes from Ohlin, who, in writing about the separate doctrine of join enterprise (or conspiracy; the *Pinkerton* doctrine in the US), argues that 'we must treat the group aspect of collective endeavours seriously, because this is the *only way* to understand group behaviour. By invoking

sion-Making structure,[101] and from an economic perspective Hermalin[102] (drawing on the work of Kreps),[103] demonstrates the function and uses of such corporate cultures.

For Fisse and Braithwaite, then, this existence of corporate culture means that corporations do possess the two conditions necessary for blameworthiness; the ability to make decisions and to fail, inexcusably, to perform an assigned task.[104] Perhaps the strongest advocate of moral condemnation for corporations is Lawrence Friedman, who argues that while the corporation cannot be regarded as having an inherent dignity which could justify a retributive approach to liability, expressive retributivist theory requires only a 'thin' conception of the wrongdoer as an individual in a community who, through his or her conduct can express attitudes toward particular persons or goods, attitudes which will either be in conformity with or in opposition to the proper valuations of those persons or goods as established in law.[105] And only criminal liability, for Friedman, is capable of expressing 'the community's condemnation of the wrongdoer's conduct by emphasising the standards for appropriate behaviour' and 'defeat[ing] the wrongdoer's valuation of the worth of some person or good.'[106]

All this tends to suggest that if used carefully, corporate criminal liability need not necessarily undermine or dilute the public perception of criminal law as carrying moral condemnatory or stigmatizing force. The difficulty, however, is that even if criminal liability of corporations generally can be regarded as coherent and in some instances desirable, the problem remains that cartel behaviour is not generally regarded as deserving of the criminal law's moral censure. Thus while it is possible to overcome the challenge to coherence presented by the criminalisation of corporations in general, this challenge becomes particularly danger-

---

recent developments in the literature on rational choice theory, it is clear that the rational choices of groups can only be considered by analysing them *as groups*, and that any attempt to reduce group level decision-making to individual decision-making will fail to capture the rational choices made by group deliberations'. J. Ohlin, 'Group Think: the law of conspiracy and collective reason' (2008) *Journal of Criminal Law and Criminology* 147 at 173.

[101] P. French, *Collective and Corporate Responsibility* (New York, Columbia University Press, 1984).

[102] B. Hermalin, 'Economics & Corporate Culture' http://ssrn.com/abstract=162549 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.162549.

[103] Kreps David M., "Corporate Culture and Economic Theory," in J.E. Alt and K.A. Shepsle, eds., *Perspectives on Positive Political Economy*, Cambridge, England: Cambridge University Press, 1990.

[104] Fisse and Braithwaite, above n 105 at 483.

[105] L. Friedman, 'In Defense of Corporate Criminal Liability' (1999-2000) 23 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 833 at 845.

[106] Ibid, 843 and 854.

ous when combined with the fact that not only are the defendants regarded as unnatural subjects of criminal law but so too is their conduct. And in addition the resource-intensive nature of criminal prosecutions and their high procedural threshold would remain. The conclusion must therefore be that the criminalisation of cartel behaviour should be a last resort which must be used only when it is clear that there is no preferable civil alternative.

Would individual civil liability have been preferable?

If the government had really felt that individual liability was necessary in order to increase the deterrence of cartel conduct, individual civil liability would have been a more obvious starting point, given that the existing sanctions against enterprises were administrative rather than civil. It is true that if individual liability is to be absolute it must be un-indemnifiable or un-shiftable, but this does not mean that it must be criminal. Little attention seems to have been paid to the possibility of individual administrative sanctions as an alternative method of increasing deterrence, and yet this could potentially avoid the problem of distortion or dilution of the criminal law's signalling function. It is true that as noted above, the present overlap between criminal and administrative sanctions is problematic on this front. It is also true that whatever the form of sanction, administrative or criminal, the procedural protections must be sufficient to counteract the attendant error cost. Nevertheless, if these protections are provided and if administrative sanctions do not overlap with and undermine the criminal law, but are rather used in a distinct fashion, saving the criminal law for contexts and activities which do involve moral stigma, then the use of individual administrative sanctions in this context might have the potential to provide the desired deterrent effect without the problems of dilution or distortion entailed by the criminal cartel offence.

There is no question that in principle administrative sanctions against individuals can play a role in what Kraakman identifies as situations of 'sanction inefficiency'.[107] Individual liability 'provides two distinct pressure points and thus two chances for successful deterrence… imposing… penalties on both firms

[107] Kraakman identifies three situations in which individual liability may be preferable to enterprise liability. These are asset insufficiency, where the form cannot pay the law's price for the wrong done; sanction insufficiency, when the legal system cannot charge a high enough price to deter (which might include situations of asset insufficiency) and enforcement insufficiency, when the legal system cannot detect or prosecute a significant proportion of offences. R. Kraakman, 'Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls' (1983-84) 93 Yale Law Journal 857 at 867-8.

and managers 'diversifies' their impact and lessens the risk that they were set too low for either of their prospective targets.'[108] This is connected to the fact that in cost terms 'because managerial liability threatens a new population of potential offenders… it should deter cheaply, even at modest levels of severity'[109] and it utilises the same resources of detection and prosecution already employed against the enterprise.[110] It can also avoid the 'overspill' onto innocent parties which might be caused by forced liquidation of a firm as a result of larger enterprise penalties, and as the investigation proceeds the expected costs of personal sanctions increase, which also offers an incentive for whistleblowing.

Nevertheless, even administrative individual sanctions (let alone criminal ones) can be problematic. The danger Kraakman identifies is that individual liability will tempt managers to 'cheat' shareholders by surreptitiously choosing business strategies which will be less profitable to the firm but which also carry less risk for the managers.[111] This is a risk which must surely be heightened in the cartel context in which it may be less clear precisely what conduct is permissible and what is not. Conversely, where enterprise liability is used instead, managerial rewards may still be decreased as a result of the reduction in the firm's earnings through fines, and since cartel offences are undertaken to benefit the corporation rather than managers directly, the managers stand to gain only when the firm does. Hence Kraakman's conclusion is that managerial liability is costly and should only be used as a backstop, a conclusion which seems particularly applicable in the cartel context.

6. *Sanction insufficiency is not the only problem: decreasing enforcement insufficiency by increasing the probability of sanctions.*

Finally, Khanna notes that not all undeterred wrongdoing demonstrates either sanction insufficiency or the need for absolute managerial liability. He points out that there are almost daily reports of corporate actors who have chosen to gamble personal liability against the returns of corporate wrongdoing, since such people 'do not gamble expecting to be caught'. Thus however problematic the sanction insufficiency, there will also be an irreducible minimum amount of enforcement insufficiency, and as is well known, Becker's research on major felonies in the US suggested that the actual probability and level of punishment cho-

[108] Kraakman, above n 112 at 880.
[109] Ibid at 886.
[110] Ibid.
[111] Ibid at 865. See also Black, Law Com CP No 195, above n 19 at A.21(5).

sen for major felonies in the US was in regions where the effect of probability on the commission of offences was greater than the effect of the level of punishment, implying that offenders are risk preferrers.[112]

This inevitably raises the question whether by focusing largely on increasing the level of punishment,[113] legislators have ignored what is at least an equally significant contributor to the deterrence deficit, namely the probability of any such sanction being applied. As far as individual actors are concerned, the creation of *any* form of personal liability, civil or criminal, would have had this effect, since before the creation of such liability the probability was 0. This supports the view that it was not necessary to jump straight into criminal liability without at least considering some form of individual civil liability first, especially since such liability would be easier to enforce, since the necessary countervailing procedural protections would be lower.[114]

As far as enterprise liability is concerned, obviously, any increase in the levels of detection and enforcement by competition authorities will require the investment of additional resources and will thus come at a price. However, this is not the only option for increasing sanction probability.

One alternative, which Kraakman offers as a solution for sanction insufficiency, he calls 'gatekeeper liability'. This means that actors such as lawyers, underwriters, outside directors or accountants should become liable when they possess privileged information about the company and, crucially, also have the capacity to influence firm behaviour to ensure compliance with the law.[115] This still carries costs, in that the gatekeepers will be likely to 'lobby for the overinvestment of firm resources in monitoring for offences and against profitable but risky inno-

[112] See G. Becker, 'Crime and Punishment: An Economic Approach', (1968) 76 *Journal of Political Economy* 169.

[113] Of course the recent reforms are directed towards making it easier to secure convictions, but this is a secondary amendment to a principle policy choice to increase the severity of the sanction, rather than address *detection and* enforcement more directly. It is of course also the case that by creating liability for individuals of any kind, civil or criminal, which did not previously exist, to some extent sanction insufficiency is addressed. Nevertheless this is still indirect.

[114] It was argued above that the procedural protections must be sufficient to counterbalance the error cost, thus the more severe the sanction, the greater the required protection even within the civil sphere. Nevertheless, given the reputational impact of criminal sanctions, and indeed given the low social utility and high potential error cost of imprisonment, there must be a significant difference between the procedural protections necessary even for a large civil fine, and those necessary for criminal enforcement.

[115] Kraakman, above n 112 at 888-96.

cent conduct',[116] and it requires careful design in both the choice of gatekeepers and the design of their duties in order to operate successfully.[117]

Another alternative, however, which might be thought to avoid some or all of these problems, is that of enlisting a wider range of entities as potential enforcers. In the different context of corporate fraud, Dyck, Morse and Zingales demonstrate that actors with no residual claim in the firms involved and who are not considered important players in the corporate governance arena, nevertheless play a key role in fraud detection. These include employees, non-financial-market regulators and the media.[118] This is for two reasons; one is that such people gather a lot of relevant information as a by-product of their normal work. Thus while they may have less to gain from revealing a fraud than the traditional players, they often face little or no cost in discovering it.[119] Second, a broad range of entities have incentives for uncovering fraud. Such incentives include journalistic reputation, avoidance of potential legal liability from being involved in the fraud or monetary reward directly linked to the size of the fraud uncovered, such as through the Federal Civil False Claims Act, also known as the *qui tam* statute. Dyck, *et al* in particular demonstrate that monetary incentives for fraud revelation play a role regardless of the severity of the fraud, and thus that a strong monetary incentive to blow the whistle does motivate those with information to come forward.[120] This is particularly so given that without such an incentive, only journalists involved in large cases stand to gain from whistleblowing; auditors and analysts do not seem to gain much and employees stand to lose outright absent the availability of a qui tam suit. Dyck et al's conclusion, then, is that the role of

[116] Kraakman, ibid at 892.

[117] For example, as Kraakman points out, it is all too easy for potentially corrupt managers to want to employ accountants and lawyers who can equally be corrupted, which raises in turn the question whether the responsibility and liability should be passed up the chain to accountancy or legal firms. Similarly, those who have the best information may not be the best placed to control the firm and vice versa, and yet as Kraakman notes, the success of gatekeeper liability hinges on the development of legal duties that encourage the detection and interdiction of offenses without overburdening the private relationships that serve as their vehicles. This requires the produent crafting of circumscribed duties to monitor and to respond that, above all, do not ask too much from their targets (Kraakman, ibid at 893). Finally, gatekeepers will also seek to shift the risk onto others; firms insure their directors by employing outside experts, in which case it must be those experts who have absolute liability for breach of their own gatekeeper duties; risk shifting must be tailored to the realities of access to information and of influence over firm conduct for specific offences.

[118] A. Dyck, A. Morse and L. Zingales, 'Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?' (2010) LXV *Journal of Finance* 2213.

[119] The exception to this may be employees, as the authors note, ibid.

[120] Ibid at 2216.

monetary incentives should be expanded and that such a system can be fashioned in such a way that it does not lead to an excessive amount of frivolous suits.[121]

Nor is there any reason to suppose that this experience is unique to the corporate fraud context. Dyck *et al* point to the adoption of similar *qui tam* provisions for detection of tax evasion[122] and in the antitrust context Landes and Davis argue that in their 2008 study of forty of the largest recent successful private antitrust cases, more than half the underlying violations were first uncovered by private attorneys rather than government enforcers, and that litigation in many other cases had a mixed public/private origin.[123] This tends to suggest, then, that rather than imposing criminal liability on individuals, a more effective step in cartel deterrence might have been to create a *qui tam* provision which would operate with the existing administrative sanctions,[124] thus increasing the probability of enforcement.

Where the action in question takes the form of private enforcement, as in Landes and Davis' study, this also allows the victims of illegal behaviour to receive redress, when they would otherwise not do so, and strikingly the authors also conclude that private litigation 'probably does more to deter antitrust violations than all the fines and incarceration imposed as a result of criminal enforcement by the DOJ'[125]. They accept that it is 'difficult to measure the deterrence effects of private actions,[126] but reach their conclusion nonetheless on the basis that in their study the amount recovered was substantially higher than the aggregate

---

[121] Ibid at 2251.

[122] Ibid.

[123] R. Lande and J. Davis, 'Benefits from Private Antitrust Enforcement: Forty Individual Case Studies', (1007-8) 42 *University of San Francisco Law Review* 879 at 880.

[124] Possibly the best known qui tam provision is that found in the 1994 False Claims Act, 31 USC §§2729-2733. § 3730 of the Act provides in subsection (b) (1) that a person may bring a civil action for a violation of section 3729 for the person and for the US Government, which the Government may then (ss4) choose to take over or leave to the private party. According to ss (d)(1), if the Government proceeds with an action brought by a person under subsection (b), such person shall receive between 15% and 25% of the proceeds of the action or settlement of the claim, unless the information comes from more public sources such as transactions in criminal , civil or administrative hearings, in which case the award will be no more than 10%. The private party shall also receive reasonable expenses. The form of the action is therefore primarily the brining of a civil action in the courts. However, §3730 ss (c)(5) provides that the Government may elect to pursue its claim through any alternate remedy available to it, including any administrative proceeding to determine a civil money penalty, in which case the private party initiating the action has the same rights in the proceedings as if the civil suit in court had continued. It does not therefore seem as if there would be any problem with combining qui tam actions with administrative proceedings as well as with civil actions in the courts.

[125] Ibid.

[126] Ibid at 893.

of the criminal fines imposed during the same period.[127] Even when comparing imprisonment with damages, the authors argue that if a sentence to a year in jail were to be equated to $10m, the total deterrent effect of the DOJ criminal fines and prison sentences together would still be less than the damages paid in the 40 cases they studied.[128] Landes and Davis thus argue that in their study at least[129] 'private attorneys general' – lawyers representing businesses, farmers, individuals or classes of consumers, often work thousands of hours and lay out millions of dollars in the course of prosecuting antitrust litigation; time and costs which are reimbursed only if they fail, and which save the US taxpayer tremendous sums in enforcement costs.[130]

Conclusion.

Given the range of options available to legislators for increasing the deterrence of cartel behaviour, and conversely given the problems associated with the use of individual criminal liability in the cartel context, the adoption of an individual cartel offence does not seem an obvious choice. The use of criminal law in an area which is not traditionally regarded as worthy of moral censure, combined with a blurring of the administrative and criminal distinction in practice has not been a success, and indeed has risked damaging the signalling function of the criminal law more generally. The removal of the dishonesty requirement may make it easier to secure convictions, but it will not guarantee that the necessary moral stigma will attach to the offence and indeed if this is the case then the greater the number of convictions, the greater the problem. It has been argued here that instead there are various other options which were and are open to the government which would have been preferable methods of increasing the deterrence of cartel behaviour. One would be the introduction of personal administrative sanctions, although this can lead to undesirable and inefficient risk-aversion. Another would be to increase the probability of detection and sanction by widening the net of enforcers to include individuals who could be financially rewarded, either administratively or through private enforcement, for uncovering

[127] Ibid, 893-4.

[128] Ibid, 896-7.

[129] They accept that because their cases were not randomly selected it is difficulty to generalize from their conclusions, but hypothesize that their results would hold up if larger or more random samples were examined, and indeed this appears to be borne out by their subsequent study; J. Davis and R. Lande, 'Summaries of Twenty Cases of Successful Private Antitrust Enforcement' *Working Paper* (2011) http://works.bepress.com/joshua_davis/8/.

[130] Ibid at 905.

or blowing the whistle on cartel conduct. This would have the benefit not only of increasing the effectiveness of cartel deterrence beyond that currently achieved by administrative sanctions, but it would do so while preserving the vital distinction between such sanctions and the criminal law.

Bibliography

Allan B., 'Redesign of the UK's competition system: the case for an efficient separation of powers' (2010) *Comp Law* 389;

Ashworth A. and Zedner L., 'Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions' (2008) 2 *Criminal Law and Philosophy* 21;

Baldwin J., 'The New Punitive Regulation' (2004) 67 MLR 351;

Baker D.I., 'Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model?', in Beaton-Wells C. and Ezrachi A. (eds) 'Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement', Hart Publishing, 2011;

Becker G., 'Crime and Punishment: An Economic Approach' (1968) 76 *Journal of Political Economy* 169;

Black J., 'Appendix A: a review of enforcement techniques, in Criminal liability in regulatory contexts. Law commission consultation paper' (195) 2010. Stationery Office, London, UK, 150-186.;

Bowles R., Faure M. and Garoupa N., 'The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications' (2008) 35 *Journal of Law and Society* 389;

Carl K., 'The Competition Act 2002, Ten Years Later: Lessons from the Irish Experience of Prosecuting Cartels as Criminal Offiences', draft;

Clarke J., 'The increasing criminalisation of economic law - a competition law perspective' (2012) *Journal of Financial Crime* 76;

Coffee J., 'Does "Unlawful" mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law' (1991) 71 *Boston University Law Review* 193;

Colvin E., 'Corporate Personality and Criminal Liability' (1995) 6 Criminal Law Forum;

Connor J., 'Optimal Deterrence and Private International Cartels', Purdue Working Paper 2006;

Combe E., Monnier C., 'Fines against hard core cartels in Europe: The myth of over enforcement' (2011) *Ant Bull* 235;

Cooter R., 'Prices and Sanctions' (1984) 84 *Columbia Law Review* 1523;

J. Davis and R. Lande, 'Summaries of Twenty Cases of Successful Private Antitrust Enforcement' *Working Paper* (2011) http://works.bepress.com/joshua_davis/8/.;

Dyck A., Morse A. and Zingales L., 'Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?' (2010) LXV *Journal of Finance* 2213;

Epstein R., 'The Tort/Crime Distinction: A Generation Later' (1996) 76 *Boston University law Review* 1;

Fenn P., Veljanovski C., 'A Positive Economic Theory of Regulatory Enforcement, (1988) 98 *Economic Journal* 1055;

Fisse B. and Braithwaite J., 'The allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability' (1986-1988) *11 Sydney Law Review* 468;

Forrester I., 'Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures' (2009) *ELRev* 817;

French P., *Collective and Corporate Responsibility* (New York, Columbia University Press, 1984;

Friedman D., 'Beyond the Tort/Crime Distinction' (1996) 76 *Buffalo University Law* Review 103;

Friedman L., 'In Defense of Corporate Criminal Liability' (1999-2000) 23 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 833;

Gobert J., 'Corporate Criminality: four models of fault' (1994) *14 Legal Studies* 393;

Joshua 'DOA: Can the UK Cartel Offence be Resuscitated?', Ch 6 of Beaton-Wells C. and Ezrachi A. (eds) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011);

Halpin A., "The Test of Dishonesty" (1996) *Criminal Law Review* 283;

Hermalin B., 'Economics & Corporate Culture', http://ssrn.com/abstract=162549 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.162549;

Katz L.,'Villainy and Felony: A Problem Concerning Criminalization' (2002) 6 *Buffalo Criminal Law Review* 480;

Khanna V., 'Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?' (1996) 109 *Harvard Law Review* 1477;

Kraakman R., 'Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls' (1983-84) 93 Yale Law Journal 857;

Kreps, David M., "Corporate Culture and Economic Theory," in J.E. Alt and K.A. Shepsle (eds.), *Perspectives on Positive Political Economy*, Cambridge, England: Cambridge University Press, 1990;

Lamond G., 'What is a crime?' (2007) 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 609;

Lande R. and Davis J., 'Benefits from Private Antitrust Enforcement: Forty Individual Case Studies' (1007-8) 42 *University of San Francisco Law Review* 879;

Letwin W.L., 'Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890' (1956) 23 *University of Chicago Law Review* 221.;

Macrory R., 'Regulatory Justice: Making Sanctions Effective (Better Regulation Executive)', Final Report, November 2006, *The Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 (RESA);*

Monti M., 'Fighting Cartels Why and How?' 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11-12 Sept. 2000.;

Nikpay A., 'Cartel Enforcement: Past, Present and Future' Speech 11 December 2012;

Ohlin J., 'Group Think: the law of conspiracy and collective reason' (2008) *Journal of Criminal Law and Criminology* 147;

Posner R., 'An Economic Theory of the Criminal Law' (1985) *Columbia Law Review* 1193;

Robinson P., 'The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert' (1996) 76 *Boston University Law Review* 201;

Robinson P. and Darley J., 'The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best' (2003) 91 *Georgetown Law Journal* 949;

Shavell S., 'Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent' (1985) 85 *Columbia Law Review* 1232;

Slater D., Thomas S., Waelbroeck D., 'Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?' (2009) *European Competition Journal* 97;

Skeel D., 'Shaming in Corporate Law' (2001) 149 *University of Pennsylvania Law Review* 1811;

Williams R., 'Cartels in the Criminal Landscape' in Beaton-Wells C. and Ezrachi A. (eds) *'Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement'*, Hart Publishing, 2011, 289;

Wils W.P.J., 'Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?' (2005) 28 *World Competition* 117;

Wils W.P.J., 'The increased level of EU antitrust fines, judicial review, and the European Convention on Human Rights' (2010) 33(1) *World Competition* 5;

White R., 'Civil Penalties: Oxymoron, Chimera and Stealth Sanction', 2010 *LQR* 593;

Whish R., Bailey D., 'Competition Law' (7th ed, 2012, Oxford, Oxford University Press).

XXV. Le sanzioni amministrative pecuniarie delle Autorità indipendenti come provvedimenti discrezionali ed autoritativi: conseguenze di sistema e in punto di tutela giurisdizionale.*

Francesco Goisis

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Cassazione. – 3. La Consulta e i giudici amministrativi. – 4. Gli orientamenti in sede europea. – 5. Critica al concetto di discrezionalità giudiziale. – 6. Conclusioni in punto di giurisdizione.

1. *Introduzione.*

Mi concentrerò sul concetto di discrezionalità giudiziale e quindi pretesa non autoritatività della scelta amministrativa di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie *ex* art. 11 l. 689/1981 («Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche»). Specie alla luce dell'esperienza delle sanzioni delle *Authorities* nazionali ed europee così attentamente studiata nel corso della ricerca a conclusione della quale ho l'onore di proporre le presenti note, tenterò di mostrare come tale concetto:

a. venga svolto dalla giurisprudenza spesso tenendo presente più ragioni di giustificazione sistematica *ex post* delle scelte di riparto tra le giurisdizioni e dei poteri di sindacato giurisdizionale che gli effettivi dati normativi, con la non sorprendente conseguenza di esiti spesso tutt'altro che coerenti;
b. contrasti con la visione della sanzione amministrativa in sede sovranazionale europea;

* Riprendo alcune riflessioni già più estesamente esposte in Goisis F., *Discrezionalità* ed *autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv.it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss., a cui mi permetto di rinviare per ulteriori indicaizoni bibliografiche e giurisprudenziali.

c. trovi la sua origine in alcuni insegnamenti dottrinali la cui condivisibilità – specie attuale – si presta a vari rilievi critici;
d. sia oggi priva anche di utilità garantistica, ove si dia compiuta applicazione a principi discendenti dal diritto convenzionale europeo e coerenti sviluppi legislativi interni.

2. *La giurisprudenza della Cassazione.*

In una nota sentenza del 1987, ancor oggi espressiva dell'orientamento dominante presso i giudici civili, la Cassazione (Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489) osservava come in sede di commisurazione della sanzione pecuniaria *ex* art. 11, l. n. 689/1981, all'amministrazione sarebbero spettate «valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati». I criteri di quantificazione di cui all'art. 11 cit., pur non pienamente coincidenti con quelli di cui all'art. 133 c.p. («Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1. dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2. dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3. dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1. dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2. dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3. dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4. dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo»), sarebbero stati, difatti, «coerenti con il modello di sanzione punitiva di tipo essenzialmente penalistico adottato dal legislatore». Questa ultima circostanza avrebbe giustificato l'attrazione del potere di commisurazione nella natura del corrispondente potere del giudice penale. In particolare, l'autorità amministrativa, pur godendo di «un potere [si noti] molto ampio di valutazione», si sarebbe vista affidare un potere (addirittura) «ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi»; ciò non certo per assenza di effettivi spazi liberi di scelta, ma perché «l'ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all'amministrazione» avrebbe dovuto essere «esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria».

Ma la posizione delle Sezioni unite ha subito mostrato la sua debolezza proprio con riguardo alle sanzioni (direttamente o indirettamente) di Autorità in-

dipendenti. Con riguardo a sanzioni (ministeriali, ma comminate su proposta dell'Isvap) nel settore assicurativo, si è sottolineata così, ad esempio, una presunta speciale connessione con la funzione regolatoria. In particolare, si è prospettato un peculiare «momento autoritativo», «immanente nell'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori propri all'attività di vigilanza», che si manifesterebbe «non solo nell'accertamento della sussistenza dell'illecito, nell'identificazione dell'autore e del responsabile di esso, nell'applicazione della relativa sanzione - id est nell'attività consequenzialmente correlata all'esercizio della funzione di controllo e disciplina sull'attività assicurativa, che si traduce nella formazione, tra l'altro ma non soltanto, del titolo per la percezione della somma corrispondente alla sanzione applicata», ma anche – si noti – «nella determinazione della misura della sanzione, che, pur prestabilita *ex lege* nel tipo e nei due estremi quantitativi, rimane, non di meno, rimessa, per ciascun caso concreto, all'ampia discrezionalità della p.a. nella scelta tra il minimo ed il massimo edittali in ragione della gravità dell'illecito e delle altre circostanze suscettibili d'esser valutate a tal fine (cfr. art. 133 c.p.)…» (Cass., sez. un., 29 novembre 2007, nn. 24816, 24817 e 24818).

Similmente, la Corte regolatrice si è espressa in tema di sanzioni *antitrust,* sostenendo che «nelle fattispecie di illecito di maggior rilievo l'atto medesimo non è di mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto *ex lege* in conseguenza della operazione vietata»; vi sarebbe, al contrario, «un contenuto complesso», capace di attribuire (anche, direttamente) alla sanzione «i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti» (Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52). Nel 2009, poi, le sezioni unite hanno espressamente definito la sanzione dell'Agcm quale atto «espressione della funzione pubblica, adottato nell'esercizio di un potere di supremazia», ossia «nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato (non dalla posizione di parità dei soggetti, secondo lo schema privatistico diritti-doveri, ma) da una relazione asimmetrica sintetizzata nella formula potere-soggezione» (Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667).

Un sospetto che si tratti di argomenti volti soprattutto a razionalizzare *ex post* scelte legislative di riparto di giurisdizione sembrerebbe trovare conferma nella circostanza che, senza alcuno sforzo di (almeno apparente) coordinamento logico, le stesse sezioni unite non abbiano mostrato alcun imbarazzo nell'affermare, invece, la consueta lettura *sub specie* di discrezionalità giudiziale con riguardo a sanzioni Consob (che, è quasi superfluo osservare, esercita anch'essa, con speciale indipendenza, rilevanti funzioni regolatorie e di vigilanza, epperò, al tempo, vedeva legislativamente prescelta la giurisdizione ordinaria); ivi, difatti, è riemersa

subito la più consueta idea per cui vi sarebbe giurisdizione ordinaria «…. atteso che l'art. 196 del citato d.lgs.stabilisce che la scelta della sanzione applicabile deve essere effettuata in base alla gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva»; ossia, in tesi, «sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa» (Cass., sez. un., 15 aprile 2003, n. 5994), essendo, in specie, asseritamente escluso ogni rilievo de «l'interesse generale del mercato» (Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383).

Da ultimo, la stessa Consulta, nel dichiarare costituzionalmente illegittima per violazione dei limiti della delega legislativa la devoluzione in giurisdizione esclusiva delle controversie sulle sanzioni Consob, ha richiamato questi interventi della Cassazione, ritenendo quindi violato il precetto della legge delega di attenersi agli arresti giurisprudenziali delle giurisdizioni superiori (Corte cost., 27 giugno 2012 n. 162, ove si legge 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 …» determinerebbe la incostituzionalità della devoluzione in giurisdizione esclusiva, dato che il legislatore delegato avrebbe profondamente inciso sul precedente assetto «discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega …»).

Un po' – sia consentito – frettolosamente, quindi, la Corte costituzionale ha ritenuto consolidata una giurisprudenza della Corte regolatrice che, per quanto espressasi univocamente con riguardo alla Consob, è però, nelle sue basi teoriche, tutt'altro che ben definita, e, difatti, risulta contraddetta da precedenti che, pur riguardanti sanzioni di altre Amministrazioni, affrontavano però problemi del tutto coincidenti. Anzi, pare lecito ipotizzare che sia proprio la particolare incertezza che ha di fatto caratterizzato (anche per effetto del riferimento nell'art. 33, c. 1, d.lgs. n. 80/1998 ad una giurisdizione esclusiva amministrativa sulla «vigilanza … sul mercato mobiliare») la questione della giurisdizione sulle sanzioni Consob ad aver suggerito alla Corte regolatrice di difendere qui gli ambiti della giurisdizione ordinaria con interventi tanto perentori, quanto poco argomentati.

3. *La Consulta e i giudici amministrativi.*

Uno sguardo complessivo alla giurisprudenza nazionale conferma pienamente l'impressione di assetti tutt'altro che definiti.

Invero, i giudici costituzionali hanno, nel 1996 (Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 28), espressamente contestato l'assunto per cui l'Amministrazione, nel commisurare la sanzione amministrativa pecuniaria, dovrebbe agire come

un giudice. Nel ritenere costituzionalmente legittimo l'affidamento ad organi dell'impresa pubblica di trasporti della competenza alla determinazione delle sanzioni amministrative previste per mancanza del titolo di viaggio (sanzioni poi dall'impresa stessa incassate), la Corte costituzionale, a fronte del richiamo da parte del giudice *a quo* nella sostanza della tesi della discrezionalità giudiziale (ossia della circostanza per cui dal «sistema della legge n. 689 del 1981», si sarebbe desunto che «la funzione del soggetto investito del potere deve essere calibrata secondo una verifica imparziale della legittimità dell'accertamento dell'infrazione e deve tendere all'applicazione della relativa sanzione, dopo aver accertato la responsabilità del trasgressore, secondo i criteri – di impronta penalistica – dettati nella legge stessa, graduando altresì la sanzione tra un minimo ed un massimo in base ad una valutazione complessa che tiene conto della gravità del fatto, dell'opera susseguente dell'autore e delle condizioni economiche di questi»), ha, in senso contrario, osservato che «È nella logica della "depenalizzazione" operata con la legge n. 689 del 1981 che le sanzioni amministrative, un tempo di natura penale e quindi di competenza dell'autorità giudiziaria, essa sì collocata in posizione disinteressata di "terzietà", siano oggi di competenza dell'autorità amministrativa alla quale, per definizione, non è estraneo l'interesse al rafforzamento, tramite l'applicazione delle sanzioni, delle prescrizioni alla cui osservanza essa è preposta». La conclusione è stata così netta: «Il concetto stesso di "terzietà", tipico della posizione del giudice, non è dunque bene evocato a proposito dell'amministrazione, quand'anche essa sia chiamata ad agire nell'ambito di procedimenti strutturati secondo regole di contraddittorio». Essendo quindi la potestà sanzionatoria di natura (anche) sostanzialmente amministrativa, per assicurare l'imparzialità della scelta di commisurazione sarebbe sufficiente che «il soggetto titolare della potestà sanzionatrice debba operare, secondo la legge, al solo fine del perseguimento del pubblico interesse, senza mescolanze o indebite interferenze di interessi di natura privatistica». Inutile chiosare che la Consulta ha in tal modo riconosciuto, senza ambiguità, che la commisurazione *ex* art. 11, l. n. 689/1981 può (ed anzi deve) avvenire nel diretto e concreto perseguimento del pubblico interesse; interesse che (come in particolare del tutto evidente nel caso oggetto della sentenza costituzionale) può ben essere "soggettivato" in capo alla amministrazione (cosa vi è di più soggettivato del proprio interesse patrimoniale?).

La giurisprudenza amministrativa – che opera ormai con riguardo a sempre più ampie e significative fattispecie sanzionatorie affidate alla propria giurisdizione esclusiva – non sempre affronta in modo diretto o comunque approfondito la questione. Tuttavia, in essa, appare attualmente dominante l'idea del carattere discrezionale-amministrativo della quantificazione della sanzione, fino a parlarsi,

in relazione a sanzioni amministrative pecuniarie, di «un tasso di discrezionalità coessenziale alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione.» (Così, in tema di sanzioni di Banca d'Italia, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542). Si menziona anzi, insistentemente, una discrezionalità particolarmente lata.

In particolare, il Consiglio di Stato, in sede di sindacato sulla commisurazione di sanzioni *antitrust* (Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575) e dell'Autorità per l'energia (Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507), non ha mancato di espressamente qualificare il potere in questione quale espressione di discrezionalità amministrativa. Ciò, si noti, pur nella convinzione (dichiarata nel caso delle sanzioni in materia energetica) che la loro quantificazione dovesse avvenire *ex* art. 11, l. 689 del 1981.

4. *Gli orientamenti in sede europea.*

Non potrebbe mancare, data la particolare interconnessione tra campi di intervento delle Autorità amministrative indipendenti nazionali e materie di interesse per l'ordinamento dell'Unione europea, un accenno a come il tema della natura del potere di commisurazione delle sanzioni sia affrontato in sede europea.

L'esperienza comunitaria in punto di sanzioni amministrative (specie *antitrust*) mostra, al contrario di quella italiana, piena condivisione del carattere propriamente discrezionale della determinazione dell'*an* e del *quantum* della sanzione. E così, secondo i giudici europei, «la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella fissazione dell'importo delle ammende, dal momento che queste costituiscono uno strumento della politica di concorrenza…». D'altra parte, «Tale margine di valutazione si estende necessariamente all'opportunità di infliggere o meno un'ammenda …». Da ciò consegue che, in pratica, «… la Commissione possa sempre adeguare il livello delle ammende alle esigenze di questa politica …», persino in contrasto con sue precedenti prassi sanzionatorie (Così, da ultimo, Tribunale primo grado, 14 Aprile 2011, caso T-461/07, *Visa Europe Ltd* c. *Commissione*, punti 212 e 213).

Alla discrezionalità in senso proprio si connette una piena autoritatività, fino allo stesso riconoscimento del fatto che i provvedimenti sanzionatori sono, tra l'altro, assistiti da «presunzione di legittimità, fintantoché non saranno annullati o revocati» (Corte eur. giust., 14 dicembre 2000, in causa C-344/98, *Masterfoods Ltd*, punto 53 e Trib. primo grado, 5 aprile 2006, in causa T-279/02, *Degussa AG, c. Commissione delle Comunità europee*, punto 42).

Va detto con chiarezza che discrezionalità-autoritatività e effettività della tutela non sono, nell'esperienza europea, principi necessariamente confliggenti.

In particolare, a seguito della sentenza *Menarini* della Corte europea dei diritti dell'uomo (27 settembre 2011, caso n. 43509/08*, Menarini c. Italia*) con cui, in estrema sintesi, i giudici di Strasburgo hanno affermato la necessità di una *full jurisdiction* sulle sanzioni amministrative pecuniarie della Agcm italiana in quanto di natura sostanzialmente penale e così soggette alle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, si assiste ad un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in punto di sindacato sulle sanzioni *antitrust* della Commissione.

Da ultimo, i giudici comunitari di appello hanno preso atto che perché il giudice europeo goda (come necessario) di *full jurisdiction*¸ esso 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». 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) hanno tratto la conseguenza che la competenza estesa al merito *ex* art. 31 del Regolamento n. 1/2003 vada intesa nel senso di conferire al giudice europeo il potere di «sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta». 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» (sentenze 18 luglio 2013, in causa C-501/11 P*, Schindler Holding Ltd*, punti 35 ss. e 24 ottobre 2013 in causa C-510/11 P*, Kone*, punti 24 ss) [sul tema, fra i tantissimi contributi usciti negli ultimi due anni, Siragusa - Rizza, 2013; Nazzini, 2012; Van Cleynenbreugel, 2013; Laguna De Paz, 2013].

5. *Critica al concetto di discrezionalità giudiziale.*

Il ricorso nel campo delle sanzioni amministrative alla categoria della discrezionalità giudiziale è stato in particolare sostenuto dal Capaccioli [Capaccioli, 1979]: la discrezionalità giudiziale si differenzierebbe dalla discrezionalità amministrativa perché finalizzata, a differenza della seconda, non al perseguimento di

particolari interessi pubblici (ovvero, si precisa ulteriormente, ad interessi che siano soggettivati in capo all'Amministrazione sanzionatrice), ma piuttosto, almeno in via principale, alla ricerca di soluzioni giuste, in relazione a (ed esclusivamente in funzione di) gravità dell'illecito e personalità del suo autore. Con il che il potere di commisurazione della sanzione non sarebbe autoritativo, così giustificandosi la giurisdizione ordinaria e la non configurabilità di un merito amministrativo che impedisca al giudice ordinario la piena cognizione della pretesa sanzionatoria. La scelta discrezionale giudiziale sarebbe inoltre più prevedibile e così rispettosa delle garanzie del cittadino e del principio di legalità.

Insomma, in uno sforzo di sintesi estrema, l'esercizio della discrezionalità giudiziale da parte della amministrazione sanzionatrice sembra oggi largamente visto come un'attività, nella sostanza, di (seppur opinabile) accertamento e quindi non propriamente autoritativa, indirizzata alla determinazione della giusta sanzione-contribuzione per il caso concreto, senza che sia consentito strumentalizzare la risposta sanzionatoria a considerazioni diverse da quelle proprie di una equilibrata punizione a fronte di una data responsabilità individuale. In tal senso, questa attività si contrapporrebbe alla discrezionalità amministrativa, come noto invece potere di scelta nel diretto perseguimento di un concreto interesse pubblico, quale individuato comparativamente dall'amministrazione, nel caso concreto.

La categoria della discrezionalità giudiziale risale però, originariamente, alla riflessione dottrinale penalistica, ed in particolare all'insegnamento del Bellavista [Bellavista, 1939]. Lo Studioso, nel ragionare sul riferimento ad un potere discrezionale contenuta nell'art. 133 c.p., osservava come tale discrezionalità avrebbe dovuto essere nettamente distinta da quella amministrativa (pur apparentemente evocata dal legislatore) in ragione di una pretesa maggior prevedibilità e soggezione a principi giuridici della scelta giudiziale di commisurazione della pena. Il giudice non eserciterebbe difatti un potere analogo a quello discrezionale amministrativo, ma un potere che, a differenza del primo, non sarebbe espressione di *arbitrium plenum,* perché soggetto a vari principi giuridici (quelli codificati dallo stesso art. 133 cit.) ed a un obbligo di motivazione.

Ebbene, pur a voler accettare e valorizzare al massimo il parallelismo tra determinazione giudiziale, e, rispettivamente, amministrativa, della sanzione, il concetto di discrezionalità giudiziale (come in tesi ontologicamente diverso da quello di discrezionalità vera e propria, ossia di discrezionalità amministrativa), una volta applicato ad una scelta (non giurisdizionale, ma) della amministrazione, appare messo in crisi, e quindi, a parere di chi scrive, inappagante, per alcune principali ragioni che appare opportuno, sinteticamente, elencare:

a. se essa si ricollega (sulla scia dell'insegnamento del Bellavista) ad una pretesa maggior prevedibilità della scelta amministrativa di commisurazione in

virtù della sua soggezione a principi in tesi particolarmente stringenti, ciò è smentito dalla genericità della formulazione dell'art. 11, l. n. 689/1981, che, sul modello dell'art. 133 c.p., parlando di gravità della violazione, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, personalità e condizioni economiche dello stesso, rende semmai particolarmente ampio ed imprevedibile il potere di scelta dell'amministrazione e, dall'altro, dalla generale soggezione della discrezionalità amministrativa a vari e potenzialmente assai incisivi principi giuridici, ivi compreso il dovere di motivazione, e quindi dall'ormai da tempo realizzatosi affrancamento della stessa dalla qualità di *arbitrium plenum* (ossia dal concetto a cui il Bellavista riconduceva la discrezionalità amministrativa in genere). Non a caso, quanto al primo profilo, sulla scia della relazione al codice penale, si è parlato di principio di omnicomprensività dei criteri di cui all'art. 133 [Bricola, 1965] e la giurisprudenza penale senza troppi pudori parla di una commisurazione della pena che è «più il risultato di una intuizione che di un processo logico di natura analitica» [così, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 47296];

b. se invece esso ricerca fondamento nel perseguimento di mere finalità di giustizia-retributiva (o comunque di giustizia), come contrapposte a interessi soggettivati in capo all'Amministrazione, a tacere del fatto che la funzione sanzionatoria potrebbe in non pochi casi invece vedersi come direttamente funzionale all'interesse sussidiato, ciò contrasta, di nuovo, con il dato positivo offerto dall'art. 11, l. n. 689/1981, che, sul solco dell'art. 133 c.p. quale interpretato alla luce dell'art. 27, co. 3, Cost. [Dolcini, 1979], semmai impone di perseguire anche (e forse soprattutto) finalità special-preventive nella commisurazione della sanzione; finalità che, evidentemente, si concretizzano ancora in una tutela preventiva del bene protetto dalla norma sanzionatrice; detto altrimenti, questa impostazione trascura che la "repressione", l'inflizione di un *malum*, non è (non può essere) mai fine a stessa, ma è sempre funzionale ad uno scopo di miglior cura dell'interesse pubblico, *sub specie* di prevenzione di sue future lesioni; insomma, solo in una visione rigorosamente retributivistica della sanzione (quale, non a caso, quella propria del Bellavista), si potrebbe forse ipotizzare per la sanzione un carattere ontologicamente diverso da quello discrezionale;

c. se, infine, ci si affida [Paliero - Travi, 1989, 345 ss., spec. 367 ss.] alla ipotizzata assenza di una piena e libera ponderazione di interessi pubblici e privati, al di là di ogni dubbio sulla circostanza che davvero i vincoli di cui all'art. 11 l. n. 689/1981 siano in grado di restringere in modo peculiare (rispetto a tanti poteri pacificamente discrezionali, specie ove comunita-

riamente configurati) l'apprezzamento degli interessi rilevanti, si rischia di sovrapporre due piani distinti: un conto è il miglior modo di apprezzare e ponderare gli interessi nell'ambito di una scelta in vista della massimizzazione dell'interesse pubblico; altro è l'essenza del fenomeno, che non pare mutare (specie nella prospettiva delle garanzie da predisporre a beneficio del destinatario diretto) a seconda che (per vincolo legislativo, ovvero per deficit del concreto processo decisionale) in concreto vi sia stata una sola parziale considerazione degli interessi coinvolti (l'interesse del singolo viene difatti comunque sacrificato, sulla base di una scelta complessa di interessi della amministrazione, all'interesse pubblico concreto).

Insomma, la scelta sulla commisurazione della sanzione appare più correttamente qualificabile nel segno della discrezionalità amministrativa. Gli spunti in tal senso che si sono manifestati nel campo delle sanzioni della autorità amministrative indipendenti appaiono quindi condivisibili ed anzi meritevoli di essere generalizzati ad ogni manifestazione di potere amministrativo di scelta sul *quantum* della risposta sanzionatoria amministrativa.

6. *Conclusioni in punto di giurisdizione.*

È ora di soffermarsi brevemente sulle conseguenze rispetto alla tutela giurisdizionale della diversa impostazione qui preferita nel senso del riconoscimento di spazi di possibile discrezionalità amministrativa in capo all'amministrazione sanzionatrice.

Non che sfuggano possibili rilevanti conseguenze anche sul piano del diritto sostanziale: ad es., una presa d'atto della discrezionalità amministrativa sul *quantum* della sanzione dovrebbe permettere di superare con sicurezza i dubbi relativi alla negoziabilità *ex* art. 11, l. n. 241/1990 delle scelte sanzionatorie di commisurazione della sanzione, aprendo così, almeno concettualmente, la strada a "patteggiamenti" nel settore sanzionatorio. D'altra parte, il tentativo che, purtroppo, sempre più spesso si legge in giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa, di porre nel nulla le (già fragili) garanzie procedimentali del cittadino incolpato sulla base di una radicale applicazione dell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990 dovrebbero, a rigore, perdere (ulteriore) fondamento, ove ci si convinca (come da ultimo sembra sostenere anche il Consiglio di Stato) che la sanzione amministrativa è, almeno nel *quantum,* propriamente discrezionale, e quindi il suo contenuto dispositivo non può certo dirsi predeterminato [cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542, che su tale base rifiuta di negare rilievo ai fini dell'annullamento a vizi procedimentali].

Una specifica attenzione al profilo della tutela giurisdizionale pare però trovare giustificazione se non altro nella circostanza che, come si è tentato di mostrare, la tesi della pretesa non riconducibilità del potere sanzionatorio alla discrezionalità amministrativa sembra ricollegabile (perlomeno in gran parte) alla volontà, da parte della giurisprudenza e della dottrina prevalenti, di giustificare la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni e i particolari poteri di "merito", *ex* art. 23, l. n. 689/1981, in capo al giudice ordinario [oggi art. 6, d.lgs. n. 150 del 2011].

Ebbene, quanto al riparto di giurisdizione, in verità, il riconoscimento della discrezionalità amministrativa sul *quantum* impone di concludere che giudice della potestà sanzionatoria (di cui si contesti il momento commisurativo) dovrebbe essere, se non altro di regola, il giudice amministrativo. Con il che, scelte del legislatore nel senso della riserva al giudice ordinario della giurisdizione in materia appaiono discutibili: per quanto si sia da tempo sostenuto in dottrina che ai sensi dell'art. 113, ult. c., Cost. [Sandulli A.M., 1978, 877-878] gli interessi legittimi potrebbero essere devoluti in giurisdizione ordinaria, non sfugge come nella sentenza 6 luglio 2004, n. 204, la Consulta abbia invece avuto modo di accennare al fatto che l'art. 103, co. 1, Cost. riserverebbe in realtà al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi, sicché la questione appare meritevole di approfondimenti. Almeno a fronte di una opzione poco chiara in punto di giurisdizione, dovrebbe quindi senz'altro prevalere il principio per cui il giudice amministrativo è «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica» (Corte cost., 11 maggio 2006, n. 196, e, identicamente, Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140).

Insomma, ammettere che una discrezionalità amministrativa in senso proprio e pieno sia qui in questione consente in effetti di superare la singolare visione per cui la funzione sanzionatoria sarebbe in qualche modo paritetica, e quindi di naturale spettanza del giudice ordinario. Sembra vero il contrario: è proprio nelle sanzioni amministrative che, con particolare nettezza, si manifesta un potere amministrativo riduttivo della sfera giuridica del destinatario. Se il nostro sistema (art. 103 Cost.) vede, in via generale, riconosciuto un ruolo del tutto prevalente (se non esclusivo) al giudice amministrativo ove un simile potere sia in gioco, tale giudice dovrebbe coerentemente avere, almeno di norma, competenza anche in materia di sanzioni.

Quanto al profilo della giustificazione sistematica dei poteri di riesame nel merito delle scelte amministrative sull'*an* e sul *quantum* della sanzione, occorre richiamare qui quanto sopra accennato in punto di evoluzione in corso nel diritto comunitario, sulla scia degli obblighi discendenti dall'art. 6 CEDU: il giudice deve avere, come ormai chiaramente delineato anche in contributi dottrinali nazionali [in particolare, Allena, 2012], una c.d. *full jurisdiction* sull'*an* e sul *quan-*

tum della sanzione. Proprio in materia penale (più che in quella civile), tale pretesa, come ricordato da ultimo nel 2012 dai giudici di Strasburgo, è particolarmente sentita (Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger* v. Austria, § 52, in cui espressamente si nota, in contrapposizione a vicende in cui erano in gioco poteri amministrativi incidenti su diritti civili, che «*In the present case, however, the criminal head of Article 6 § 1 applies to the proceedings at issue and in its case-law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal sanctions imposed by administrative authorities*»).

Orbene, come già notato dal giudice *Pinto De Albuquerque* nel caso *Menarini,* l'espressa introduzione di una giurisdizione di merito del giudice amministrativo sulle sanzioni ricadenti nella propria giurisdizione, può oggi in effetti consentire la realizzazione di una *full jurisdiction* sia sull'*an* che sul *quantum* della pretesa sanzionatoria. E ciò pur ove a questi ultimi siano ritenuti propriamente discrezionali.

Se questo è vero, sembra, al di là di ogni altra considerazione, emergere la inutilità di una tradizionale impostazione che, attraverso la negazione di una discrezionalità in senso proprio nelle sanzioni, mirava a giustificare, sul piano sistematico, le scelte peculiari (quanto al sindacato sostitutivo sul *quantum*) del legislatore della depenalizzazione del 1981: l'art. 6 CEDU ci dice che proprio perché la potestà sanzionatoria è autoritativa, fino a ledere in modo particolarmente intrusivo, quale manifestazione sostanziale del diritto penale, la sfera giuridica del cittadino, essa esige (specie ove la parità delle parti non sia pienamente realizzata in sede procedimentale, come è la norma nei sistemi di diritto amministrativo) una riesame giudiziale del tutto pieno; solo così è dato realizzare, almeno *ex post,* il principio fondamentale *nulla poena sine iudicio.*

Se così è, però, la strada da percorrere in vista di una miglior tutela giurisdizionale del cittadino nel rispetto dei canoni europei del giusto processo non pare quella del (difficile, in particolare nelle fattispecie di interesse comunitario) disconoscimento di ogni discrezionalità-autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie. Sull'esempio dell'evoluzione in corso presso la Corte europea di giustizia a seguito della sentenza *Menarini* della Corte di Strasburgo, è necessario, piuttosto, realizzare la *full jurisdiction.*

Il giudice naturale della funzione amministrativa, ormai dotato di poteri di sindacato estesi al merito con riguardo a tutte le sanzioni amministrative ricadenti nella sua giurisdizione (esclusiva come di legittimità) e quindi, in astratto, di poteri pienamente coerenti con il canone della *full jurisdiction,* pare allora candidato a realizzare un percorso di sostanziale rafforzamento delle garanzie giurisdizionali del cittadino.

Bibliografia

Allena M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo,* Napoli, 2012;

Bellavista G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, 1939;

Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965;

Capaccioli E., *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria,* Milano, 1979;

Dolcini E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979;

Laguna de Paz J.C., *Understanding the limits of judicial review in European competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement* (2013);

Nazzini R., *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective,* in *Common Market Law Review*, vol 49, 2012, 971 ss.;

Paliero C.E. - Travi A., voce *Sanzioni amministrative,* in *Enc. dir.,* vol. XLI, Milano, 1989;

Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1978;

Siragusa M.-Rizza C., *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 *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 408 ss.;

Van Cleynenbreugel P., *Constitutionalizing comprehensively tailored judicial review in EU competition law, in Columbia Journal of European Law,* 18 (3), 2013, 519 ss.