

FRANCESCO GOISIS

Introduzione al Seminario *Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal c.p.a.*, Università degli Studi Roma Tre Dipartimento di Giurisprudenza 6 febbraio 20140

Profili di trasformazione del diritto amministrativo nazionale grazie alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: nozione di sanzione in senso stretto e principali conseguenze del riconoscimento del carattere sostanzialmente penale di una sanzione amministrativa.

1. Introduzione.

Il tema affidatoci è assai ampio e complesso. Limiterei il mio ruolo ad un tentativo di affrontare due principali quesiti, che mi paiono di maggior interesse per il diritto amministrativo:

- se alla luce dell'insegnamento CEDU in punto di concetto sostanziale di sanzione penale possa ritenersi confermata la visione dottrinale e giurisprudenziale della sanzione amministrativa come pena in senso tecnico, caratterizzata da funzioni e caratteri essenzialmente, se non esclusivamente, afflittivi-special preventivi, oppure occorra, anche sotto tale profilo, affidarsi a categorie ben più ampie e flessibili;

- quali siano le principali conseguenze di una qualificazione della sanzione nascosta come penale ai sensi CEDU sul piano del principio di legalità, delle garanzie procedurali e infine delle tutele giurisdizionali.

2. Il concetto di sanzione.

Da sempre proprio il tema dei provvedimenti *lato sensu* sanzionatori (ad es. interdittivi e di confisca) emessi dalla Pubblica Amministrazione ha suscitato maggiori problemi qualificatori e a messo in crisi i tentativi di spiegare cosa sia la sanzione.

Importanti contributi dottrinali (a partire dalla monografia del 1924 dello Zanolini¹, per giungere infine, tra gli altri, ai contributi di Maria Alessandra Sandulli², e di Aldo Travi -

¹ *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.

² *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983

Carlo Enrico Paliero³) hanno proposto un concetto di sanzione in senso stretto come caratterizzata dal suo essere pena in senso tecnico, ossia non solo generica reazione alla violazione di un precetto, ma altresì atto estraneo a finalità ripristinatorie o risarcitorie ma esclusivamente con carattere afflittivo-special preventivo. In effetti, secondo il diritto vivente, le sanzioni in senso lato, perlomeno ove non meramente accessorie a sanzioni amministrative in senso stretto, avrebbero carattere genericamente ablatorio e le relative controversie spetterebbero al giudice amministrativo. Le sanzioni in senso lato costituirebbero cioè manifestazione piena e tipica di potere amministrativo autoritativo, in relazione al quale il cittadino godrebbe di posizioni di interesse legittimo.

Si pensi solo alla inibizione dalla partecipazione alle gare ex art. 38, 1-ter, cod.contr. pubbl. in caso di false dichiarazioni. Nessuno ha mai dubitato, ad esempio, che le relative controversie spettino al giudice amministrativo e che questo sia chiamato ad un ordinario sindacato di legittimità. Ciò nonostante sia evidente la loro consequenzialità ad un illecito (il falso ideologico) che, se doloso, è penalmente sanzionato e richiedano ormai, dopo recenti novelle, anche un accertamento in punto di imputabilità soggettiva dell'illecito per determinare il loro effetto interdittivo generale.

D'altra parte, sul piano del diritto positivo, solo le sanzioni in senso stretto sono sottoposte ad un procedimento di irrogazione (quello della l. 689 del 1981) più garantistico di quello generale previsto dalla l. 241 del 1990 per l'emanazione di provvedimenti riduttivi della sfera giuridica del destinatario. In tale procedimento ad esempio è garantita non solo l'audizione personale dell'incolpato, ma altresì, ex art. 14, l. 689 del 1981, il diritto a ricevere entro dati termini dall'accertamento dell'illecito la relativa contestazione, così da poter tempestivamente esercitare il diritto di difesa.

La l. 689/1981 garantisce poi il principio di legalità (ossia tassatività e irretroattività *in pejus* della legge sanzionatrice), personalità e colpevolezza della responsabilità amministrativa (art. 1⁴ e art. 2⁵, l. 689/1981).

Quanto alla tutela giurisdizionale, ex art. 23, l. n. 689 del 1981 (oggi art. 6, d.lgs. n. 150 del 2011), il giudice ordinario si può ritenere chiamato ad un riesame giudiziale sull'intera pretesa sanzionatoria, con potere di incidere direttamente anche sul *quantum* della sanzione. Una simile incisione nel merito della pretesa sanzionatoria è poi, almeno in astratto,

³ Voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 345 ss.

⁴ "Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati".

⁵ "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa".

consentita anche al giudice amministrativo che, ogniqualvolta abbia giurisdizione su sanzioni amministrative pecuniarie, esercita poteri di merito *ex art. 134, co. 1, lett. c)*, c.p.a.. Come ben scritto da Maria Alessandra Sandulli, è dato così realizzare, seppur *ex post*, il principio *nulla poena sine iudicio*⁶.

Occorre ora confrontarsi con la nozione CEDU di sanzione, ed anzi di sanzione penale, rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 6 (Diritto a un equo processo) e 7 (*nulla poena sine lege*) CEDU. Ciò al fine di capire come esso possa eventualmente incidere su queste tradizionali categorie interne.

In effetti, fin dal 1976 la Corte di Strasburgo, con il noto caso *Engel*⁷, inaugurando una giurisprudenza sostanzialmente consolidatasi nel 1984 con il caso *Öztürk* in tema di sanzioni amministrative per violazioni stradali⁸, ha chiarito come due siano i principali criteri sostanziali —tra loro (si noti) alternativi — per la qualificazione di una sanzione come penale. In primo luogo, la natura della sanzione, ossia, in particolare, il carattere punitivo e non risarcitorio e la funzione preventiva-deterrente; in secondo luogo, la severità e, cioè la significatività del sacrificio imposto. La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell'ordinamento nazionale è, viceversa, vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia, nell'ambito di quella che è stata definita (fin dalla sentenza *Engel*) una *one-way autonomy*, (solo) per affermare l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, ove anche non siano integrati tutti i requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo, epperò la sanzione sia di carattere penale nel proprio diritto di appartenenza. In sostanza, la classificazione formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è in alcun modo dirimente per negare l'applicabilità delle garanzie convenzionali, bastando che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità.

Ciò premesso, va detto come proprio con riguardo a sanzioni reali, di confisca di beni, in sede di Corte EDU sia emersa in modo espresso l'idea che il concetto di sanzione penale rilevante ai fini degli artt. 6 e 7 della CEDU ben tolleri al suo interno la compresenza di finalità afflittive-dissuasive e, rispettivamente, di cura concreta dell'interesse pubblico, anche nel senso di diretta ripristinazione della lesione subita dall'interesse pubblico, o di cura preventiva dell'interesse pubblico. Si pensi solo alla sentenza sul caso *Welch* del 1995 in cui si legge che: "*Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment*"⁹. Dunque,

⁶ Voce Sanzioni amministrative, in *Enc. dir.*, vol XXXII, Roma, 1994, 18.

⁷ Sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Olanda*, in tema di sanzioni detentive disciplinari-militari.

⁸ Sentenza 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*.

⁹ *Welch v. The United Kingdom*, n. 17440/90, 9 Febbraio 1995, in cui, § 30.

sembrerebbe persino che il primo tra i criteri sostanziali stabiliti fin dal caso *Engel* (finalità punitiva) non sia in contrasto con prospettive in realtà ripristinatorie.

Del resto, anche nell'ormai celebre caso *Menarini* del 2011¹⁰, la Corte di Strasburgo, nel qualificare come penale ai fini delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, una sanzione pecuniaria dell'AGCM per intesa restrittiva, a fronte degli argomenti difensivi del Governo italiano che miravano a sostenere la natura sostanzialmente amministrativa (invece che penale) delle sanzioni, in quanto, tra l'altro, in tesi, finalizzate più a tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza, che ad imporre una pena-afflizione, i giudici europei hanno preso una posizione coerente. Hanno difatti osservato che la specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori AGCM a tutelare un dato interesse pubblico (ossia la concorrenza nel mercato) non fosse affatto incompatibile con un carattere penalistico-punitivo, visto che è del tutto fisiologico (anche nel diritto penale) la coesistenza tra carattere punitivo e finalità deterrente-preventiva, intesa quest'ultima anche come tutela di determinati beni giuridici di interesse pubblico. Punire, cioè, non è che un modo (anche) di tutelare (in via di prevenzione) dati interessi pubblici; in ogni caso, la tutela, anche diretta, di questi ultimi non è affatto in contrasto con una finalità punitiva, e viceversa.

Da ultimo, più volte è emerso come i profili connotati penalisticamente non debbono essere esclusivi, ma ben possono convivere con altri schiettamente amministrativistici. Nella importante sentenza della Corte del 2006 nel caso *Matyjec*¹¹, a fronte di procedimenti (non penali ma amministrativi) attraverso cui l'ordinamento polacco sanziona (con l'interdizione per dieci anni dalle cariche politiche, e in genere dai pubblici uffici e dall'esercizio di una serie di professioni) chi abbia reso false dichiarazioni in ordine alla sua passata collaborazione con il regime comunista, i giudici di Strasburgo lo hanno esplicitato, giungendo ad una qualificazione penale, perché " *Having weighed up the various aspects of the case, the Court notes the predominance of those which have criminal connotations. In such circumstances the Court concludes that the nature of the offence, taken together with the nature and severity of the penalties, was such that the charges against the applicant constituted criminal charges within the meaning of Article 6 of the Convention* " (§58).

In sintesi, sanzioni che facciano 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-special preventiva ma mirino piuttosto alla cura in concreto, sotto vari profili, dell'interesse pubblico, ad esempio *sub specie* di ripristino dei beni lesi.

¹⁰ Sentenza 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*.

¹¹ Sentenza, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Matyjec v. Poland*.

Possiamo dunque ben dire che se, come si è visto, la CEDU prefigura ed impone certamente una estensione della nozione di pena sotto il profilo dell'irrelevanza delle etichette nazionali, essa suggerisce altresì una estensione del concetto sostanziale di sanzione.

Con il che mi pare si debba riflettere sull'opportunità di ipotizzare, sul piano sostanziale, una (più ampia e flessibile) nozione di sanzione in senso stretto - e quindi meritevole di tutte le connesse garanzie - basata (anche solo) su due elementi positivi: la reazione rispetto all'infrazione di un precetto e la significatività delle conseguenze negative per il destinatario (pur indipendentemente da ogni ulteriore considerazione sulle finalità dell'atto)¹². A differenza che nella tradizione dottrinale e giurisprudenziale italiana, si tratterebbe in altri termini di rinunciare ad un elemento negativo, ossia quello della necessaria estraneità del provvedimento alla cura concreta dell'interesse pubblico sotto il profilo preventivo o ripristinatorio.

3. Principali conseguenze della qualificazione come sanzione penale ai sensi della CEDU. Principio di legalità-prevedibilità.

Vediamo allora (ovviamente in estrema sintesi, visto che ognuno di questi argomenti richiederebbe estese trattazioni) quali siano le principali conseguenze di una qualificazione come sanzione penale alla luce della CEDU.

Anzitutto, importanti appaiono le conseguenze sul piano di un rafforzamento del principio di legalità¹³. Ed infatti, secondo l'interpretazione che la Corte EDU dà al principio di legalità, esso, per quanto in linea di principio aperto anche al diritto non scritto, significa, in poche parole, *nullum crimen, nulla poena sine lege certa, stricta et previa*.

In altri termini, legalità non significa semplicemente necessaria predeterminazione normativa di alcuni dei profili della pretesa sanzionatoria. Si pretende, invece, una effettiva qualità della normazione, che realizzi una compiuta determinatezza e, quindi, prevedibilità della sanzione. Vi è poi (sempre in connessione con il canone centrale della prevedibilità) un divieto di interpretazione analogica o anche solo (si noti) estensiva (*in malam partem*).

La pretesa di prevedibilità e certezza della normazione non può che essere particolarmente intensa nel caso delle sanzioni amministrative (come contrapposte a quelle

¹² Per una netta valorizzazione dell'elemento della gravità perché più coerente con la *ratio* della distinzione, nell'art. 6 CEDU, tra materia civile e penale, cfr. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001, spec. 320 ss.

¹³ Riprendo qui alcune argomenti già esposti in GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 1228 ss.

formalmente penali nel diritto nazionale): per esse, la prevedibilità sociale della sanzione è in genere assai minore che nel caso dei reati. Si tratta cioè di illeciti che, per loro natura, sono molto più dipendenti dalle concrete (e contingenti) scelte legislative, ossia caratterizzati da un elevato tasso di artificialità, senza corrispondere, in genere, a valori diffusi nella società. Mentre è noto che i giudici di Strasburgo riconoscono, entro certi limiti, il rilievo dei valori sociali per comprendere se il reato sia sufficientemente chiaro e prevedibile, pur ove si assista, ad es., ad una modifica dell'interpretazione giurisprudenziale. Non è un caso che proprio in relazione ad illeciti urbanistici i giudici di Strasburgo abbiano mostrato una particolare severità nel pretendere la piena determinatezza del precetto, attesa la specifica difficoltà, altrimenti, per i cittadini di comprendere le possibili conseguenze delle loro attività edificatorie¹⁴.

Recentemente, la Corte, in via di interpretazione evolutiva, è giunta, con il caso *Scoppola* del 2009¹⁵, ad arricchire le garanzie offerte dall'art. 7 anche con il dovere di applicare retroattivamente la legge più favorevole al reo. Ciò perché, notano i giudici, tale principio appare ormai acquisito tra quelli internazionalmente garantiti nel novero dei diritti umani, e quindi non può che fare la sua comparsa anche nel sistema CEDU. Il che deve trovare applicazione anche nel caso di sanzioni amministrative interdittive. Ad es. in una sentenza del 2012 relativa ad una sanzione (nel relativo ordinamento nazionale) amministrativa reale (annullamento della patente di guida) e tuttavia qualificata dalla Corte come di natura penale (caso *Mihai Toma*¹⁶), si legge che non solo l'art. 7 "*requires that an offence must be clearly defined in law, that the law must be predictable and foreseeable*" ma altresì che esso proibisce "*the retrospective application of the more stringent criminal law to the detriment of the accused and guarantee the retrospective application of the more lenient criminal law*". Tra l'altro in questo caso i giudici di Strasburgo precisano come una retroattività *in pejus* si abbia anche allorché una misura amministrativa passi dall'essere discrezionale nell'*an* all'essere vincolata: il cittadino deve sapere non solo che rischia un certo *malum*, ma anche se esso sia sicuro ed automatico, o meramente potenziale (§ 31: "*It follows that in automatically imposing this penalty, ten years after the facts, by virtue of a new law which lacked foreseeability, the authorities (the police and the courts) made the applicant's situation worse and thus breached the principle of non-retrospective application of criminal*

¹⁴ Ad es. sentenza 22 Novembre 1995., caso n. 20166/92, *S.W. v. United Kingdom*, § 39

¹⁵ Sentenza, 17 settembre 2009, caso n. 10249/03, *Scoppola v. Italy*, § 109.

¹⁶ Sentenza, 24 aprile 2012, caso n. 1051/06, *Mihai Toma v. Romania*, § 26

law to the detriment of the accused. There has accordingly been a violation of Article 7 of the Convention").

Inutile ricordare come, invece, nel nostro ordinamento le sanzioni nascoste (o, se si preferisce, in senso lato) siano di norma assimilate a ordinari provvedimenti ablatori per cui il principio di legalità è inteso, ad essere ottimisti, come principio di legalità sostanziale *ex art.* 23 Cost. (senza alcuna garanzia, quindi, rispetto alla applicazione analogica ed estensiva, alla qualità della legislazione, alla non retroattività *in pejus*, alla retroattività *in melius*). Ampio spazio vi è quindi (specie per le sanzioni nascoste) per un (doveroso) accrescimento delle garanzie in punto di legalità e certezza del diritto.

4. Le garanzie del giusto processo, e la loro appartenenza anzitutto alla fase procedimentale.

A differenza di ordinamenti come quello francese, austriaco e inglese dove da anni si discute della necessità di adattare il sistema sanzionatorio amministrativo agli obblighi discendenti dall'art. 6 CEDU¹⁷ in Italia la consapevolezza piena del problema è emersa solo grazie ad alcuni ultimi recenti studi monografici (cfr. in particolare ALLENA, 2012¹⁸).

Una principale ragione per cui, tradizionalmente, si è negata la rilevanza della Convenzione, con specifico riferimento alle garanzie procedimentali, è la circostanza per cui l'articolo 6 CEDU (il quale stabilisce 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*") si riferisce letteralmente alla sola materia processuale (ossia al diritto all'accesso ad un tribunale). Si è pensato così che il procedimento sanzionatorio (prima della fase giudiziale di opposizione) fosse, per ciò solo, estraneo al campo di applicazione dell'art. 6. In altri termini, l'art. 6 è stato visto come norma, unicamente, sul giusto processo, con un ambito di applicazione non dissimile da quello dei principi costituzionali interni in tema di diritto di azione e giusto processo. Questa del resto è la restrittiva lettura dei principi costituzionali in tema di diritto di difesa (articoli 24 e 111

¹⁷ Riprendo qui alcuni argomenti già esposti in GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria delle Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.

¹⁸ ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012

Cost.) che si legge nella giurisprudenza delle Corti superiori e della stessa Consulta (la quale, ad es., nel 2010, in relazione ad un dubbio di costituzionalità invero relativo ad un profilo del tutto centrale nella prospettiva CEDU - ossia la identità tra organo che contesta l'illecito e poi infligge la sanzione nel sistema sanzionatorio amministrativo per emissione di assegni a vuoto - si è limitata a ricordare che " *...secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, non è utilmente evocabile quale parametro di legittimità costituzionale l'art. 24 Cost., ove la disposizione censurata abbia ad oggetto non un procedimento di natura giurisdizionale ma, come nel caso che qui interessa, esclusivamente una procedura di carattere amministrativo* "¹⁹).

Tuttavia, che il diritto di difesa come tutelato in sede CEDU riguardi la sola funzione giurisdizionale è vero in linea di principio (ossia nei rapporti civile tra privati e nell'esercizio giudiziale della funzione penale), ma non nel contesto dell'esercizio della funzione amministrativa, determinativa di sanzioni penali o diritti civili. Anzi, potremmo persino dire che tale affermazione vada, con riguardo all'esercizio della funzione amministrativa, ribaltata. Veniamo qui ad un passaggio fondamentale e probabilmente anche all'aspetto della giurisprudenza CEDU più innovativo rispetto all'esperienza nazionale. Invero, nella visione CEDU, anche il concetto di tribunale è autonomo, e può essere riferito ad un'autorità, secondo le categorie interne, amministrativa. Anzi, occorre dire con tutta chiarezza che il concetto convenzionale di tribunale è, in materia penale come del resto civile, in buona sostanza, meramente funzionale. Ciò che conta, per esigere il rispetto delle garanzie del giusto processo (salva poi la possibilità, come vedremo nel prossimo paragrafo, a certe condizioni, di una correzione *ex post*), non sono profili organizzatori ovvero il modo di esercizio del potere, ma la sola circostanza che un dato organo pubblico eserciti, per scelta dell'ordinamento nazionale, determinati poteri imperativi: nel nostro caso, quelli di inflizione di sanzioni sostanzialmente penali. Poi è ovvio che la CEDU esiga anche la indipendenza e l'imparzialità. Ma sarebbe paradossale (e a ben vedere frutto di un ragionamento viziato per circolarità) pensare che ove un organo sia, nel suo ordinamento nazionale, privo di questi caratteri perché schiettamente amministrativo, ciò lo affranchi dalle garanzie convenzionali.

In sintesi, la regola (e soluzione ottimale) è quella della soddisfazione fin da subito, nel procedimento amministrativo, delle garanzie del giusto processo. Ciò fino a suggerire una sorta di "giurisdizionalizzazione" della fase procedimentale, attraverso, in particolare, la realizzazione di una posizione di reale parità tra "accusa" e difesa (quanto a formazione della

¹⁹ Ord. 22 febbraio 2010, n. 77

prova, accesso alla documentazione; poteri di deduzioni istruttorie e nel merito e, in specie, possibilità di interloquire direttamente con l'organo decidente, senza passare per il filtro di relazioni dell'organo istruttorio), nonché, infine, di effettiva (e non puramente nominale) separazione della "accusa" (ufficio istruttorio) ed organo che decide la sanzione. Il modello è cioè quello dell'*adversarial procedure*, ossia di un processo accusatorio come contrapposto a quello inquisitorio²⁰.

Non si tratta solo di ipotesi interpretative. Tale rigorosa prospettiva è stata concretamente applicata in almeno tre importanti sentenze riguardanti alcune autorità amministrative indipendenti francesi. In particolare nel caso *Dubus S.A.* del 2009²¹, la Corte EDU ha ritenuto che l'organizzazione interna della *Commission bancaire* francese (autorità amministrativa indipendente), pur presentando una certa distinzione tra organi d'accusa (segretario generale) e decisori (commissione), dato che il primo non partecipava alle deliberazioni del secondo, non fosse tuttavia sufficientemente allineata ai principi convenzionali. Mancava difatti una sufficiente separazione organica tra funzioni istruttorie e decisorie: "*En résumé, la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement sur l'existence d'une séparation organique au sein de la Commission bancaire*". In particolare, gli organi istruttori apparivano, in sostanza, serventi rispetto a quelli decisori, da cui, tra l'altro, potevano ricevere istruzioni. Invece, secondo la Corte, si sarebbe dovuto assicurare una "*distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction*"; chiarezza della distinzione in specie messa in crisi, tra l'altro, dalla "*imprécision des textes qui régissent la procédure devant la Commission bancaire, quant à la composition et aux prérogatives des organes appelés à exercer les différentes fonctions qui lui sont dévolues*". Nel caso *Vernes* del 2011²², la conformità della procedura sanzionatoria della Commissione della borsa francese all'art. 6 CEDU è stata analizzata (in relazione alla sua fase procedimentale-amministrativa), con riferimento alla questione del rispetto del principio di pubblicità dell'udienza; in specie, poiché all'epoca dei fatti il regolamento interno della *COB* non prevedeva ancora la possibilità per l'accusato di richiedere un'udienza pubblica, la Corte

²⁰ Si ricorda che l'art. 6, par. 3, CEDU stabilisce, in materia penale, che "ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

²¹ Sentenza 11 giugno 2009, caso n. 5242/04, *Dubus S.A. v. France*

²² Sentenza 20 gennaio 2011, caso n. 30183/06, *Vernes v. France*.

europea ha ritenuto che fosse violato l'art. 6 CEDU. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno statuito che, viste le conseguenze particolarmente pregiudizievoli delle sanzioni irrogate dalla COB, il controllo del pubblico rappresentasse *"une condition nécessaire à la transparence et à la garantie du respect de ses droits, nonobstant la technicité des débats"*. La facoltà di ricorso (peraltro di *pleine juridiction*) avanti al Consiglio di Stato (con relativa udienza pubblica), non poteva ritenersi sufficiente a sanare la violazione perpetrata nella fase procedimentale. Infine, con il caso *Messier* sempre del 2011²³ (ancora riguardante la procedura di irrogazione di una sanzione da parte della COB), la Corte europea ha approfondito il problema del significato del principio della parità delle armi. La regola del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU impone che il processo penale nel suo complesso, compresa la eventuale fase procedimentale-amministrativa *"revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense"*. Con il che *"Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie"*. Inoltre, le autorità inquirenti hanno l'obbligo di comunicare alla difesa tutte le prove a carico e a discarico in loro possesso, e gli elementi di prova devono in linea di principio essere formati davanti all'accusato in udienza pubblica, nel contesto di un contraddittorio orale

Ebbene, la giurisprudenza costituzionale francese ha fatto propria la impostazione della Corte di Strasburgo, fino a ritenere che alla luce dell'art. 6 debba essere letto l'art. 16 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789²⁴ e con il principio di imparzialità ed indipendenza da tale articolo derivabile, imponendo quindi una separazione tra accusa e organo decidente nei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti (Conseil Constitutionnel, decisioni 2 Dicembre 2011, n. 2011-200 in tema di Commissione bancaria, e da ultimo 5 luglio 2013, n. 2013-331 in tema di sanzioni dell'Autorità di regolazione delle comunicazioni elettroniche e delle poste). In particolare, nella decisione del 2013, premesso *" que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à*

²³ Sentenza 30 giugno 2011, caso n. 25041/07, *Messier v. France*

²⁴ *" Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione"*.

assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ", il Consiglio ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina del procedimento sanzionatorio, attesa la mancata separazione organica tra funzioni istruttorie e di accusa (affidate al direttore generale) e quelle decisorie (affidate al presidente dell'Autorità, come tale in posizione genericamente sovraordinata rispetto a tutti gli altri organi dell'Autorità): "*selon le premier alinéa de l'article L. 132 du code des postes et des communications électroniques, les services de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sont placés sous l'autorité du président de l'Autorité ; que, selon l'article D. 292 du même code, le directeur général est nommé par le président de l'Autorité, est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité ; que, par suite et alors même que la décision de mise en demeure relève du directeur général, les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ; que celles de ces dispositions qui sont de nature législative doivent être déclarées contraires à la Constitution"*.

Una simile prospettiva, in Italia, del resto, era già stata sostenuta da Maria Alessandra Sandulli²⁵, secondo cui il principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.* avrebbe tutelato in via sovrapprimaria il diritto al contraddittorio e al giusto procedimento nella fase amministrativa di inflizione delle sanzioni.

5. Le garanzie giurisdizionali: concetto e ruolo della *full jurisdiction*.

Ciò detto, in relazione alla soddisfazione delle garanzie convenzionali a fronte di sanzioni amministrative, la giurisprudenza CEDU ha però mostrato fin da subito un certo grado di flessibilità. In particolare, la CEDU non si oppone in modo assoluto al fenomeno, non solo italiano, del crescente ricorso alla sanzione amministrativa pecuniaria, al posto di quella, secondo le categorie nazionali, penale. Pretende, tuttavia, che tale scelta sia

²⁵ Voce *Sanzioni*, cit., 14.

circoscritta, almeno in linea di principio, alle " *minor offences*", ossia agli illeciti e quindi sanzioni meno gravi (o comunque, secondo certe interpretazioni essenzialmente fondate sulla sentenza *Jussila* del 2006²⁶, agli illeciti non appartenenti all'*hard core*, ossia nocciolo duro, del diritto penale) e, poi, soprattutto, che, alla fase amministrativa (se ed in quanto inadeguata ad assicurare un effettivo giusto processo) segua una fase giudiziale di c.d. piena giurisdizione (*full jurisdiction*). Ossia un giusto processo, in linea di principio, investente, sia in fatto sia in diritto, l'intero merito della pretesa punitiva, punto per punto, con potere di piena sostituzione rispetto alla decisione amministrativa. Ciò al fine di garantire (seppure *ex post*), in via correttiva (rispetto ad un procedimento amministrativo in ipotesi non pienamente in linea con le garanzie convenzionali), completa soddisfazione al diritto di difesa.

Per quanto il concetto di *full jurisdiction* non manchi di ambiguità e sia comunque certamente da intendersi in concreto, ossia in relazione alla domanda di parte sia in sede giurisdizionale nazionale che poi di censure avanti alla Corte europea, proprio in materia penale (più che in quella civile, ove talvolta pare ammettersi la sufficienza di una c.d. *sufficient review* o *jurisdiction*), la pretesa ad un riesame pieno della pretesa punitiva, come ricordato da ultimo nel 2012 dai giudici di Strasburgo nel caso *Steininger*, è particolarmente sentita²⁷.

Che la *full jurisdiction* debba essere intesa in modo forte e non meramente nominale è questione di cui si sta sviluppando progressiva consapevolezza in sede di Unione europea. In particolare, a seguito della sentenza *Menarini* della Corte europea dei diritti dell'uomo con cui, in estrema sintesi, i giudici di Strasburgo hanno affermato la necessità di una *full jurisdiction* sulle sanzioni amministrative pecuniarie della Autorità garante della concorrenza italiana in quanto, come noto, di natura sostanzialmente penale e così soggette alle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, si assiste ad un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in punto di sindacato sulle sanzioni *antitrust* della Commissione. Da ultimo, nel 2013, i giudici del Lussemburgo hanno preso atto che perché il giudice europeo goda di *full jurisdiction* (come necessario per tentare di realizzare, almeno sul piano delle tutele giurisdizionali, una conformità ai principi CEDU quali incorporati nell'ordinamento dell'Unione dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali), esso deve avere "il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un

²⁶ Sentenza 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, *Jussila v. Finland*.

²⁷ Sentenza 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, § 52, in cui espressamente si nota, in contrapposizione a vicende in cui erano in gioco poteri amministrativi incidenti su diritti civili, che " *In the present case, however, the criminal head of Article 6 § 1 applies to the proceedings at issue and in its case-law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal sanctions imposed by administrative authorities* "

organo di grado inferiore. L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito". Alla luce di tale premessa (si noti: la Commissione è organo inferiore, rispetto alla Corte, che su di essa esercita una funzione appellatoria e non meramente cassatoria) hanno tratto la conseguenza che la competenza estesa al merito *ex art. 31 del Regolamento n. 1/2003* vada intesa nel senso di conferire al giudice europeo il potere di "*sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta*". Anche laddove sia stabilita una giurisdizione di mera legittimità (come per il sindacato sull'ammissione a programmi di *leniency* o comunque per i profili diversi da quelli sull'*an* e sul *quantum* della sanzione una volta accertato l'illecito), il giudice "*non può far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione - al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto*"²⁸.

D'altra parte, con sentenza 14 novembre 2013, causa C-60/12, la Corte di giustizia, nell'interpretare la Decisione quadro 2005/214/GAI in tema di reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, ha ritenuto che il principio per cui possa essere data esecuzione a sanzioni per violazione del codice della strada solo ove rispetto a queste sia dato ricorso giurisdizionale effettivo nell'ordinamento nazionale debba, alla luce dell'art. 6 CEDU e dell'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali, essere inteso nel senso che il giudice nazionale, ove la sanzione sia inflitta da un'Autorità amministrativa, debba "*essere pienamente competente ad esaminare la causa con riferimento tanto alla valutazione in diritto quanto alle circostanze di fatto e deve avere in particolare la possibilità di esaminare le prove e di accertare su tale base la responsabilità dell'interessato nonché l'adeguatezza della pena*". Il richiamo è quindi, di nuovo, al concetto di *full jurisdiction* che emerge ormai quale canone europeo dell'effettività della tutela giurisdizionale in materia amministrativa²⁹.

Quasi superfluo notare, infine, che vi sono alcune garanzie che è comunque impensabile vengano confinate alla sede giurisdizionale: si pensi al diritto dell'accusato, espressamente codificato dall'art. 6, par. 3, lett. a, CEDU di "*essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico*". Tale regola serve a garantire il cittadino contro il rischio di compromettere la propria posizione, assicurandogli una possibilità concreta di

²⁸ Sentenze 18 luglio 2013, in causa C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd*, punti 35 ss. e 24 ottobre 2013 in causa C-510/11 P, *Kone*, punti 24 ss.

²⁹ Per una simile ipotesi quanto, in particolare, all'effettività della tutela giurisdizionale in punto di provvedimenti amministrativi determinativi di diritti civili, ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 267 ss.

difesa efficace ed informata fin dall'inizio del procedimento penale. Ed allora, se la pena viene inflitta a seguito di un procedimento amministrativo, non è per definizione credibile che la fase giudiziale possa *ex post* correggere un deficit di tutele sotto questo profilo. A quel punto, la pretesa del cittadino al giusto processo penale sarebbe difatti già compromessa.

6. Conclusioni quanto al complessivo adeguamento ai canoni di tutela dell'art. 6 CEDU.

Ebbene, è molto dubbio che, come ho avuto modo di notare in un mio scritto in tema di sanzioni dell'AGCM³⁰, il sistema italiano in materia di più gravi sanzioni pecuniarie sia, seppur visto nel suo complesso, in linea con gli obblighi dell'art. 6 CEDU. È vero che il procedimento di irrogazione della sanzione *ex l. 689 del 1981* è più garantistico di quello generale previsto dalla l. 241 del 1990 per l'emanazione di provvedimenti riduttivi della sfera giuridica del destinatario. Nella l. 689 sono ad esempio garantiti non solo l'audizione personale dell'incolpato, ma altresì, *ex art. 14, l. 689 del 1981*, il diritto a ricevere entro 90 giorni dall'accertamento dell'illecito la relativa contestazione, così da poter tempestivamente esercitare il diritto di difesa. Tuttavia, anche nel sistema *ex l. 689* il procedimento amministrativo è carente soprattutto sotto il profilo dell'effettiva realizzazione dell'*adversarial procedure*, ossia, come sappiamo, di un sistema accusatorio con parità delle parti tra accusa e difesa, né vi alcuna reale separazione organica e funzionale tra accusa e difesa.

Occorrerebbe allora, quantomeno, realizzare davvero una *full jurisdiction*.

E in effetti, quanto alla tutela giurisdizionale, come si è già notato, *ex art. 23, l. n. 689 del 1981*, il giudice ordinario può ritenersi chiamato ad un riesame giudiziale sull'intera pretesa sanzionatoria, con potere di incidere direttamente anche sul *quantum* della sanzione. Una simile incisione nel merito della pretesa sanzionatoria è poi garantita anche al giudice amministrativo che, ogniqualvolta abbia giurisdizione su sanzioni amministrative pecuniarie, esercita poteri di merito *ex art. 134, co. 1, lett. c)*, c.p.a.

Almeno sulla carta (altra cosa è, naturalmente, la realtà del diritto vivente, ove ancora ampi sono gli spazi di privilegio in concreto riconosciuti alla parte pubblica), una *full jurisdiction* sarebbe dunque realizzabile in relazione alle sanzioni amministrative pecuniarie.

La *full jurisdiction* - ove accompagnata da un effetto sospensivo automatico del ricorso avverso la sanzione - potrebbe forse realizzare un sistema nel complesso conforme

³⁰ GOISIS, *Un'analisi critica*, cit. .

agli obblighi discendenti dall'art. 6 anche in relazione alle sanzioni più severe. Per queste ultime, altrimenti, sorge, a mio giudizio, il fondato sospetto della violazione del principio di presunzione di innocenza, che si oppone alla soggezione alla pena prima che il giusto processo sia compiuto ('art. 6, par. 2, CEDU: "*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*"). Non a caso, in tema di sanzioni tributarie (ritenute di natura penale), i giudici di Strasburgo hanno ripetutamente notato, a partire dal caso *Janosevic* del 2002, come, sulla base del principio di presunzione di innocenza, "*A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny*"³¹.

Una cosa è però sicura: tutti questi problemi e *deficit* nelle tutele offerte dall'ordinamento nazionale emergono con particolare forza e chiarezza nel caso delle sanzioni nascoste, ove, non applicandosi la l. 689 del 1981 nei suoi profili procedimentali e processuali né la giurisdizione di merito del giudice amministrativo, viene a mancare anche solo un abbozzo di procedimento a contraddittorio rafforzato nella fase amministrativa e, anche ammesso che una *full jurisdiction* basti da sola ad assicurare il rispetto dell'art. 6 CEDU, non vi è alcuna specifica profondità di sindacato del giudice ordinario o amministrativo nella fase giurisdizionale.

Si conferma così la urgenza di una riforma complessiva del sistema sanzionatorio amministrativo ed in particolare delle varie ipotesi di sanzioni amministrative nascoste: in poche parole, occorrerebbe trasformare e rafforzare profondamente le garanzie del cittadino a fronte di ogni manifestazione di potestà punitiva, pur ove connessa con profili di cura concreta dell'interesse pubblico; la scelta per il diritto amministrativo invece che penale e lo stesso contenuto sostanziale e finalità principale dello strumento amministrativo di reazione alla violazione di un precetto non dovrebbero mai limitare quella pienezza del diritto di difesa, che l'art. 6 CEDU (con il suo valore di norma interposta *ex art.* 117, co. 1, Cost.) in ogni caso pretende e garantisce.

³¹ Sentenza 23 luglio 2002, caso n. 3461/97, *Janosevic c. Svezia*, §. 108