

Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*

Roberto Giovagnoli

(Consigliere di Stato)

Sommario: **1.** Le tecniche di tutela risentono del potere esercitato. Necessità di operare una preliminare distinzione tra funzione di regolazione e funzione sanzionatoria. - **2.** Il sindacato sugli atti di regolazione. - **2.1.** Il controllo sulla c.d. legalità procedimentale. - **2.2.** Sul piano sostanziale: il ridimensionamento della violazione di legge e la valorizzazione dell'eccesso di potere. - **3.** Il sindacato giurisdizionale sulla funzione sanzionatoria. - **3.1.** Il tema antico del sindacato sulla discrezionalità tecnica. - **3.2.** Le peculiarità della discrezionalità tecnica esercitata dalle AI nell'esercizio del potere sanzionatorio. - **3.3.** Le suggestioni volte a circoscrivere il sindacato: il c.d. sindacato giurisdizionale "deferente". - **3.4.** Le suggestioni che, valorizzando la natura quasi giurisdizionale della potestà sanzionatoria, propongono un sindacato pieno. - **3.4.1.** Le peculiarità della potestà sanzionatoria e del giudizio di impugnazione delle sanzioni. - **3.5.** Il sindacato "pieno" sulle sanzioni delle Autorità indipendenti. La sentenza della CEDU nel caso Menarini. - **3.6.** Il sindacato sugli atti sanzionatori delle Autorità nella giurisprudenza amministrativa italiana.

1. Le tecniche di tutela risentono del potere esercitato. Necessità di operare una preliminare distinzione tra funzione di regolazione e funzione sanzionatoria.

Il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sugli atti delle autorità si configura diversamente a seconda del tipo di potere che esse esercitano.

Volendo sintetizzare, possiamo senz'altro concentrare l'attenzione sulle due principali funzioni di cui sono titolari le autorità indipendenti: quella c.d. di regolazione e quella sanzionatoria.

Si tratta di funzioni profondamente diverse fra loro, e tale diversità si riflette inevitabilmente sulla questione concernente l'intensità e il tipo del sindacato giurisdizionale.

La *regolazione* è una funzione a metà strada tra attività normativa e attività amministrativa: essa si traduce nella predeterminazione delle regole di comportamento destinate a vincolare i comportamenti dei soggetti che operano nei mercati di volta in volta regolati. La regolazione si sostanzia, quindi, un intervento *ex ante* dell'Autorità, volto anzitutto a fissare le regole

* 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.

asimmetriche per il funzionamento del mercato. Essa avviene attraverso la fissazione di indirizzi di carattere più o meno generale, aventi lo scopo di livellare il campo di gioco ed eliminare gli ostacoli alla creazione di un mercato efficiente ed effettivamente libero.

L'*attività sanzionatoria*, invece, presuppone un mercato già operante secondo modelli di libera concorrenza e vigila sull'osservanza delle regole: colpisce con interventi *ex post* i comportamenti (accordi o abusi di posizione dominante) che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo (CINTIOLI).

L'attività di regolazione è normalmente espressione di un potere di scelta non legislativamente predeterminato (in quanto spesso i "regolatori" si muovono in uno spazio che non è occupato da fonti di rango primario) o, come spesso si dice, di un potere di *policy*, nel cui esercizio l'Autorità individua le regole che ritiene più adatte a soddisfare le esigenze del mercato.

L'attività sanzionatoria è, invece, tradizionalmente un'attività di carattere doveroso e vincolato, in cui si tratta di accertare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria di volta in volta descritta dal legislatore. Non vi è esercizio di poteri di *policy*, né esercizio di discrezionalità amministrativa in senso proprio.

2. Il sindacato sugli atti di regolazione.

Con riferimento all'attività di regolazione, le principali questioni che si pongono nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'intensità del sindacato giurisdizionale si ricollegano al classico tema del difetto di legalità sostanziale (in quanto il legislatore nell'attribuire i poteri di *regulation* spesso non ne delimita l'oggetto e non fissa i criteri generali cui essi devono attenersi) e al *deficit* di legittimazione democratica che sovente si contesta ai "regolatori".

Sotto questo profilo, le posizioni della dottrina sono influenzate da visuali opposte: il bisogno di superare la politica e il bisogno di conservarla, il desiderio di pluralizzare l'ordinamento creando garanti nuovi, capaci di grande indipendenza funzionale verso l'indirizzo politico, il desiderio di dimostrarli, però, a loro volta democratici (CHIEPPA).

A fronte di chi nega le legittimità, allo stato del diritto vigente, di Autorità indipendenti dotate di poteri di *regulation*, altra parte della dottrina è pervenuta invece ritenere legittimi tali poteri sulla base di differenti tesi.

È stato affermato che la legittimazione delle autorità a quella che viene definita una normazione neutrale nasce dallo stesso mercato ed appare, in sostanza, agganciata ai principi costituzionali di cui agli artt. 21, 41, 47 e 97, oltre che ai principi comunitari della libera concorrenza della libertà di circolazione e di stabilimento, della tutela dell'investitore-risparmiatore.

Altri ancora fanno riferimento ad una riserva tecnica, che rappresenta il vero tratto distintivo della figura dell'ente pubblico, di cui, peraltro, le Autorità indipendenti potrebbero costituire uno sviluppo e un perfezionamento.

2.1. *Il controllo sulla c.d. legalità procedimentale.*

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter superare il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica, valorizzando gli aspetti relativi alla c.d. legalità procedimentale e potenziando il sindacato sull'eccesso di potere.

È, infatti, affermazione ricorrente quella secondo cui gli atti di regolazione adottati dalle Autorità, proprio perché espressione di un potere che è carente sotto il profilo della legalità sostanziale e promananti da soggetti che sfuggono al tradizionale circuito della responsabilità politica, debbano essere adottati nel rispetto di un procedimento articolato, aperto al contraddittorio e alla partecipazione dei soggetti interessati.

Un elemento che contribuisce a legittimare i poteri regolatori delle Autorità indipendenti è costituito, quindi, dalle garanzie procedimentali, dall'applicazione del giusto procedimento: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio.

Si è così instaurata una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori (CHIEPPA).

In questo quadro, allora, è evidente che il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione si è appuntato soprattutto sul rispetto delle citate garanzie procedimentali.

È così emerso un fenomeno in parte nuovo nel nostro ordinamento: la sottoposizione di un'attività sostanzialmente normativa al principio del giusto procedimento e del contraddittorio. Questo ha spesso contribuito a migliorare la qualità della regolazione, che si è arricchita anche grazie ai contributi conoscitivi che provengono dagli operatori di settore e dalle relative associazioni di categoria.

2.2. *Sul piano sostanziale: il ridimensionamento della violazione di legge e la valorizzazione dell'eccesso di potere.*

Sul piano del sindacato sostanziale, l'assenza di parametri rigidi volti a delimitare gli spazi di intervento del regolatore ha certamente determinato un ridimensionamento del vizio di violazione di legge, a fronte però di una crescente valorizzazione dell'eccesso di potere. L'eccesso di potere è stato utilizzato tenendo conto della particolare natura (più normativa che amministrativa) dell'atto oggetto di sindacato. L'eccesso di potere è diventato così lo strumento per valutare il rispetto da parte dei regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore.

3. Il sindacato giurisdizionale sulla funzione sanzionatoria.

Diverse sono invece le questioni che si pongono con riferimento al sindacato sugli atti espressione di potere sanzionatorio.

In questo caso, i principali problemi nascono, come è noto, dal fatto che la norma sanzionatoria, nel descrivere la fattispecie sanzionata, fa spesso riferimento ai c.d. concetti giuridici indeterminati, la cui concreta integrazione richiede l'utilizzo di regole tecniche specialistiche (spesso fornite dalle scienze economiche) connotate dal requisito dell'elasticità e, quindi, dalla fisiologica opinabilità delle relative applicazioni. In altri termini, la norma che descrive il comportamento sanzionato implica l'utilizzo da parte dell'autorità sanzionante di valutazioni tecniche opinabili, ovvero, per usare una terminologia ormai invalsa, l'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica.

3.1. *Il tema antico del sindacato sulla discrezionalità tecnica.*

In realtà, la questione relativa all'intensità del sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali dell'Amministrazione è questione "antica", che ha ormai trovato una risposta "consolidata" nella giurisprudenza amministrativa, la quale, a far data dalla storica sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, ha superato l'originaria assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa, segnando il passaggio da un sindacato giurisdizionale c.d. "estrinseco" (volto a censurare solo la c.d. insostenibilità agli occhi del profano) ad uno di tipo "intrinseco", in cui si ammette che il giudice, pur senza potersi sostituire all'Amministrazione, possa, comunque, censurare le valutazioni tecniche che risultino inattendibili non solo agli occhi del profano, ma anche a quelli dell'esperto, attraverso il controllo dell'attendibilità del criterio tecnico utilizzato e del suo esito applicativo.

In altri termini, nella giurisprudenza amministrativa il tema del sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali risulta ormai profondamente arato ed è pacificamente ammesso un tipo di sindacato giurisdizionale che si riserva di controllare l'attendibilità tecnica della valutazione

compiuta dall'Amministrazione, pur riconoscendo che, a fronte di più soluzioni tutte fisiologicamente opinabili, ma allo stesso tempo tutte attendibili, debba prevalere la scelta tecnica compiuta dall'Amministrazione. E così, a fronte di una norma che presenta margini di elasticità, e quindi compatibile con una pluralità di soluzioni tecniche, il giudice non deve imporre la soluzione tecnica in cui crede di più (in quanto altrimenti diventerebbe amministratore), ma solo verificare se l'Amministrazione ha rispettato quel margine di elasticità, collocandosi entro i confini dell'attendibilità.

3.2. *Le peculiarità della discrezionalità tecnica esercitata dalle AI nell'esercizio del potere sanzionatorio.*

A fronte di uno scenario giurisprudenziale che è ormai fortemente orientato verso questa soluzione, ci si può chiedere perché, a distanza di quasi quindici anni dalla svolta impressa con la sentenza n. 601 del 1999, il tema del sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali compiute dell'Autorità indipendenti in sede di accertamento della fattispecie sanzionatoria sia ancora così aperto, tanto da aver recentemente attratto anche l'attenzione della Corte europea per la tutela dei diritti dell'uomo.

Con riferimento ai poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti il dibattito, in effetti, si arricchisce di alcune suggestioni, spesso di segno opposto fra loro, in nome delle quali si sostiene, in alcuni casi, che il sindacato debba essere più contenuto rispetto al modello generale sopra descritto, mentre in altri casi, sulla base di considerazioni di stampo totalmente diverso, si propone un sindacato più intenso rispetto a quello tradizionalmente esercitato dal giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico discrezionali della P.A.

3.3. *Le suggestioni volte a circoscrivere il sindacato: il c.d. sindacato giurisdizionale "deferente".*

Le suggestioni volte a circoscrivere il sindacato sono quelle che enfatizzano le peculiarità che contraddistinguono le Autorità indipendenti, vale a dire la loro indipendenza, neutralità, paragiurisdizionalità e la loro particolare competenza tecnica.

A sostegno di queste prospettazioni si adducono anche argomenti funzionali e genetici, ricordando, quanto a quest'ultimo profilo, come le Autorità fossero nate proprio come alternativa all'affidamento al giudice di talune funzioni diverse da quelle normalmente proprie dei giudici e caratterizzate da un così pronunciato grado di tecnicismo da richiedere attitudini e preparazione specializzate. Sotto questo aspetto si coglie un controsenso nell'idea di consentire che le questioni che si era scelto di affidare, anziché al giudice, a degli organi particolarmente qualificati quanto a

competenza tecnica, e formati con speciali cautele e garanzie quanto alla scelta dei loro componenti, venissero poi in ultima analisi sottoposte alla cognizione (sia pure eventualmente solo in via mediata e indiretta, sotto veste di giudizio sulle decisioni delle autorità) proprio a quei giudici alla cui giurisdizione era sembrato opportuno fare eccezione (CORLETTO).

Per questo aspetto, nella istituzione di autorità indipendenti si è talvolta perfino visto un espediente, giustificato però dalla natura delle cose, per aggirare il divieto costituzionale di istituire giudici speciali. Da un'altra prospettiva si è sottolineata non tanto la specialità tecnica della materia loro attribuita, quanto piuttosto le particolarità soggettive delle nuove Autorità, le speciali garanzie di indipendenza loro assicurate, la loro particolare posizione di “*dominae*” degli specifici settori loro affidati, per ricavarne una oggettiva “refrattarietà” delle Autorità stesse alla sottoposizione alla normale cognizione giurisdizionale (CORLETTO).

In quest'ottica, quindi, si invoca da parte del giudice una particolare “*deferenza*” nei confronti delle Autorità indipendenti. È significativo ricordare che il riferimento alla “*deferenza*” è contenuto nella nota sentenza della Suprema Corte americana che, nel caso *Chevron*, invitava i giudici proprio ad una maggiore *deferenza* nei confronti delle *agencies*, affermando che i giudici possono disattendere l'interpretazione che un'*agenzia* abbia dato ad una legge di cui ha il compito di curare l'applicazione, solo quando questa interpretazione sia contraria alla volontà chiara ed espressa del legislatore oppure sia irragionevole.

Si tratta di argomenti che, per quanto in gran parte oggi superati, hanno profondamente condizionato il dibattito sull'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti anche in Italia. Basti pensare che, nel corso dei lavori preparatori che poi portarono alla legge n. 205 del 2000, il d.d.l. governativo presentato (il 10 dicembre 1997) al Senato nella XIII legislatura con il n. 2934, e poi diventato, appunto, nel 2000, la legge n. 205, recava un art. 5 (scomparso al momento della prima approvazione del Senato, nell'aprile 1999, ma fino all'ultimo, a quel che risulta, difeso dal relatore), il quale, sotto il titolo “*Atti delle autorità amministrative indipendenti*”, prevedeva che “*Nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, ove prevista nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti, il giudice amministrativo conosce, oltre che dell'incompetenza e della violazione di legge, esclusivamente del palese errore di apprezzamento e della manifesta illogicità del provvedimento impugnato*”.

La formulazione proposta contrastava evidentemente con l'art. 113 Cost.. E tuttavia la tentazione di escludere dalla cognizione del giudice il vizio di eccesso di potere, o almeno di operare un ritaglio all'interno delle sue molteplici manifestazioni, per escludere quelle che più sembrano prestarsi a consentire valutazioni che sfiorano un giudizio di merito, pare ripresentarsi con una certa insistenza, quando si parla di giudizi sugli atti autorità indipendenti.

3.4. *Le suggestioni che, valorizzando la natura quasi giurisdizionale della potestà sanzionatoria, propongono una sindacato pieno.*

A queste suggestioni, che valorizzando la natura e la genesi delle Autorità indipendenti, propongono un sindacato giurisdizionale particolarmente “deferente”, si contrappone, invece, un indirizzo che, traendo spunto dalla peculiarità che contraddistingue la funzione sanzionatoria in quanto tale, propone un sindacato di particolare ampiezza e intensità, ai confini del giudizio di merito.

Si tratta di una tesi che muove dalla convinzione che la funzione sanzionatoria debba essere tenuta distinta rispetto alla “comune” funzione amministrativa che si estrinseca nell’adozione di atti provvedimenti.

3.4.1. *Le peculiarità della potestà sanzionatoria e del giudizio di impugnazione delle sanzioni.*

Le sanzioni, infatti, sono atti particolari, adottati all’esito di un procedimento speciale (delineato, nei suoi tratti generali, dalla legge n. 689 del 1981) e sottoposte ad un particolare regime processuale (si impugnano, di regola, davanti al giudice ordinario, attraverso uno speciale rito, sempre disciplinato, nei suoi tratti generali, dalla l. n. 689/1981).

Queste peculiarità (procedimentali e processuali) possono spiegarsi in considerazione del fatto che le sanzioni amministrative, a rigore, pur essendo adottate da una pubblica amministrazione nell’esercizio di un potere autoritativo, non sono, appunto, propriamente provvedimenti amministrativi.

Ciò che caratterizza immancabilmente il provvedimento amministrativo, invero, è il fatto che esso è sempre diretto alla cura di un interesse pubblico particolare, in nome del quale il potere è attribuito.

Anche quando il provvedimento amministrativo è fonte, per il suo destinatario, di conseguenze pregiudizievoli o afflittive, queste non sono mai lo scopo o la causa dell’esercizio del potere, ma la conseguenza indiretta di un atto che ha come obiettivo principale la cura di un interesse pubblico determinato. Si sente parlare, spesso, di sanzioni c.d. ripristinatorie, proprio per indicare quei provvedimenti amministrativi che, pur primariamente diretti alla cura di un interesse pubblico determinato, producono, comunque, conseguenze afflittive per il privato. L’espressione “sanzioni ripristinatorie” è in realtà ambigua: questi atti non sono sanzioni, ma comuni provvedimenti amministrativi, e l’effetto afflittivo che il privato subisce è solo la conseguenza indiretta della realizzazione dell’interesse pubblico che viene, attraverso il provvedimento,

ripristinato (ad es. l'ordine di demolizione di un immobile abusivo, o le misure interdittive adottate nei confronti di chi, ad esempio, non ha più i requisiti per svolgere una determinata attività).

Non vi è dubbio, infatti, che le sanzioni c.d. ripristinatorie, siano devolute alla giurisdizione amministrativa e la loro impugnazione soggiaccia per intero alle regole del processo amministrativo.

Al contrario, la sanzione amministrativa in senso proprio ha esclusivamente finalità afflittiva: essa non è diretta a curare o realizzare un interesse pubblico particolare, ma solo a punire chi ha trasgredito le regole. Alla base della sanzione vi è, quindi, l'interesse generale all'osservanza della legge e a punire chi la contravviene.

Questa è la ragione per la quale la funzione sanzionatoria viene distinta dalla comune funzione amministrativa. La prima è diretta a punire, la seconda a curare l'interesse pubblico specifico individuato dalla norma che attribuisce il potere all'Amministrazione.

Queste considerazioni consentono di comprendere anche il particolare regime che l'ordinamento prevede per l'impugnazione delle sanzioni amministrative.

A differenza dei provvedimenti amministrativi, infatti, le sanzioni amministrative si impugnano di regola di fronte al giudice ordinario, mediante un particolare processo, di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, disciplinato dagli artt. 21 e ss. l. n. 689/1981.

La ragione di questa speciale "competenza" del giudice ordinario in materia di sanzioni amministrative è stata, a lungo, oggetto di dibattito. Qualcuno vi rinviene un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, che, in questa materia, sarebbe chiamato, eccezionalmente, a conoscere interessi legittimi. Altri, invece, ritengono che questa sia semplicemente un'ipotesi in cui l'atto dell'Amministrazione incide su diritti soggettivi indegradabili, perché costituzionalmente rilevanti. Si richiama, a tal proposito, l'art. 23 Cost. che sancisce che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non nei casi previsti dalla legge, con la conseguenza che la sanzione illegittima inciderebbe sul diritto costituzionalmente rilevante sancito dall'art. 23 Cost.

Probabilmente, come evidenzia la migliore dottrina (SEVERINI), nessuna delle due impostazioni è corretta. A fronte delle sanzioni amministrative non si configurano propriamente né interessi legittimi né diritti soggettivi, atteso che le sanzioni non sono espressione della funzione amministrativa (diretta alla cura di un interesse pubblico particolare) ma della diversa funzione afflittiva.

La dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo come criterio di riparto è stata, infatti, elaborata con riferimento a situazioni in cui la P.A. agisce con strumenti provvedimenti, diretti alla cura di un interesse pubblico specifico. Quando ciò accade, si dice che vi è interesse legittimo quando l'ordinamento tollera che, in nome di quell'interesse pubblico, il privato possa, a certe

condizioni, essere sacrificato, e vi è, invece, diritto soggettivo quando la tutela dell'interesse del privato è incondizionata e non ammette sacrifici nemmeno in nome dell'interesse pubblico.

Laddove, al contrario, come accade nel caso delle sanzioni, l'attività della P.A. non è diretta a realizzare l'interesse pubblico, ma solo a punire, quella distinzione (diritto soggettivo/interesse legittimo) risulta inapplicabile.

Del resto, come è stato ben evidenziato in dottrina (cfr. ancora SEVERINI), “affermare – come spesso si usa – che di fronte alla sanzione punitiva la situazione del sanzionato è di un *diritto soggettivo* a non essere sottoposto al pagamento di somme al di fuori dei casi previsti dalla legge è al contempo un'evocazione rituale del criterio generale di riparto e una petizione di principio. A dimostrare la petizione basta rovesciare l'argomento quando si è nella sicura giurisdizione amministrativa in tema di misure ripristinatorie: infatti la stessa pretesa al bene della vita integrità patrimoniale, che nel caso dell'illecito amministrativo si dice essere diritto soggettivo, lì si dice essere interesse legittimo; eppure vale per le misure pecuniarie per equivalente alternative alle misure ripristinatorie (come le sanzioni minori edilizie), pacificamente di cognizione del giudice amministrativo, la medesima pretesa alla loro non applicazione oltre i casi previsti dalla legge”.

A volte, del resto, di fronte ad atti aventi lo stesso contenuto dispositivo, la giurisdizione cambia, a seconda, che venga in considerazione la funzione sanzionatoria o la funzione di cura dell'interesse pubblico.

Da quanto precede, emerge che la giustificazione della giurisdizione del giudice ordinario sulle sanzioni amministrative non può essere ricercata nella natura della situazione giuridica soggettiva di cui il privato è titolare. Sarebbe, infatti, difficile comprendere come mai, a fronte di atti che hanno lo stesso contenuto dispositivo (revisione della patente; interdizione), la natura della situazione soggettiva muti, a seconda della funzione sanzionatoria o meno dell'atto adottato.

Il fondamento della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni deve allora essere ricercato altrove. Deve essere ricercato nella circostanza che il giudice ordinario è storicamente e tradizionalmente il giudice delle “punizioni” dei comportamenti umani, il principale titolare della funzione punitiva, funzione che solo provvisoriamente e per ragioni deflative della giurisdizione viene svolta dalla p.a.

In altri termini, secondo questa prospettiva, l'ordinanza-ingiunzione è solo *provocatio ad opponendum* e rappresenta un intervento provvisorio destinato ad essere sostituito, su volontà del destinatario-opponente, dall'intervento del giudice: per quanto l'intento deflattivo della giurisdizione penale assegni in via interinale all'amministrazione l'applicazione di una sanzione (buona parte degli illeciti amministrativi sono reati depenalizzati), ogni potestà sanzionatoria punitiva resta in ultimo espressiva della giurisdizione (*nulla poena sine iudicio*), non per i beni

incisi, quanto per il fatto stesso della valutazione e retribuzione dei comportamenti antigiuridici; la restituzione alla giurisdizione di quanto precariamente traslato nell'attività ad essa alternativa giustifica l'eccezionale ma strumentale potere di annullamento di un atto, a ben vedere solo soggettivamente, amministrativo (sul tema cfr. SEVERINI).

Questa impostazione (la funzione sanzionatoria è solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente è giurisdizionale) consente di comprendere (oltre alla giurisdizione ordinaria) anche le peculiarità del processo di opposizione all'ordinanza-ingiunzione.

Qui si è in presenza di un giudizio sia rescindente e, se del caso, rescissorio. Per questo secondo momento, l'art. 23 comma 11 l. n. 689 del 1981 prevede che con la sentenza il giudice possa accogliere l'opposizione, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta. La l. n. 689/1981 consentendo l'intervento giurisdizionale di riesame retroattivo all'interno dell'atto amministrativo interviene nel merito del rapporto punitivo, rende il giudice *dominus* della valutazione circa l'entità della pena e lo investe dello stesso potere di piena valutazione esercitato con l'ordinanza-ingiunzione: è un riesame non del solo atto, ma dell'intera pretesa punitiva. Unica limitazione sostanziale a tale effetto devolutivo è che non è esteso alla *reformatio in peius*, perché il giudice non può d'ufficio, né su domanda riconvenzionale dell'amministrazione, aggravare la sanzione: il potere di modifica consegue al solo accoglimento del ricorso (in questi termini, SEVERINI).

Ulteriori argomenti militano a favore di questa tesi. Diversamente da quanto previsto a pena d'inammissibilità nel giudizio amministrativo, l'art. 22 l. n. 689, cit. non prevede che il ricorso debba contenere "i motivi su cui si fonda il ricorso" e l'art. 23 non contempla tra le cause d'inammissibilità dell'opposizione la mancata esposizione dei motivi. Inoltre l'art. 23 comma 12, secondo cui «il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente», invertendo l'onere della prova, attribuisce all'amministrazione convenuta la posizione sostanziale di attore, toglie all'ordinanza la presunzione di legittimità, pone l'amministrazione in posizione di parità nel contraddittorio processuale e dà al giudice la piena cognizione del fatto; e, replicando la formula assolutoria del processo penale vigente nel 1981 sull'assoluzione per insufficienza di prove, rende impossibile la qualificazione dell'azione introdotta dall'opponente come domanda di accertamento negativo" (così, ancora, SEVERINI).

Proprio prendendo spunto dalla speciale connotazione in senso quasi paragiurisdizionale della funzione sanzionatoria, una parte della dottrina afferma, allora, che anche nel caso in cui le sanzioni siano eccezionalmente devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quest'ultimo dovrebbe esercitare un sindacato "pieno" al fine di verificare esattamente se sussistono i presupposti per l'esercizio della potestà punitiva.

Non si tratterebbe, infatti, di un sindacato sull'esercizio di un potere "altrui" (come accade per la tradizionale funzione amministrativa), ma dell'esercizio diretto di un potere "proprio" (quello appunto punitivo). Sarebbe, quindi, il processo, più che il procedimento amministrativo, la sede naturale per accertare se sussistono i presupposti dell'illecito amministrativo e, quindi, per irrogare la sanzione.

3.5. Il sindacato "pieno" sulle sanzioni delle Autorità indipendenti. La sentenza della CEDU nel caso Menarini.

Questa particolare ampiezza del sindacato varrebbe, allora, pure nell'ipotesi di poteri sanzionatori esercitati dalle Autorità indipendenti, anche nel caso in cui la norma che descrive il comportamento sanzionato rinvia a clausole generali o a concetti giuridici indeterminati la cui integrazione richiede l'esercizio di discrezionalità tecnica.

Del resto, in questa prospettiva, volta a valorizzare la particolarità della funzione sanzionatoria, si spiega anche la questione recentemente esaminata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Menarini*, in cui si è posto proprio il problema se il tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo italiano sulle sanzioni delle Autorità indipendenti e, segnatamente, su quelle irrogate dall'AGCM possa considerarsi in linea con le previsioni della Convenzione e, in particolare, con il diritto ad una tutela piena ed effettiva, riconosciuto dall'art. 6, § 1, della Convenzione, a chiunque subisca l'infrazione di una punizione.

La sentenza *Menarini* solleva numerosi aspetti di interesse.

La Corte europea, come si è accennato, parte dal presupposto che le sanzioni amministrative irrogate dall'AGCM costituiscono, ai sensi della Convenzione, "pene" e come rientrano nel campo di applicazione dell'art. 6, § 1, CEDU, il quale prevede che: "*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.*"

La Corte ha rilevato che nell'ordinamento italiano gli illeciti anticoncorrenziali non possiedono formalmente natura penale, in quanto essi sono sanzionati non ai sensi di norme penali ma ai sensi della Legge n. 287/1990 "*per la tutela della concorrenza e del mercato*". Nondimeno, le sanzioni irrogate dall'AGCM possiedono sostanzialmente carattere penale, secondo la Corte, in quanto perseguono il duplice obiettivo di *prevenire e reprimere* le condotte anticoncorrenziali realizzate dalle imprese, obiettivo emerso – nella fattispecie – considerando la gravità della sanzione (6 milioni di euro) dotata, dunque, di carattere punitivo.

L'applicazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione implica il diritto del soggetto sanzionato di accedere ad sindacato giurisdizionale "pieno" sulla fondatezza dell'accusa contestata.

Di qui la necessità di verificare se il sindacato esercitato dal giudice amministrativo abbia quei caratteri di pienezza necessari per assicurare il rispetto della Convenzione.

La Corte europea, come è noto, è giunta alla conclusione positiva, ritenendo che nel caso concreto il giudice amministrativo non si era limitato ad un semplice controllo di legittimità, in quanto i giudici amministrativi avevano potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l'AGCM aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri, nonché l'adeguatezza e la proporzionalità della misura inflitta e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico.

In conclusione i giudici europei hanno riconosciuto che il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione, in quanto sia il TAR sia il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e avrebbero anche potuto sostituirla. In particolare, la Corte ha osservato che il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo «esterno» sulla coerenza logica della motivazione della AGCM, ha respinto un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte, con sei voti contro uno, ha dichiarato non sussistente la violazione dell'articolo 6, § 1 della Convenzione.

Di particolare interesse è ancora l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, secondo cui, invece, l'art. 6 non sarebbe stato rispettato in quanto *“i giudici amministrativi hanno dato un beneplacito formale e hanno realizzato un controllo «interno» che non costituisce una garanzia reale e pratica per i soggetti già condannati. Una lettura attenta dei motivi della decisione sui fatti rivela che la sentenza del TAR contiene più di 60 citazioni e riferimenti ai paragrafi della decisione dell'AGCM, e quella del Consiglio di Stato più di quaranta citazioni e riferimenti al suddetto testo. Gli organi giurisdizionali non fanno che ripetere uno dopo l'altro gli argomenti già sostenuti dall'AGCM, rinviando con notevole enfasi ai paragrafi della decisione amministrativa. La presunta analisi degli argomenti del ricorso della società è stata semplicemente un'adesione formale da parte dei giudici alla valutazione tecnica «indiscutibile» e incontestabile della AGCM. In definitiva non vi è stata alcuna valutazione indipendente, concreta e dettagliata di illegittimità e responsabilità del comportamento della ricorrente. In conclusione, il controllo del giudice amministrativo è stato solo formale, perché non ha analizzato il nucleo della motivazione della decisione amministrativa di condanna, vale a dire la valutazione tecnica dei fatti contestati alla ricorrente. La ricorrente è stata privata di un'analisi autonoma dei motivi del suo ricorso”*.

La sentenza *Menarini*, pur escludendo, nel caso di specie, la violazione della CEDU (nonostante la *dissenting opinion* del giudice Pinto), sembra, tuttavia, fondarsi sul principio che il sindacato sulle sanzioni non può essere assimilato al sindacato di legittimità sui “comuni” provvedimenti amministrativi. Partendo dalla qualificazione della sanzioni AGCM in termini di “pena”, la Corte evoca la necessità di un sindacato pieno, non di sola legittimità, e va a verificare se, in concreto, questo tipo di sindacato sia stato esercitato.

Pur escludendo nella fattispecie specifica la violazione della Convenzione, certamente questa sentenza rappresenta un argomento a sostegno delle tesi che, proprio valorizzando la peculiarità della funzione sanzionatoria, affermano la necessità di un sindacato più intenso rispetto a quello normalmente esercitato sui “comuni” provvedimenti amministrativi.

3.6. Il sindacato sugli atti sanzionatori delle Autorità nella giurisprudenza amministrativa italiana.

Così ricostruito il quadro dottrinale e giurisprudenziale, dobbiamo allora verificare quale sia il tipo di sindacato che il g.a. esercita sulle sanzioni dell’AGCM e chiederci se esso, effettivamente, rispetti i parametri imposti dalla CEDU.

Il giudice amministrativo italiano ha progressivamente approfondito la questione, mosso dalla ricerca di un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare direttamente un potere in materie rimesse alle Autorità garanti, la correttezza del cui operato deve essere verificata dal giudice.

Nelle prime decisioni pronunciate soprattutto in materia antitrust, è ricorrente l’affermazione del principio, secondo cui i provvedimenti dell’Autorità sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. Purché si rimanga nell’ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giurisdizionale non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Allorché, peraltro, viene dedotto, avverso i provvedimenti dell’Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell’ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell’atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall’Autorità, e a questa riservate.

Successivamente, il Consiglio di Stato ha riconfermato tale orientamento, fornendo alcune ulteriori precisazioni ed evidenziando che i provvedimenti dell’Autorità antitrust hanno natura atipica e sono articolati in più parti, che corrispondono alle fasi del controllo svolto dall’Autorità: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di “contestualizzazione” della norma posta

a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a “concetti giuridici indeterminati” (quali il mercato rilevante, l’abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito contestato; c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra “contestualizzato”; d) un’ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente.

Ciò premesso, il Consiglio di Stato esclude che il controllo di legittimità possa precludere al giudice amministrativo la verifica della verità del fatto posto a fondamento dei provvedimenti dell’Autorità, in quanto a seguito del progressivo spostamento dell’oggetto del giudizio amministrativo dall’atto al rapporto controverso (pretesa fatta valere, secondo alcuni) deve ormai ritenersi superato quell’orientamento che negava al giudice amministrativo l’accesso diretto al fatto, salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedimentali.

Sulla base di tale orientamento, quindi, i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell’Autorità possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi; ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall’Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l’accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione.

Alla fine, quindi, il giudice amministrativo esercita sulle valutazioni tecnico-discrezionali dell’Autorità un sindacato *intrinseco* (riutilizzando le stesse regole specialistiche utilizzate dall’Autorità), ma *non sostitutivo*, limitandosi a verificare se la soluzione tecnica individuata dall’Amministrazione sia attendibile, *id est* se rientri nell’ambito dei margini di elasticità consentiti dal concetto giuridico indeterminato.

Tale tecnica di controllo era stata inizialmente qualificata, dalla stessa giurisprudenza amministrativa, in termini di controllo “debole”, quasi a ipotizzare l’esistenza e la possibilità di un controllo “forte”, che il giudice si rifiutava, tuttavia, di esercitare. È evidente che la contrapposizione tra “controllo debole” e “controllo forte” presentava elementi di ambiguità, lasciando ipotizzare appunto la possibilità di un sindacato giurisdizionale più intenso ma non esercitato.

Proprio prendendo atto di questa ambiguità la più recente giurisprudenza amministrativa ha successivamente specificato che sindacato esercitato sull’attendibilità tecnica della valutazione effettuata dall’Autorità non è affatto “debole”, ma è l’unico consentito al giudice, traducendosi, infatti, l’ipotizzato “controllo forte” in una inammissibile sostituzione del giudice all’Amministrazione.

Così ricostruito il quadro giurisprudenziale nazionale, dobbiamo chiederci se esso rispetto il principio dell'effettività della tutela, anche alla luce dei vincoli derivanti dall'art. 6, § 1 della CEDU.

La risposta non può essere che positiva. A tale conclusione si può giungere proprio valorizzando i due elementi di specialità che connotano le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti.

Da un lato, infatti, è certamente vero che la sanzione sia normalmente sottoposta ad un sindacato giurisdizionale più intenso, alla luce dei principi desumibili dalla stessa legge n. 689/1981, che configurano un sindacato pieno sul fatto e sui presupposti della potestà punitiva. Ed è altrettanto vero che tale maggiore intensità del sindacato si giustifica in ragione della natura ibrida del potere sanzionatorio che presenti alcuni caratteri propri della giurisdizione, in particolare della giurisdizione punitiva.

Dall'altro lato, però, proprio valorizzando i caratteri e la natura (da molti definita persino "paragiurisdizionale") delle Autorità indipendenti (almeno di quelle i cui atti sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del G.A.), si può, con riferimento alle sanzioni dalle stesse irrogate, concludere nel senso che il legislatore abbia voluto attribuire ad esse la *titolarità* del potere sanzionatorio, ritenendole i soggetti meglio in grado di accertare e valutare la sussistenza della fattispecie di illecito.

Con riferimento alle Autorità indipendenti sembrano, quindi, non utilizzabili le considerazioni che depongono a favore di un sindacato tendenzialmente pieno (sul rapporto più che sull'atto) sulla sanzione. Nel caso delle sanzioni delle Autorità indipendenti, deve escludersi che il giudice amministrativo, adito in sede di impugnazione del provvedimento sanzionatorio, si riappropri, in sede processuale, di una potestà punitiva di cui ha la piena titolarità (e che solo provvisoriamente è stata "delegata" all'Amministrazione). In questo caso, al contrario, la potestà sanzionatoria è attribuita all'Autorità indipendente come funzione sua propria, attribuzione giustificata proprio in nome delle caratteristiche di tecnicità, indipendenza, neutralità che connotano tale soggetto.

Si tratta, quindi, del tradizionale sindacato sul corretto esercizio di un potere "altrui", che, pertanto, deve svolgersi senza sostituirsi al soggetto titolare del potere, nei limiti tipici del tradizionale giudizio di legittimità.

Questa del resto sembra anche la *ratio* che sta alla base dell'attribuzione delle impugnazioni delle sanzioni di alcune Autorità indipendenti alla giurisdizione esclusiva del g.a. e la conseguente sottoposizione ad un regime processuale (quello tipico dell'impugnazione dei provvedimenti) che

differisce notevolmente dal regime processuale delineato dalla legge n. 689 del 1981 per l'opposizione alle ordinanze-ingiunzione.

Non depone in senso contrario la circostanza che oggi il codice del processo amministrativo abbia previsto espressamente la giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni delle Autorità indipendenti (art. 134, lett. c), perché con tale norma, come pacificamente si ritiene, il legislatore ha solo voluto esplicitare il potere del giudice amministrativo di rideterminare nel *quantum* la sanzione. La giurisdizione estesa al merito riguarda, quindi, solo l'importo della sanzione, ma non anche la valutazione di esistenza dei suoi presupposti. In relazione a questo aspetto il sindacato è certamente pieno (essendo pieno il potere del giudice amministrativo di accertare i fatti), ma è appunto un sindacato che risente delle regole della giurisdizione amministrativa nel cui ambito si iscrive, regole che consentono al giudice di valutare la legittimità dell'azione amministrativa, ma che impediscono al giudice di *appropriarsi della funzione* dell'Amministrazione, sostituendosi ad essa nel suo esercizio.

Il pieno accesso al fatto e il sindacato altrettanto pieno sull'attendibilità della valutazione delle Autorità indipendenti anche sotto il profilo tecnico consentono certamente di ritenere tale tecnica di tutela in linea con quanto esige l'art. 6 §1 della CEDU.