

ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza *Università di Urbino Carlo Bo*
alberto.clini@uniurb.it

POTESTÀ SANZIONATORIA DELLE AUTHORITIES E “GIUSTO” SINDACATO GIURISDIZIONALE

THE SANCTIONS POWER OF AUTHORITIES AND THE “RIGHT” JUDICIAL REVIEW

SINTESI

Il contributo si collega al diffuso interesse sollevato dal provvedimento sanzionatorio a séguito delle notevoli incidenze che esso oramai contempla non solo sul versante degli effetti inflitti agli operatori economici quali diretti destinatari delle misure adottate dalle Authorities – spesso di notevole entità –, ma al tempo stesso sul piano della adeguatezza di un modello di cognizione processuale che assicuri un’effettiva garanzia alle correlate posizioni soggettive incise. In particolare, sui provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti, si è concentrata una specifica attenzione in relazione ai presidi di tutela offerti dal nostro sistema giurisdizionale, con l’avvio di un vasto dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull’intensità del sindacato operato dal giudice amministrativo, in conformità ai parametri delle disposizioni processuali della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), per come interpretati ed applicati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU). La gran parte dei contributi scientifici, condivide ed amplifica la scelta della Corte EDU nell’ottica di rafforzare verso le sanzioni amministrative una tutela maggiore, attraverso un’intensità del sindacato giurisdizionale di *full jurisdiction*. L’approccio pone una serie di problemi, tra cui la ricostruzione sistematica di provvedimento sanzionatorio, il rapporto tra procedimento e processo, la sussistenza o meno di limiti all’esercizio di poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo. Dopo una sintesi di tali questioni, si è cercato di affrontare un nodo problematico che non appare ancora adeguatamente approfondito. Si tratta di una considerazione che muove da un’applicazione sempre più estesa dei *criteria Engel*, vale a dire delle tutele dedotte dalla giurisprudenza della Corte ex artt. 6 e 7 CEDU. In particolare, attraverso il criterio della gravità si introduce invero un parametro di identificazione del provvedimento sanzionatorio indeterminato. Si ritiene che tale criterio non possa qualificare la posizione soggettiva del destinatario, ma si risolve in una caratteristica del provvedimento oggettivizzato. Ciò determina due ingiustificate conseguenze: la prima, contrappone atti amministrativi (a tutela

piena) che corrispondono ai parametri del provvedimento sanzionatorio ad un insieme residuale di “altri” atti che ne risulterebbero esclusi (anche in termini di intensità di tutela). È noto e dimostrato, difatti, che non solo la sanzione (sia essa formalmente o sostanzialmente intesa), ma anche provvedimenti favorevoli possono produrre effetti negativi (e dunque “gravi”) nei confronti di soggette differenti dal destinatario (controinteressati, pubbliche amministrazioni ecc.). *Quid juris* sul regime di tutela contro questi ultimi provvedimenti. La seconda, si pone in dissonanza con il sistema costituzionale del diritto di azione, vale a dire nella identificazione dell’interesse meritevole di tutela sottostante la posizione soggettiva incisa dall’atto, in conformità all’art. 24 Cost. senza graduazioni rispetto al paradigma della *full jurisdiction*. La costruzione di una *full jurisdiction* declinata sul criterio della gravità della misura inflitta, si risolve in un ritorno al passato, vale a dire in un processo sull’oggettività di un provvedimento “sanzionatorio”, qualificato in relazione ad un parametro di severità che non appartiene al destinatario, ma alla caratteristica intrinseca dell’atto astrattamente inteso: così si finisce per alterare l’oggetto del giudizio, che deve essere l’atto nel perimetro tracciato dalle accuse mosse al privato e, quindi, in relazione all’interesse sostanziale del ricorrente.

ABSTRACT

This essay is linked to the widespread interest raised by the sanctioning measures following the considerable impact that it currently implies, not only with regard to the effects for the economic operators as addressees of the often significant measures adopted by the Authorities, but also in terms of the adequacy of a model of judicial cognition able to ensure effective guarantees to the related subjective positions. In particular, special focus has been cast on the sanctioning measures adopted by the independent Authorities, with regard to the protection ensured by the Italian jurisdictional system. A wide case law and jurisprudence debate has started on the width and intensity of the administrative judges’ control, in accordance with the procedural provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as construed and applied by the European Court of Human Rights. Most of the scientific contributions share and boost the choice of the European Court of Human Rights in order to ensure a better protection against administrative sanctions by means of a judicial control in *full jurisdiction*. This approach poses a number of problems, including the systematic reconstruction of the sanctionary measure, the relationship between proceedings and process, the existence or not of restrictions to the exercise of investigation and decision-making powers of the administrative judge. After summarizing the above issues, an awkward issue has been tackled, still not studied in depth. It is raised by an ever increasing application of the Engel criteria, i.e. of the protections inferred by the Court’s jurisprudence pursuant to articles 6 and 7 of the ECHR. In particular, through the criterion of seriousness, a parameter of identification of the indeterminate sanctionary measure is introduced. Such criterion is not believed to be able to define the subjective position of the addressee,

but it remains a feature of the objectified measure. This has two unjustified consequences: the first one sets up (full protected) administrative measures, corresponding to the parameters of administrative sanctions, against some other residual measures that would be excluded (also in terms of intensity of protection). It is well known and proven, in fact, that not only a sanction (both formal and substantial), but also favorable measures can have negative and serious effects on subjects other than the addressees (counterparts, public administration, etc.). *Quid juris* on the protection regime against the latter measures? The second consequence clashes with the constitutional system of the right of action, when it identifies the interest worthy of protection underlying the subjective position affected by an administrative measure, in accordance with article 24 of the Constitution without distinctions with respect to the *full jurisdiction* paradigm. The creation of a *full jurisdiction* centered on the severity of the measure imposed turns out to be a step backwards, that is to say, a process on the objectivity of a sanctionary measure, defined according to a severity parameter that has nothing to do with the addressee, but with the intrinsic nature of the measure in itself. This way, the subject-matter of the judgment (that must fall within the framework of the charges against the private subject and, therefore, linked to the applicant's material interest) is altered.

PAROLE CHIAVE: full jurisdiction - sindacato giurisdizionale - Authorities

KEYWORDS: full jurisdiction - judicial review - Authorities

INDICE: 1. Protagonisti ed interpreti sulle sanzioni adottate dalle Autorità amministrative indipendenti – 2. Dalla sanzione amministrativa alla amministrazione di sanzioni? – 3. Procedimento e processo: verso un “giusto modello europeo? – 4. Il controllo giurisdizionale sulle sanzioni emesse dalle Authorities – 5. *Full jurisdiction*: per molti ma non per tutti?

1. Protagonisti ed interpreti sulle sanzioni adottate dalle Autorità amministrative indipendenti.

Si è di certo ridestato un interesse sempre più vasto sul provvedimento sanzionatorio a séguito delle notevoli incidenze che esso oramai contempla non solo sul versante degli effetti inflitti agli operatori economici quali diretti destinatari delle misure adottate dalle Authorities – spesso di notevole entità –, ma al tempo stesso sul piano della adeguatezza di un modello di cognizione processuale che assicuri un'effettiva garanzia alle correlate posizioni soggettive incise¹.

¹ La ricostruzione teorica della nozione di sanzione, sia in relazione al raccordo con la norma prescrittiva dell'azione giuridicamente illecita che nelle conseguenze che discendono dalla violazione del precetto, è stata oggetto di una vasta elaborazione di tesi che privilegiano a volte la misura inflittiva come norma autonoma, altre come secondaria rispetto ad una norma prin-

Sicché, attraverso lo scrutinio giurisprudenziale dell'esercizio di poteri sanzionatori svolti dalla Autorità amministrative indipendenti (AAI)², si è elevata una sempre più estesa attenzione in relazione ai presidi di tutela offerti dal nostro sistema giurisdizionale, ed in special modo all'intensità del sindacato operato dal giudice amministrativo, in conformità ai parametri delle disposizioni processuali della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)³, per come interpretati ed applicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)⁴.

cipale o ancora come precetti necessariamente interrelati (sicché non si configura un illecito senza sanzione ed il suo opposto); G. GAVAZZI, (voce) *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992; F. D'AGOSTINO, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 303 ss.; E. CASSETTA, (voce) *Sanzione amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, v. XIII, Torino, Utet, 1997, pp. 598 ss. Per un autorevole tentativo di superamento delle differenti letture nella prospettazione di un concetto unitario di sanzione, sulla base della funzione assoluta circa la determinazione del comportamento in quanto necessario, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 1, pp. 223 ss. Per una recente ed esaustiva ricostruzione delle differenti teorie, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, 2017, Napoli, Editoriale Scientifica, spec. Cap I.

² Sulle specificità della potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti e sullo scrutinio esercitato dal giudice amministrativo, si vedano gli studi monografici di E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, Giappichelli, 2000; R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, 2, p. 340; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., pp. 320 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2015; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007; tra gli oramai copiosi contributi, si veda tra i più recenti M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *www.federalismi.it*, 2017; E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi giudiziali delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 108; B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction". Brevi considerazioni a Consiglio di Stato sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 745; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 546; ID., *Un'analisi critica delle tutele procedurali 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, 3, p. 669; L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *amministrativ@mente*, 2016, 9-10; P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, pp. 767 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, p. 181; F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale, in 20 anni di Antitrust: L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, vol. I, Torino, Giappichelli, 2010, p. 264; ID., *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 257; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2308; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *GiustAmm.it*, 2013, 10.

³ In generale, sui rapporti tra diritto amministrativo e Convenzione EDU, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; C.E. GALLO,

In particolare, nel percorso di assimilazione della CEDU al diritto comunitario, in attesa del completamento dell'*iter* di adesione dell'Unione europea alla Convenzione, non è dubbio che si sia manifestata negli anni un'indiscussa influenza della fonte convenzionale verso il nostro ordinamento, nel rispetto dei meccanismi di applicazione fissati dalla Corte costituzionale⁵.

La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani, in *Dir. amm.*, 1996, 3, pp. 499 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm*, 2000, pp. 25 ss.

⁴ Sulle influenze della giurisprudenza della Corte EDU sui giudici amministrativi in merito ai provvedimenti sanzionatori ed in particolare a quelli adottati dalle AAI italiane, oltre agli studi citati nelle precedenti due note, per la specificità del tema trattato si veda A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *www.rivistaaic.it.*, 2011; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, p. 685; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. - Tar*, 2013, 4, p. 1228; M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la Cedu: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, p. 825.

⁵ A séguito della riforma costituzionale del 2001 ed il richiamo da parte dell'art. 117, co. 1, agli "obblighi internazionali", si è avuto un *revirement* della Corte costituzionale rispetto ad una precedente fase di "chiusura" nei confronti della Convenzione CEDU "relegata" al rango di legge ordinaria (ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848): con le note sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, la Consulta ha confermato che la Cedu non costituisce un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti; tuttavia «*l'art. 117, comma 1, cost., nel condizionare l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Cedu, assegna a queste ultime il rango di "fonti interposte", la cui funzione è di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato. Le norme Cedu, peraltro, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, non si sottraggono - così come interpretate dalla Corte di Strasburgo - al controllo di costituzionalità. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione*». Sicché l'applicazione in caso di contrasto interno non è rimessa al giudice mediante il metodo della disapplicazione, bensì va risolto, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, considerando le relative disposizioni come norme interposte *ex art. 117 comma 1 Cost.* Tra i numerosi commenti C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, p. 3518; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, pp. 201 ss. Peraltro rispetto al tentativo di riconoscere un'immediata efficacia delle disposizioni convenzionali dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, per cui «*gli art. 6 e 13 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a séguito della modifica dell'art. 6 del trattato, disposta dal trattato di Lisbona, entrato in vigore l'1 dicembre 2009) impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio the domestic remedies must be effective*» (Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1220), la Consulta ha disatteso qualsiasi apertura ribadendo che «*anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona restano valide le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale riguardo alla impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione Europea, di far derivare dalla qualificazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo quali "principi generali" del diritto dell'Unione la riferibilità dell'art. 11 cost. alla convenzione europea. I principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Ciò vale anche per la Carta dei diritti fondamentali, poiché si è inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta dello "stesso valore giuridico dei trattati" nell'art. 6, par. 1, Tue abbia effetti sul ri-*

Difatti, la oramai generosa produzione scientifica ricostruttiva dei condizionamenti tra ordinamento convenzionale e quello nazionale, nonché l'attenzione corrisposta dalla giurisprudenza interna sui raccordi tra l'esercizio del potere sanzionatorio ed i caratteri dello scrutinio giurisprudenziale in vista della difesa del cittadino nei confronti del potere amministrativo (ed in particolare di quello sanzionatorio), tendono complessivamente a declinare un sistema di tutele che, pur dichiarandosi il più possibile conforme al modello di "giusto processo", mantiene un assetto non ancora consolidato, forse per via, come cercheremo di illustrare, di alcune forzature ermeneutiche assunte come presupposto dell'intero impianto.

Per dare conto di tali spunti problematici, occorre preliminarmente ricostruire i capisaldi del dibattito dottrinario ed i prevalenti orientamenti giurisprudenziali sulla materia sanzionatoria nei termini delineati, per poi confrontarsi con certe conseguenze sottostanti, che paiono non essere state ancora pienamente identificate per l'influenza destabilizzante sul sistema di *full jurisdiction*

2. Dalla sanzione amministrativa alla amministrazione di sanzioni?

In riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU, rispettivamente sul diritto ad un equo processo e sul principio di garanzia processuale per l'illecito penale (*nulla poena sine lege*), la Corte di Strasburgo ha, come oramai risaputo, assunto una prospettiva interpretativa "materiale" in merito al riconoscimento della sanzione amministrativa riconducibile alla natura "penale", per superare così, in presenza di criteri predeterminati dalla medesima Corte, ogni eventuale schermo formale impresso dai singoli Stati che si interpone con l'effettiva entità racchiusa nella misura irrogata⁶.

parto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. Ciò risulta peraltro anche dall'art. 51 della stessa Carta» (Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80); in argomento M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la Cedu: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione*, cit., p. 826.

⁶ La riconduzione di un provvedimento amministrativo al regime di tutele penali comporta, come presumibile, soluzioni non semplici per la sovrapposizione di regimi differenti: si pensi alle conseguenze che discendono dall'art. 7 CEDU, ai sensi del quale «nessuno può essere condannato per una azione o omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale». La previsione convenzionale comporterebbe non solo un'applicazione alla materia amministrativa sanzionatoria del principio di tassatività-determinatezza quale espressione del principio di legalità-prevedibilità, ma garantirebbe, come corollario del precedente, sia il divieto di retroattività *in malam partem* che l'obbligo di applicazioni retroattiva delle disposizioni più favorevoli (accanto agli ulteriori corollari del principio di legalità in materia penali, quali il *nullum crimen*, *nulla poena sine lege*; il divieto di applicazione estensiva e di interpretazione analogica) in deroga al regime generale degli atti amministrativi basati sul principio del *tempus regit actum*. La questione è stata interessata da un recente *revirement* della Consulta che con

Ancor prima di esaminare quali siano i singoli criteri, non è difficile riscontrare un primo impatto sistematico, che incide sull'assetto tradizionale assunto nel nostro ordinamento: l'impostazione che discende dalla giurisprudenza della Corte EDU pone difatti in discussione la consolidata impostazione tipologica che distingue, in sintesi, tra sanzioni amministrative in senso stretto e sanzioni amministrative in senso lato⁷. La prima categoria, come noto, racchiude quelle misure adottate in ragione del loro carattere prevalentemente afflittivo (a valenza punitiva), tendenzialmente ricondotte ad un esercizio di potere vincolato che si esaurisce nella determinazione pecuniaria del contenuto⁸. Queste sanzioni vengono generalmente ricondotte al regime procedurale di cui alla legge n. 689 del 1981 e ricondotte alla cognizione del giudice ordinario (a differenza, come si vedrà in seguito, di quelle sempre pecuniarie irrogate dalla maggior parte delle Autorità indipendenti)⁹.

sentenza del 4 giugno 2010 n. 196, ha indicato nell'art. 25, co. 2 Cost., il parametro costituzionale di riferimento dell'illecito amministrativo, sottoponendo il relativo regime al rispetto del principio di legalità; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, cit., p. 2308. Sulla estendibilità dell'art. 7 CEDU alle sanzioni amministrative, C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 157; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, cit., p. 1228; per una recente valorizzazione dell'ottica garantista che discende dal principio dell'art. 7 CEDU, peraltro ritenuto maggiormente flessibile rispetto al principio di legalità espresso dall'art. 25 Cost. sulla materia sanzionatoria, M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit., p. 4.

⁷ L'originario rilievo distintivo è contenuto nel noto lavoro di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, Bocca, 1924, p. 38 ed ancor prima abbozzato in W. CESARINI SFORZA, *Norma e sanzione*, in *Riv. int. filos. del dir.*, 1921, p. 65. Gli influssi di tale sistematica si colgono ancora nell'orientamento del giudice amministrativo, che di recente ha ribadito come «*le sanzioni in senso stretto — che hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale — sono pecuniarie, quando consistono nel pagamento di una somma di denaro, ovvero interdittive, quando impediscono l'esercizio di diritti o facoltà da parte del soggetto inadempiente*» (Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5425).

⁸ Seppure si verta su misure depenalizzate in seguito alla legge del 1981, la sanzione amministrativa in senso stretto, come osservato, identifica il concetto giuridico di "pena in senso tecnico" allorché svolga una "incidenza sfavorevole rispetto ad un interesse del destinatario" in occasione di una "violazione di un precetto" da parte del destinatario della sanzione; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1983, 114 ss.; diversamente, per una ricostruzione della sanzione amministrativa in senso stretto, quale esercizio di una funzione amministrativa discrezionale in modo da rendere la fattispecie illecita mutevole nel tempo e al passo con le evoluzioni tecniche che contraddistinguono molti campi sottoposti a vigilanza, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 20 e spec. Cap V.

⁹ Si rileva sul fronte del riparto di giurisdizione il persistere di una situazione instabile, con particolare riguardo all'impugnazione delle sanzioni adottate dalle AAI: l'esigenza di un riassetto nel frastagliato quadro processuale, soddisfatta con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, sono state nuovamente messe in discussione; sicché le sanzioni applicate dalla Banca d'Italia e dalla Consob sono transitate di nuovo, dopo l'intervento della Consulta (sent. 162/12 e 94/2014) sull'art. 133, co. 1, lett. h), alla competenza del giudice ordinario (al

La seconda, invece, concerne – in termini residuali – le restanti misure che condividono un contenuto ripristinatorio, connesso alla cura di un concreto interesse pubblico, sicché vengono ricondotte alla giurisdizione amministrativa¹⁰.

In assenza di una previsione specifica in tema di illecito amministrativo all'interno della CEDU – come del resto anche nella nostra Costituzione – si è sviluppata un'operazione ermeneutica da parte della Corte Edu di estensione dei principi di garanzia processuale *ex art. 6 e 7 CEDU*, anche alle misure sanzionatorie adottate dalla p.a., disattendendo le scelte legislative formali dei singoli ordinamenti, in presenza di indizi elaborati dalla medesima Corte.

In un siffatto contesto, dunque, si è inserito il noto arresto del 1976 della Corte EDU, dal quale ha avuto origine l'individuazione dei cennati criteri sostanziali (cc.dd. *Engel criteria* in riferimento al nome del *leading case*¹¹) a seconda (i) della qualificazione giuridico-formale attribuita dal singolo ordinamento interno, (ii) della natura afflittivo-deterrente (caratterizzata dalla generalità applicativa della fattispecie astratta) o (iii) della severità della misura inflitta. Particolare pregnanza viene assicurata dalla Corte all'effettività di tali parametri¹²; l'applicazione giurisprudenziale, difatti, permette l'individuazione di una sanzione riconducibile nell'ambito penalistico anche in presenza di uno solo dei

quale già spettavano quelle assunte dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali); P. LAZZARA, *Sanzioni amministrative nel credito e nel risparmio. Report annuale, 2011*, in *www.ius-publicum.com*. Per ulteriori osservazioni critiche sull'intervento della Corte (fondato peraltro su aspetti formali per vizio di eccesso di delega), M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, p. 1166; F. MERUSI, *A volte ritornano ... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012. B. GILBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction"*. *Brevi considerazioni a Consiglio di Stato sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 745.

¹⁰ A differenza quindi delle sanzioni in senso stretto, come ad esempio quelle avente carattere pecuniario, la cui misura afflittiva viene irrogata da parte dell'amministrazione senza spazi di esercizio discrezionale, quale conseguenza dell'illecito, quelle ripristinatorie sono tendenzialmente precedute da una necessaria valutazione circa il migliore perseguimento dell'interesse pubblico a séguito della violazione di una norma; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Napoli, 1983, p. 199; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 398; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1988, pp. 59 ss.

¹¹ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, par. 81-82.

¹² Il profilo sostanziale adottato dalla Corte dovrebbe «prevenire e frustrare radicalmente ogni tentazione di elusione degli obblighi convenzionali da parte dei legislatori nazionali attraverso una c.d. truffa delle etichette»; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit. p. 4.

predetti criteri (segnatamente del secondo e del terzo), ed in ogni caso a prescindere dalla qualificazione formale o dal *nomen juris* impresso alla sanzione¹³.

Quanto premesso ci permette di introdurre l'ulteriore profilo sulle incidenze giurisprudenziali della Corte EDU in merito ai meccanismi di tutela azionabili avverso le sanzioni amministrative adottate dalle AAI.

Con le celeberrime sentenze *Menarini* (Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*, ricorso n. 43509/08¹⁴) e *Grande Stevens* (Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ricorso n. 18640/10¹⁵), i giudici di Strasburgo hanno dato séguito ai criteri ermeneutici in merito alla natura formalmente sanzionatoria delle misure irrogate dalle Authorities italiane.

Con la sentenza *Menarini*, la Corte qualifica come penali i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust italiana, in conseguenza della particolare gravità della misura inflitta e delle finalità repressive e preventive perseguite¹⁶.

E così anche nella sentenza *Grande Stevens*, la Corte provvede a qualificare una sanzione come penale sia per il contenuto sostanzialmente punitivo-afflittivo della medesima che per la correlata significativa gravità della misura inflitta.

Fra i molteplici riflessi che originano dalla sentenza e che, come visto, hanno contribuito ad alimentare un ampio dibattito interdisciplinare, qui inte-

¹³ Il primo criterio, difatti, non può essere a tal fine determinante, atteso che riveste una mera funzione descrittiva sulla classificazione o meno di un'infrazione tra quelle penali e, solamente se ciò non sia rilevabile, si procede con la verifica dei successivi due parametri; per una disamina degli orientamenti giurisprudenziali della Corte, B. RANDAZZO, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it, pp. 9 ss.

¹⁴ Per una specifica analisi, A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, cit.

¹⁵ La centralità dei temi trattati nella sentenza si riverbera nei commenti prodotti in quasi tutti gli ambiti del diritto sostanziale e processuale: tra i principali contributi, G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in www.rivistaaic.it, 2014; G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, 11, pp. 1321 ss.; M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2942 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1196 ss.

¹⁶ Rispetto alla tesi sostenuta dal Governo italiano sulla riconducibilità delle finalità sanzionatorie all'interesse pubblico della concorrenza piuttosto che all'imposizione di una sanzione, la Corte ha disatteso il criterio teleologico proposto in quanto, come osservato, «non è una (sempre opinabile) finalizzazione della misura, ma il suo contenuto (afflittivo invece che risarcitorio-ripristinatorio del bene giuridico leso)»; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa*, cit., p. 1234.

ressa richiamare due ambiti di riflessione che possono rappresentarsi come concentrici.

Secondo una prima linea interpretativa, la Corte EDU segna un importante passo verso un percorso di effettività e pregnanza della tutela, laddove “smaschera” provvedimenti formalmente amministrativi ma sostanzialmente penali; ciò pone la premessa, come vedremo innanzi, per la verifica, in sede processuale, della corrispondenza di un adeguato sindacato che comunemente viene espresso nel principio della *full jurisdiction*. Questa verifica, tuttavia, verrebbe contraffatta se non si desse conto del secondo ambito di riflessione, estensivo del precedente, in merito alla ricognizione di (altri) provvedimenti amministrativi sempre riconducibili alla natura *sanzionatoria* (in applicazione dei criteri *Engel*) e dunque alle tutele *ex artt. 6 e 7 CEDU*.

Su questi due ambiti desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (ed in special maniera, sul secondo di questi), si è riscontrata nell’opinione dottrinarina a volte un’enfasi ricostruttiva sulle conseguenze del rafforzamento delle garanzie processuali a tutela dei privati sanzionati, che ha determinato almeno due corrispondenti conseguenze generali, sulle quali occorre criticamente soffermarsi.

La prima configura un superamento di fatto di ogni formale (e funzionale) distinzione, precedentemente richiamata, sulle sanzioni amministrative pecuniarie, assorbite nell’ottica di tutela penalistica *tout court*¹⁷.

Senza entrare nel merito della validità (ed opportunità) della descritta *vis* estensiva, che comunque rischia di sottrarre alla verifica caso per caso della matrice sanzionatoria in relazione alle esigenze di perseguimento degli interessi pubblici¹⁸, pare utile indugiare sulla seconda conseguenza che si pone in conti-

¹⁷ Sicché sulla spinta “sostanziale” ricondotta alla giurisprudenza della Corte EDU si è sostenuto come “oggi non è dato dubitare che tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane (da quelle, più rilevanti, delle Autorità amministrative, a quelle minori per illeciti stradali) siano penali ai sensi CEDU, così reclamando pienezza di garanzie a favore del cittadino”; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p.5; o in termini ancora più marcatamente ampliativi, si afferma che «la naturale applicabilità a tutti i provvedimenti sanzionatori amministrativi (compresi, come si è detto, molti di quelli tradizionalmente ritenuti tali solo in senso lato) di una serie di importanti garanzie che, nel nostro ordinamento, erano state confinate all’ambito penalistico (...) si può dire che la Corte di Strasburgo abbia slegato l’applicabilità delle garanzie di matrice penalistica previste dalla CEDU dal criterio della qualificazione formale rivestita da un determinato illecito nell’ordinamento nazionale» per cui «non si dovrebbe più dubitare che quantomeno tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane (da quelle più severe a quelle più miti e “bagatellari”) siano penali ai sensi della CEDU, e dunque reclamino pienezza di garanzie “penalistiche”», M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU...*, cit, p. 4 ss.

¹⁸ Si è difatti opportunamente rilevato che a fronte di un comune profilo teleologico, nel perseguimento di finalità afflittive, la sanzione amministrativa (ancorché in senso stretto), si connota in negativo per non essere né penale né civile ed in positivo per essere una misura af-

nuità con la precedente, in merito all'applicazione dei criteri di identificazione del provvedimento amministrativo.

Sulla scia di un nuovo assetto così rideterminato, si perviene a riconoscere nella "gravità" delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito la valenza di un criterio generale e sufficiente a qualificare come sanzione "penale" qualsiasi provvedimento adottato dai pubblici poteri¹⁹.

Dalle chiarite esigenze antielusive perseguite dalla Corte, si è originato un orientamento basato sulla preminenza accordata all'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli rispetto al carattere punitivo della sanzione: sicché sono state equiparate ai fini della tutele di *full jurisdiction* tanto le sanzioni ripristinatorie (c.d. in senso lato), quanto alcuni provvedimenti amministrativi sfavorevoli (come nel caso di un'ordinanza di demolizione per un abuso edilizio²⁰, di un provvedimento di annullamento di punti della patente²¹, di un atto di confisca di beni²²).

flittiva irrogata nell'esercizio di potestà amministrativa (E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, cit., 191), ne deriva che l'elemento di differenziazione tra sanzione amministrativa e sanzione penale è la natura della funzione che in essa si esprime unitamente alla procedura applicabile e alle garanzie che vi si correlano (per la prima con impugnazione dinanzi al giudice, per la seconda con l'appello nei vari gradi di giudizio); in termini, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 47. Difatti vi è ancora oggi chi sottrae la nozione di sanzione amministrativa a qualsiasi forma di reazione della p.a. alla violazione di un precetto, rinvenendo al contrario "l'essenza e la finalità" nella funzione di "irrogare una misura afflittiva e preventiva" (S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 33; conformemente a quanto sostenuto in C. E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 351; e ancor prima in G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 38), altri invece accolgono una definizione più ampia, declinata nel generale binomio violazione-conseguenza sfavorevole (A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, Stabilimento Tipografico Tocco, 1925, 90 ss.; A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, AA. VV., Milano, 1982, p. 126).

¹⁹ Non mancano certo riflessioni tese a ridimensionare tale orientamento sulla scorta di evidenti profili di criticità sulla certezza delle categorie delle discipline pubblicistiche (A. TRAVI, *Incertezze delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 627) o, nella sistematica del diritto penale, circa le alterazioni nel rapporto tra funzione punitiva e finalità preventive (F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899; C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 893 ss.); in generale, sull'autonomia categoriale della sanzione amministrativa rispetto a quella penale, G. PAGLIARI, *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, AA. VV., Torino, 2012, p. 716.

²⁰ Si tratta della sentenza 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer c. Belgium*.

²¹ Corte EDU, sentenza 23 Settembre 1998, caso n. 68/1997/852/1059, *Malige v. France*.

²² Corte EDU, sentenza 9 Febbraio 1995, caso n. 17440/90, *Welch v. The United Kingdom*.

Proprio con riguardo a questa forma di "sanzione reale", al pari delle precedenti, si giustifica l'orientamento della Corte, in quanto è «emersa in modo espreso l'idea che il concetto di sanzione penale rilevante ai fini CEDU ben tolleri al suo interno la compresenza di finalità afflittive-dissuasive e, rispettivamente, di cura concreta dell'interesse pubblico, anche — si noti — nel senso di diretto ripristino della lesione subita dall'interesse pubblico, oltre che di sua cura preventiva»; sicché, «Più in generale, sanzioni che facciano

È di tutta evidenza l'emergere della questione di fondo verso la quale si intende approdare, alla fine della ricostruzione delle più importanti argomentazioni sul tema: se il canone di piena giurisdizione viene esteso anche a provvedimenti amministrativi, di volta in volta, assunti per la "gravità" della misura irrogata e per finalità non solo afflittive, si determinano almeno due situazioni di profonda incertezza: la prima – diretta –, consiste nella fluidità dell'insieme di sanzioni/atti/provvedimenti riconducibili ad un giudizio di *full jurisdiction*; la seconda – indiretta –, porta alla creazione di una "riserva indiana" nella quale far confluire tutti gli altri provvedimenti che, come si dirà, determinano ugualmente un pregiudizio per il destinatario od il controinteressato senza godere, quanto meno astrattamente nella costruzione che si evince, di un pari processo di piena giurisdizione. In altre parole, il quadro interpretativo, così seppur rapidamente delineato, presenta due importanti risvolti problematici: l'uno volto a dibattere, sul versante sostanziale, i criteri identificativi della sanzione amministrativa (forma, sostanza, apparenza) rispetto agli altri provvedimenti (tema sul quale, viste le richiamate posizioni teoriche, non è possibile indulgere per la vastità e articolazione delle interpretazioni); l'altro, invece, che qui si intende approfondire, pone sul versante processuale la questione sulla compatibilità dei criteri adottati dalla Corte EDU – così come sostenuti nelle interpretazioni dottrinarie – all'interno del sistema di giustizia amministrativa, con riguardo all'effetto ascrivibile, di fatto, al riconoscimento di due ambiti provvedimentali (secondo il primo risvolto sopra espresso) verso i quali si andrebbe a delineare un regime processuale alternativamente riconducibile ad un giudizio di "piena giurisdizione" per i provvedimenti comunque sanzionatori, rispetto allo scrutinio dei restanti atti²³.

3. Procedimento e processo: verso un "giusto" modello europeo?

Nel tentativo di delineare i principali tratti ricostruttivi espressi dai giudici di Strasburgo quali antecedenti logici ai nodi problematici che verranno af-

seguito alla violazione di un precetto possono ben ritenersi pene in senso proprio ai fini CEDU, pur laddove non abbiano, in realtà, una finalità esclusivamente punitiva-deterrente, ma mirino piuttosto alla cura in concreto, sotto vari profili, dell'interesse pubblico, ad esempio sub specie di ripristino dei beni lesi o di prevenzione del rischio di loro futura compromissione; F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 346 ss.

²³ Con immutata attualità, si illustrava come ogni provvedimento conclusivo di un procedimento ad efficacia lesiva è, in quanto impugnabile, soggetto a poteri del giudice amministrativo non differenziati, cosicché «*l'integrità dell'individuo è assicurata non solo nel momento del godimento dei propri interessi ma anche nel momento della loro difesa giudiziale e processuale*»; F. BENVENUTI, (voce) *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 456.

frontati nella successiva verifica del modello processuale, si deve fare un rapido cenno ai raccordi che in materia sanzionatoria vengono ravvisati nella relazione tra procedimento e processo²⁴. In un percorso intrapreso dalla Corte EDU volto ad estendere i confini di accusa penale ad ogni settore del diritto per garantire una generale applicazione dei canoni del “giusto” processo ad ogni pretesa azionata in un tribunale, non è rimasto escluso l’ambito del procedimento amministrativo.

Nella ricordata sentenza *Grande Stevens*, la disciplina dello specifico procedimento è stata censurata in quanto ritenuta non conforme al modello di “giusto” procedimento, segnatamente quanto al profilo del rispetto della c.d. parità delle armi²⁵. La procedura sanzionatoria seguita dalla Consob, come rilevato dalla Corte, non ha garantito un contraddittorio adeguato, sia per l’assenza di un confronto orale davanti all’organo decisorio, sia per la mancata previsione di un controesame dei testi escussi, sia per l’omessa comunicazione del rapporto finale dell’ufficio sanzioni; peraltro, si è rilevato che quest’ultimo ufficio non è risultato autonomo e distinto rispetto all’organo decisorio, per cui sussisteva anche una violazione del principio di imparzialità²⁶.

Riscontrate siffatte carenze nel regime procedimentale, i giudici di Strasburgo, rispetto al non semplice tentativo di ricondurre ad uniformità ogni singolo regime procedimentale, hanno introdotto una sorta di “compensazione” processuale. E dunque, nonostante possano sussistere delle carenze procedurali rispetto al modello di “giusto” procedimento, è sufficiente che sia garantito un sindacato giurisdizionale sull’atto sanzionatorio che assicuri una pie-

²⁴ Tema sul quale sia consentito il rinvio a A. CLINI, *La giusta procedura nella funzione amministrativa e giurisdizionale*, in *Procedura, Procedimento, Processo, Atti del Convegno di Urbino, 14 e 15 giugno 2007*, Padova, 2010, pp. 129 ss.

²⁵ Per una ricostruzione sistematica del tema in relazione ai procedimenti sanzionatori delle Autorità italiane, F. TUCCARI, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, in S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Bologna 2014, pp. 159 ss.

²⁶ Con una traslazione dei canoni dal “giusto” processo al “giusto” procedimento, è stato rilevato che ogni volta in cui il contenuto di un atto finale assuma i connotati di una pena per il destinatario, incidendo sul bene della vita ad esso connesso o su profili patrimoniali, va prevista una procedura che assicuri l’indipendenza dell’autorità che adotta il provvedimento e la separazione rispetto a quella che formula l’“accusa”, nel rispetto dei principi di presunzione di innocenza, parità delle armi e contraddittorio pieno tra le parti; Corte EDU 5 febbraio 2004, caso 54039/00, *Morscher v. Austria*; 14 novembre 2006, caso 60860/00, *Tsfai v. United Kingdom*; 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S. A. v. France*. Per una comparazione sinottica dei procedimenti sanzionatori di competenza delle Autorità italiane, M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Bologna 2014, pp. 125 ss.

na cognizione da parte del giudice, per rendere irrilevanti i limiti ed i vizi presenti nella fase di formazione dell'atto sanzionatorio.

Non poche perplessità possono sorgere, senza poterle approfondire in questa sede, sulla convenienza di accordare un *prius* al successivo (ed eventuale) momento processuale rispetto alla fase procedimentale, o, ancora, sulla mancata insistenza di un rafforzamento inverso, nel caso in cui il giudizio non sia conforme al principio di *full jurisdiction*, modificando in termini più garantistici il modello procedimentale²⁷. In definitiva, la Corte non entra nell'ottica sostanziale e ribadisce che ogni giudice nazionale debba poter svolgere – in materia – uno scrutinio puntuale di ogni fatto e dei motivi di diritto assunti dall'amministrazione, attraverso la cognizione estesa all'intero merito della controversia²⁸.

Di fatto, la Corte sposta le garanzie del “giusto procedere” in sede giurisdizionale qualora le tutele richieste *ex art. 6 CEDU* non vengano o possano essere rispettate in sede procedimentale²⁹: sicché, in ogni caso non possono essere disattesi i canoni dell'equo processo rappresentati, come noto, dalla presenza di un giudice terzo, da una pubblica udienza, da un completo contraddittorio tra le parti e da un potere del giudicante di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*, vale a dire di una giurisdizione piena con capacità di riesaminare “*point by point*” in fatto e in diritto le decisioni amministrative impugnate³⁰.

L'approdo della Corte viene comunque bilanciato dal rispetto del principio dispositivo e di difesa delle parti: la verifica di una piena cognizione non è valutata in astratto, bensì rispetto alle concrete istanze avanzate dalla parte processuale, per cui in carenza della formulazione di tali difese non può predicarsi alcuna possibilità di sindacare la conformità del giudizio rispetto all'art. 6 CEDU³¹.

²⁷ Tematica sulla quale si rinvia alla ricostruzione costituzionalmente garantita del giusto procedimento svolta da M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Procedura, procedimento, processo. Atti del Convegno di Urbino, 14-15 giugno 2007*, Padova, 2010, p. 294.

²⁸ In linea di principio tale compensazione tra procedimento e processo è stata ammessa solamente per le *infractions légères*, limitando quindi il deficit procedimentale agli illeciti minori; dal *leading case Ötziürk* del 1984 fino da ultimo al caso *Steininger* (Corte EDU, sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 251539/07).

²⁹ Corte EDU, 16 dicembre 2008, caso n. 23510/02, *Vitrenko and Others v. Ukraine*.

³⁰ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., p. 546.

³¹ Corte EDU, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*; 17 aprile 2012, caso 2153/07, *Steininger v. Austria*; 2 dicembre 2010, caso n. 38780/02, *Putter v. Bulgaria*. Come osservato, «l'oggetto della controversia deve, cioè, essere delineato dalle parti (quindi dal ricorrente, nel caso della giustizia amministrativa): se esse hanno rinunciato a far valere, in sede nazionale, vizi riguardanti l'intrinseco del-

Anche su tale versante, l'approdo finale al tema della *full jurisdiction* conferma la peculiare centralità assunta sia nel dibattito scientifico che negli orientamenti giurisprudenziali: in particolare, il percorso sulla ricerca di una piena conformazione ai principi convenzionali europei sull'equo processo, si è riservata una particolare attenzione, nel rapporto tra sindacato del giudice amministrativo e poteri sanzionatori esercitati dalle AAI, circa i limiti di cognizione del primo sulle valutazioni tecnico discrezionali eseguite dall'amministrazione, come di seguito approfonditi.

4. Il controllo giurisdizionale sulle sanzioni emesse dalle Authorities.

Come noto, il sindacato sugli atti delle AAI nelle originarie previsioni delle singole fonti istitutive³² si è indirizzato, vuoi per la commistione di posizioni giuridiche soggettive coinvolte nelle attività provvedimentali, vuoi per l'attrazione verso il giudice amministrativo delle questioni coinvolgenti pubblici poteri, verso la cognizione esclusiva di quest'ultimo³³. Le varie previsioni sono state poi riassunte in termini generali nel Codice del processo amministrativo³⁴, confermando, come evidenziato, l'impianto di un sindacato che non oltrepassasse l'annullamento del provvedimento e rimettesse in gioco la valutazione dei fatti svolta dall'amministrazione³⁵.

la scelta amministrativa, non potranno poi lamentare, davanti alla Corte di Strasburgo, un difetto di sindacato giurisdizionale»; M. ALLENA, Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo, cit., p. 211.

³² Art. 33, co. 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Agcm); art. 2, co. 25, l. 14 novembre 1995, n. 481 (Aeeg); art. 1, co. 26 e 27, l. 31 luglio 1997, n. 249 e art. 9 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Agcom); art. 326, co. 7, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 309, (Isvap ora Ivass); art. 24, co. 5, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (Covip); art. 244, co. 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, (Avcp le cui competenze sono oggi esercitate dall'Anac).

³³ Del resto, viene già autorevolmente sostenuto come il settore della regolazione economica e l'attività delle Autorità indipendenti trovino nel giudice amministrativo il giudice "naturale"; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, cit.*, p. 188.

³⁴ Spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il sindacato sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti inclusi quelli sanzionatori (art. 133, co. 1, lett. l); l'art. 134, co. 1, lettera c) prevede la giurisdizione di merito in relazione alle sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (articoli entrambi colpiti dalla Corte Costituzionale per illegittimità costituzionale nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB (sent. 27 giugno 2012, n. 162) e dalla Banca d'Italia (sent. 15 aprile 2014, n. 94); l'art. 135 disciplina la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma; per una recente ricostruzione delle alterne fasi sulla giurisdizione in materia di sanzioni comminate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti, cit.*, pp. 9-10.

³⁵ F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale, cit.*, p. 264.

Le problematiche sul rilievo delle posizioni soggettive incise e sulla natura dei poteri sanzionatori³⁶ si sono inserite all'interno del più generale tema concernente il rapporto tra discrezionalità (tecnica) e giudice amministrativo³⁷, declinando l'analisi sulle specifiche modalità di esercizio del sindacato rispetto alle scelte tecniche ed ai relativi fatti accertati dall'Autorità, alla luce dei principi del “giusto” processo CEDU affermati dalla richiamata giurisprudenza della Corte EDU.

Con riferimento specifico al tema della *full jurisdiction*, la Corte ha avuto modo di precisare la piena introspezione del giudice sul merito della questione, in particolar modo in relazione ad una cognizione dei fatti, svincolata da precedenti accertamenti svolti dall'Autorità emanante³⁸. Come anticipato, per un verso l'esercizio di una piena cognizione, tuttavia, non è per la Corte officiosa, ma resta sempre vincolata al principio della domanda, vale a dire condizionata alla effettiva istanza pretensiva della parte alla quale deve corrispondere un sindacato intrinseco e forte³⁹; per altro verso, si preoccupa di una concreta attuazione dei principi fissati dagli artt. 6 e 7 CEDU, vale a dire sottopone a verifica il singolo giudizio per riscontrare l'effettivo rispetto dei canoni convenzionali.

Il controcanto del giudice amministrativo si è modulato, a sua volta, in un percorso di verifica sulla intensità del proprio sindacato su scelte che non coinvolgano valutazioni comparative degli interessi da parte dell'amministrazione. Nel codice del processo amministrativo, come già precisato, si riconosce una giurisdizione estesa al merito sui provvedimenti sanzionatori pecuniari delle AAI: la conformazione del processo ai parametri richiesti dai principi convenzionali, tuttavia, riscontra la permanenza di una resistenza da parte del giudice amministrativo nell'esercitare pienamente “tutti gli stru-

³⁶ Il confronto, come noto, vede contrapposte una posizione a sostegno dell'esercizio di funzioni neutrali, regolatorie di tutti gli interessi in gioco da parte delle AAI, tipiche dell'attività di controllo della regolazione e di sanzione, senza alcuna valutazione e ponderazione provvedimentale, propria della cura di interessi pubblici (tra i molti, V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio della Autorità indipendenti*, in *Dir. econ.*, 1998, 1, 239; E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi giudiziali delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 108); mentre altri sostengono che il parametro della neutralità rappresenti uno schermo non adeguato agli effettivi poteri esercitati (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., pp. 245 ss.).

³⁷ Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche a garanzia dell'effettività della tutela ex art. 24 Cost., L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422.

³⁸ Corte EDU, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, 17 aprile 2012, caso 2153/07, *Steininger v. Austria*; 2 dicembre 2010, caso n. 38780/02, *Putter v. Bulgaria*.

³⁹ Sull'onere di “prendere posizione” della parte processuale e sulle ripercussioni nella tutela della posizione soggettiva processuale, F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1012 ss.

menti che il legislatore gli ha messo a disposizione”⁴⁰. Vengono, in altri termini, osservati limiti allo scrutinio giurisdizionale di fronte a valutazioni tecniche complesse o discrezionali.

In breve, il giudice amministrativo – discostandosi dalla precedente e tradizionale terminologia di un sindacato “forte” o “debole” (rispetto allo scrutinio sulla verifica della logicità, congruità, ragionevolezza, corretta motivazione ed istruzione del provvedimento) – riconosce il proprio sindacato sulle valutazioni tecniche sottostanti i provvedimenti sanzionatori adottati dalle AAI, anche quando facciano riferimento ai c.d. “concetti giuridici indeterminati” (c.d. controllo intrinseco)⁴¹.

L'intensità dello scrutinio non supera tuttavia il perimetro rappresentato dalle c.d. valutazioni tecniche opinabili: *«il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile»* (Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302). Pertanto, verso le AAI il giudice amministrativo eserciterà un sindacato pieno solamente per il profilo della quantificazione della sanzione pecuniaria, senza possibilità alcuna di sostituirsi all'amministrazione⁴².

⁴⁰ Come osservato *«non sempre i significativi poteri decisori e sanzionatori vengono concretamente esercitati dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui il fatto costitutivo dell'illecito sia un fatto semplice, suscettibile di essere accertato in modo univoco. Ma ciò non rappresenta un grande passo in avanti, giacché è pacifico, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che i fatti semplici sono passibili di sindacato giurisdizionale pieno»*; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 431.

⁴¹ E dunque *«al giudice amministrativo è consentito sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità antitrust per l'individuazione del c.d. mercato rilevante, potendo valutare, avvalendosi, a tal fine, a sua volta, sia la correttezza delle scelte tecniche dalla stessa compiute, sia l'esattezza dell'interpretazione ed applicazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta»* (Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515); o ancora, *«il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità antitrust, avviene tramite un controllo intrinseco, che consente al giudice di avvalersi anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione ed utilizzando, ove necessario, lo strumento della consulenza tecnica»* (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926).

⁴² In termini, Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, 896; 3 maggio 2010, n. 2502. L'impostazione giurisprudenziale viene criticata da chi sostiene che il giudice amministrativo nei confronti di provvedimenti sanzionatori di sua spettanza non può non avere gli stessi poteri riconosciuti al giudice ordinario, per cui *«può perciò senz'altro sostituirsi all'Amministrazione e quin-*

Il confine tracciato è stato oggetto di conferma anche da parte delle SS.UU. della Cassazione, per cui per quegli apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza) non si può superare il "tradizionale" sindacato estrinseco⁴³.

Si perviene così ad un assetto finale che ancora oggi, quanto ai parametri di conformità agli artt. 6 e 7 CEDU, non è in grado di soddisfare i requisiti di *full jurisdiction* richiesti dalla giurisprudenza della Corte EDU.

La dottrina ha cercato di superare questo *empasse*, attraverso una valorizzazione dei poteri del giudice alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo: si è così sostenuto che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, ritenuto astrattamente in grado di penetrare compiutamente, nel rispetto del principio della domanda, la decisione amministrativa manca qualche parola⁴⁴. È questa una posizione autorevole nel cercare di risolvere alla radice la pretesa di un processo di *full jurisdiction*, per come richiesto dai giudici di Strasburgo, ma che fatica a fare breccia negli orientamenti giurisprudenziali appena richiamati⁴⁵. Ed allora l'assetto prospettato dalla giurisprudenza, nel segno di una prevalente conformità alla tradizione del modello di divisione dei poteri,

di annullare in tutto o in parte la sanzione amministrativa o modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta; d'altro canto, si pone giustamente la domanda: «se il giudice non può sindacare i presupposti dell'illecito (lasciati alla valutazione esclusiva della p.A.) come fa a valutare il quantum?»; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 437-439.

⁴³ Più precisamente «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità» Cass. SS. UU., 20 gennaio 2014, n. 1013; id., 14 maggio 2014, n. 10411. Per un commento della sentenza, B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 20 gennaio 2014, n. 1013, cit., p. 1057.

⁴⁴ La tesi è sostenuta da numerosi contributi, tra cui M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 70, per la quale la garanzia processuale di una piena giurisdizione è assicurata anche nel sindacato di legittimità se il giudice esamina ogni fatto contestato; F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, cit., p. 282, per cui nulla impedisce al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione nella giurisdizione di legittimità; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 685, che distingue tra poteri cognitori (non differenziati nel Codice tra giurisdizione di legittimità e di merito) e poteri decisori.

⁴⁵ In particolare, per un approfondimento critico sulle modalità di accesso al fatto da parte del giudice amministrativo attraverso il ricorso alla consulenza tecnica in relazione ai parametri di *full jurisdiction*, B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction"*, cit., p. 746.

pone la questione delle ragioni per accordare una differenziazione nel regime dei poteri del giudice amministrativo distinto a seconda della cognizione di provvedimenti (anche sanzionatori ma senza contenuto pecuniario) adottati dalle AAI o di sanzioni pecuniarie (ad esclusione per il momento di quelle irrogate da Banca d'Italia e Consob).

In ogni caso, non muta prospettiva la problematica di fondo che si intende sostenere rispetto ai tanti profili altrettanto problematici fin qui esaminati: il più o meno marcato disallineamento tra giudizio amministrativo e sindacato pieno delineato dalla Corte EDU, nell'orizzonte di un'applicazione estensiva del criterio di gravità della misura inflitta dall'amministrazione, per come risulta impostato, conduce inevitabilmente ad un sistema di tutela che o contempla tutte le posizioni parimenti sacrificate, secondo parametri oggettivamente pre-determinati, o rischia di fornire risposte disomogenee di giustizia⁴⁶.

Il problema della "severità" della sanzione e del rapporto tra intensità delle garanzie *ex art. 6 CEDU* e gravità della misura inflitta, si presta ad un'obiezione di relatività di giudizio che determina, a sua volta, una incertezza sulle forme di tutela di volta in volta accordata al caso concreto. Non è tanto, esemplificando, la comparazione tra una sanzione pecuniaria di minimo importo economico ed una milionaria che identifica il parametro di correlazione, bensì una sanzione di identico valore – anche milionaria – rispetto alla sfera giuridica dei differenti operatori economici (si pensi ad esempio ad una sanzione di pari importo irrogata verso una multinazionale o verso una società locale).

Dunque, la frattura di quest'equilibrio si ravvisa in un relativismo non generalizzabile a partire dall'intensità della misura irrogata, in quanto incerto nell'applicazione ai casi concreti ma ancor prima perché confliggente con l'intelaiatura costituzionale a difesa delle posizioni giuridiche meritevoli di tutela⁴⁷.

5. Full jurisdiction: per molti ma non per tutti?

Le articolate questioni che sono state fin qui ricostruite, possono essere ricondotte, come già spiegato, a due generali nodi problematici consequenziali:

⁴⁶ Sulla ricostruzione funzionale della struttura costituzionale del diritto di azione, per tutti, L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

⁴⁷ Sull'effettività della tutela delle posizioni del privato permane estremamente attuale, anche ai fini ricognitivi del dibattito dottrinale, L. R. PERFETTI, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, pp. 93 ss.

il primo concerne la categoria di atti adottati dalla p.a. che, in applicazione dei criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte EDU, vanno necessariamente ricondotti alle tutele di matrice penale, di cui agli artt. 6 e 7 CEDU; il secondo, in stretta correlazione con il precedente, interessa la conformità del sindacato giurisdizionale amministrativo al modello di *full jurisdiction*, in merito all'impugnazione di provvedimenti sanzionatori rispondenti ai predetti criteri.

Rispetto a questi due ambiti di discussione nonché alle sottoquestioni correlate (che, come visto, concernono le incidenze sulla ricostruzione di sanzione amministrativa, il rapporto tra procedimento e azione processuale, la distinzione ancora *in fieri* tra sindacato intrinseco ed estrinseco del giudice amministrativo), esiste, come anticipato, una terza linea problematica che, se verificata, è in grado di spostare l'asse di osservazione delle problematiche precedenti.

In un confronto generalmente positivo, salvo alcune eccezioni⁴⁸, sull'espansione applicativa degli indici rilevatori di provvedimenti amministrativi direttamente (o indirettamente) sanzionatori, giustificato sull'altare del rafforzamento della tutela assicurata da un controllo di *full jurisdiction* delle posizioni incise, non è stato palesato l'effetto finale di tali scelte, le quali, anche a prescindere da quella che potrà essere la condivisione definitiva di sanzione riconducibile alle garanzie *ex* artt. 6 e 7 CEDU, rischiano di sbilanciare, senza precise ragioni giustificative, l'equilibrio del sistema di giustizia amministrativa.

In altri termini, si profila una contrapposizione tra atti (a tutela piena) che corrispondono ai parametri del provvedimento sanzionatorio ed un insieme residuale di "altri" atti che ne risulterebbero esclusi (anche in termini di intensità di tutela).

Ed è in relazione a questo seconda area che racchiude i "restanti atti" che mi pare sussistere una questione importante di garanzia non minore rispetto a quella predicata per gli atti formalmente o sostanzialmente sanzionatori, la quale finisce per incidere direttamente sull'uniformità del modello di "giusto processo"⁴⁹. *Quid juris* sul regime di tutele per questi "restanti atti"?

⁴⁸ Per cui alcuni rivendicano una difesa della immunità della funzione amministrativa contro il garantismo panpenalistico; D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 322 ss.; altri che condividono come i numerosi contributi sulla questione dell'art. 6, par. 1, CEDU sull'esigenza di assicurare un esteso controllo di *full jurisdiction*, presentano un atteggiamento incline a rafforzare «*presoché sempre e comunque, il principio di effettività di tutela giurisdizionale verso la p.a., risolvendo ogni problema che riguarda lo spessore del sindacato del giudice amministrativo sempre nel senso che è preferibile ampliarlo piuttosto che contenerlo*»; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU, e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 507 ss.

⁴⁹ Il tema è accennato anche in S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 184, che ricorda come «*una giurisdizione piena dovrebbe essere garantita nei confronti di tutti i provvedimenti amministrativi e non solo nei confronti dei provvedimenti sanzionatori*».

Seppure impostata in termini teorici, non si fatica ad intendere come questa prospettiva sveli un quadro che delinea un sistema a tendere sbilanciato.

Nella garanzia di quella tutela eminentemente reattiva che presuppone l'adozione da parte della amministrazione di atti o comportamenti assunti lesivi di situazioni giuridiche soggettive, seguendo la tesi tradizionale che coglie nel provvedimento amministrativo l'esclusivo oggetto del processo (nel ruolo sequenziale di presupposto processuale, oggetto della trattazione e di oggetto della sentenza) ovvero secondo le nozioni epistemologiche (che distinguono tra oggetto del processo, oggetto del giudizio e oggetto della controversia), non vi è comunque ragione per una teorizzazione di un sistema differenziato di cognizione da parte del giudice⁵⁰.

Se poi dovessimo scendere ad un livello più concreto, non pare sconfessata l'intuizione di disequilibrio posta in premessa: è di comune insegnamento infatti la classificazione dei provvedimenti amministrativi secondo il segno positivo o negativo dei loro effetti potenziali in relazione, in realtà, alla preesistente posizione favorevole o sfavorevole del destinatario; sicché, la positività potenziale di un provvedimento è inversamente proporzionale alla negatività originaria della posizione del suo destinatario e viceversa⁵¹.

In termini esemplificativi, si pensi alla categoria dei provvedimenti sfavorevoli⁵², ed in particolare tra questi a quelli che non corrispondono ai *criteria Engel* e che dunque non possono rientrare nel regime di controllo di *full jurisdiction*: se dovessimo confrontarci con il criterio della gravità della misura inflitta e

⁵⁰ La pretesa del ricorrente non può quindi che riverberarsi nel processo a seconda dell'intensità fatta valere dalla parte in giudizio (*res in iudicium deducta*), non essendo riconosciuto, invece, alla natura del provvedimento impugnato di modulare l'intensità cognitoria della decisione; F. G. SCOCA, *L'oggetto del processo in generale*, in *Giustizia amministrativa*, (a cura di) ID., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 157 ss.

⁵¹ A. ROMANO, *Diritto amministrativo*, in (a cura di) L. MAZZAROLLI – G. PERICU – ID. - F.A. ROVERSI MONACO – F. G. SCOCA, vol. I, Bologna, Monduzzi Editoriale, 2005, pp. 205 ss.; la descrizione del provvedimento amministrativo si collega al suo carattere pluridimensionale, già da tempo descritto in merito alla configurazione di "un'entità ideale"; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, Cedam, 1959, p. 98; di recente, in continuità con la prospettiva pluridimensionale del provvedimento, si rimanda al rigoroso studio teorico sulla ridefinizione ermeneutica della "regola" espressa dall'atto, in M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

⁵² Le tradizionali trattazioni sulla natura sfavorevole, difatti, non prendono in considerazione il parametro convenzionale della "gravità" come criterio identificativo: nel limitare i riferimenti alle recenti trattazioni manualistiche, F. G. SCOCA, *Nozione, elementi, classificazione*, in *Giustizia amministrativa, cit.*, p. 264, distingue tra "provvedimenti favorevoli" e "provvedimenti sfavorevoli", specificando che questa distinzione è relativa alla portata dei provvedimenti "per i loro destinatari"; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 62, sottolinea come "la summa divisio è tra provvedimenti ampliativi e provvedimenti restrittivi della sfera dei destinatari".

raffrontare tale parametro alla delimitazione della posizione individuale di vantaggio concretamente incisa da tale provvedimento sfavorevole, sussistono ragioni per concepire un sistema di tutele differenziato?

Alla questione così formulata si immagina una prima ed immediata obiezione, che attinge proprio alla natura penale declinata nella gravità inflitta dalla misura sanzionatoria, che giustifica, a sua volta, un sindacato pieno: ma chi “misura” l’intensità della gravità in relazione all’interesse del cittadino? Ovvero la gravità parametrata alla relazione intercorsa tra amministrazione e cittadino?

Ed ancora, si pensi al novero dei provvedimenti favorevoli ed ai loro effetti relazionali⁵³. In disparte il profilo della pienezza con cui viene soddisfatto per il destinatario il bene della vita pur con il rilascio di un provvedimento ampliativo, il tema maggiormente qui rilevante si pone per i cd. terzi (controinteressati) nella loro posizione ibrida essendo più che un estraneo (concezione privatistica) ma meno del destinatario, dire meglio e che possono comunque agire per il corretto esercizio della funzione amministrativa⁵⁴.

Acquisito il riconoscimento plurisoggettivo della potenzialità giuridica pregiudizievole propria del provvedimento, non solo riferito alla categoria che li qualifica come sfavorevoli, restrittivi o limitativi ma anche a quella che tradizionalmente li annovera come favorevoli, ampliativi o accrescitivi, quali sono le tutele per questi soggetti che subiscono indirettamente effetti per loro negativi, gravi, severi⁵⁵.

Le esemplificazioni potrebbero ancora continuare rispetto ai comportamenti dell’amministrazione riconducibili anche mediatamente all’esercizio di poteri pubblici.

Invero, per addivenire ad un punto di equilibrio tra i due ambiti sopra delineati, non si può radicalizzare il concetto di gravità della misura sanzionato-

⁵³ Da tempo infatti dottrina più attenta ha colto come “”; G. GRECO, *Argomenti di rito amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, cit., pp. 66-67; in termini, F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 24 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 226.

⁵⁴ In altri termini, come acutamente argomentato, la peculiarità dei provvedimenti ampliativi “sta nel fatto che i potenziali soggetti giuridicamente offesi non sono di regola diretti interessati, bensì gli eventuali controinteressati o, eventualmente, altre amministrazioni pubbliche portatrici di interessi coinvolti dal provvedimento”; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, cit., p. 79.

⁵⁵ Nella attenta ricostruzione sui riferimenti legislativi – sia sotto il profilo del regime sostanziale che processuale –, viene indicato come la “la potenzialità di provocare pregiudizio alla sfera giuridica di soggetti diversi dall’autore dell’atto è uno dei caratteri che identificano il provvedimento amministrativo della l. 241/1990 e del d.lgs. 104/2010”; M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in *Diritto amministrativo. Volume I. Parte sostanziale*, (a cura di) G. CARLOTTI, A. CLINI, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 116.

ria irrogata: questi criteri, nel recepimento che le prevalenti analisi hanno loro riservato, mirano a rafforzare – nel sistema di riconoscimento delle garanzie giurisdizionali – certamente un modello di tutela settoriale; e ciò non in ragione della protezione di differenti posizioni soggettive o di pretese azionate davanti a giudici differenti (per quanto possano essere queste valide giustificazioni), ma dinnanzi allo stesso giudice amministrativo rispetto a interessi ugualmente degni di tutela piena ed effettiva.

La costruzione di una *full jurisdiction* sul criterio della gravità, così come declinato in precedenza, si risolve in un ritorno al passato, vale a dire in un processo sull'oggettività di un provvedimento "sanzionatorio", qualificato in relazione ad un parametro di severità che non appartiene al destinatario, ma alla caratteristica intrinseca dell'atto astrattamente inteso: così si finisce per alterare l'oggetto del giudizio, che deve essere l'atto nel perimetro tracciato dalle accuse mosse dal privato e, quindi, in relazione all'interesse sostanziale del ricorrente. Un sistema di sindacato giurisdizionale differenziato sulla base dell'intensità (astrattamente individuata) degli effetti dell'atto sarebbe inevitabilmente in contrasto con l'asserita generalità della tutela garantita al cittadino nei confronti di qualsiasi lesione inferta ai suoi diritti e interessi legittimi *ex artt.* 24 e 113 Cost.

Il raccordo va quindi rinvenuto nell'unico elemento valido e comune, vale a dire nella identificazione dell'interesse meritevole di tutela sottostante la posizione soggettiva incisa dall'atto, in conformità all'art. 24 Cost. senza graduazioni rispetto al paradigma della *full jurisdiction*.

Verrebbe altrimenti confermata un'erronea obiettivizzazione del diritto di azione, contrapposta alla causa tipica identificata dalla Costituzione "per" la tutela delle posizioni sostanziali lese dall'esercizio del potere tutto (con atti o con comportamenti mediamente ad esso riconducibili) esercitato dalla amministrazione pubblica⁵⁶.

Occorre considerare allora piena ed effettiva quella tutela della posizione sostanziale alla luce della domanda presentata dal soggetto che ricorre, senza ricondurre l'intensità e la pregnanza delle garanzie ad una tipizzazione del provvedimento sotto il profilo formale o sostanziale; occorre, in altri termini, non perdere l'attenzione sullo spessore delle posizioni giuridiche meritevoli di tutela per assicurare un omogeneo campo di indagine del giudice amministrativo. Sicché, alle letture sull'estensione delle garanzie processuali, va necessaria-

⁵⁶ E così tradire per come è stata spiegata la matrice funzionale della struttura costituzionale del diritto di azione; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, *cit.*, pp. 254 ss.

mente affiancata una valutazione complessiva delle incidenze che si apportano alle meccaniche del sistema posto a presidio delle posizioni giuridiche soggettive, sistema sempre migliorabile ma mai attraverso l'incognita di disequilibri nella tutela del cittadino⁵⁷.

⁵⁷ L.R. PERFETTI, *La persona "unico centro unitario cui riferirsi"*, in *Jus*, 2011, p. 471.