



Rivista N°: 2/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 03/07/2023

AUTORE: Paolo Mezzanotte*

GIUSTO PROCEDIMENTO E TUTELA DEI DIRITTI. RIFLESSIONI A MARGINE DELLA GIURISPRUDENZA CEDU IN RAPPORTO ALLE TRADIZIONI COSTITUZIONALI NAZIONALI**

DUE PROCESS AND THE PROTECTION OF RIGHTS. SIDELINE REFLECTIONS ON THE ECHR CASE-LAW IN COMPARISON TO THE NATIONAL CONSTITUTIONAL TRADITIONS

Sommario – 1. Introduzione al tema. La questione della fungibilità tra tutele processuali e procedurali. 2. Rapporti tra procedimento e processo: modelli e basi teoriche. 3. I vincoli dell'ordinamento Cedu: problemi generali. 4. L'estensione della sfera della funzione giurisdizionale ai fini dell'applicazione dell'art. 6 Cedu. 5. La difficile costruzione di un regime dei procedimenti sanzionatori. 6. La full jurisdiction e i suoi nodi irrisolti: ripristino della centralità della giurisdizione o "sanatoria" delle carenze procedurali? 7. Interrogativi a monte del sindacato giurisdizionale: l'incerta identificazione del "nocciolo duro" del diritto penale e le sue conseguenze sui limiti stessi della dottrina della full jurisdiction. Le discordanti indicazioni in materia di vigilanza sui mercati finanziari. 8. Suggestioni provenienti dalle pronunce sul diritto al silenzio. 9. Brevi note conclusive.

1. Introduzione al tema. La questione della fungibilità tra tutele processuali e procedurali.

L'idea di affidare compiti sanzionatori e aggiudicatori a soggetti non giurisdizionali risponde a esigenze funzionali note e dà luogo a interrogativi di squisito interesse pubblicistico.

Sotto un primo profilo, il legislatore, nazionale o sovranazionale, muove dall'assunto che la componente della specializzazione tecnica e quella dell'efficienza decisionale siano

* Ricercatore e Professore Aggregato presso il Dipartimento di Scienze politiche della Sapienza Università di Roma.

** Destinato per futura pubblicazione al volume di M. Lamandini (a cura di), *Sfide e prospettive per una tutela giurisdizionale effettiva in materia economico-finanziario*, nell'ambito del PRIN 2017 NAFWC8: "The essential, and competitive, role of specialised courts and alternative dispute resolution mechanisms in financial law as a precondition for the attainment of social desirable levels of public and private enforcement".

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897. La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line). Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Direttore Responsabile: Prof. Sandro Staiano — Direttori: Prof.ssa Elisabetta Catelani, Prof. Claudio Panzera, Prof. Fabrizio Politi, Prof.ssa Antonella Sciortino.

essenziali per la risoluzione di conflitti individuali e collettivi nell'ambito del governo di alcuni settori dell'economia, oltre che più idonee alla tutela dei diritti. Questi, affrancati dalle lungaggini processuali e dai connessi oneri economici, sarebbero infatti dotati di maggiore effettività¹.

Le istanze così prospettate devono però convivere – e veniamo al secondo profilo – con principi costituzionali e ordinamentali che, sempre al fine di tutelare diritti individuali e interessi collettivi, postulano garanzie di tipo giurisdizionale. Queste attengono, da un lato, all'individuazione del soggetto che esercita la funzione e alla sua indipendenza – precostituzione del giudice, divieto di giudici speciali e straordinari, etc.² – e dall'altro, come qui interessa, all'esercizio della funzione stessa, ossia al procedimento.

In questa prospettiva, il grado di fungibilità tra la tutela giurisdizionale e quella offerta da soggetti e rimedi alternativi dipende proprio dall'idoneità delle garanzie procedurali inerenti a questi ultimi a far le veci del processo giurisdizionale. In questa valutazione bisogna tener conto del rispetto dei principi di giustizia procedurale necessari alla garanzia dei diritti; senza, però, impedire l'implementazione di quelle componenti di ordine funzionale che giustificano la stessa attrazione di competenze para-giurisdizionali in capo a soggetti specializzati e di natura soggettivamente amministrativa.

Valutazione difficile questa, che, con particolare riguardo ai profili pubblicistici, trova il suo precipuo campo di indagine nei procedimenti sanzionatori, con particolare riferimento a quelli che si svolgono presso le autorità indipendenti, ma con attenzione rivolta, potenzialmente, a ogni organo amministrativo, nazionale o sovranazionale, che eserciti potestà punitiva di un certo rilievo per la sfera soggettiva di persone fisiche o giuridiche.

2. Rapporti tra procedimento e processo: modelli e basi teoriche.

Il tema del rapporto tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale ha coinvolto, nella sua complessità, riflessioni di diritto amministrativo, processuale, teoria generale.

Sulla scorta di autorevoli insegnamenti, in dottrina si conviene che, a seconda del momento storico e dell'ordinamento giuridico, il procedimento amministrativo può dar luogo a tre tipi di rapporto rispetto al processo giurisdizionale.

In un primo modello, tipico della tradizione giuridica di stampo continentale, amministrazione e giurisdizione sono poste su di un piano di reciproca alterità. L'azione amministrativa è il luogo dove si persegue il pubblico interesse; e lo si persegue in maniera unilaterale, oltre che autoritativa. Gli interessi privati che entrino in conflitto con il pubblico potere, essendo

¹ Il pensiero corre ovviamente alle autorità indipendenti di garanzia e di regolazione dei settori economici e finanziari. La letteratura in tema è notoriamente vasta. Fra gli altri, v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645 ss.; S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Bologna, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2004; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; Id., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, 1997; Id., *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

² V. rispettivamente artt. 25, comma I, Cost.; art. 102, comma II, Cost.

subordinati al primo, godono in seno al procedimento amministrativo di tutele limitate – quando non proprio assenti. Il momento della garanzia dei diritti del cittadino è interamente demandato alla giurisdizione, nell’ambito della quale trovano spazio le tipiche tutele processuali³.

Tale modello è riscontrabile per parte consistente della storia italiana fin dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, per proseguire, “a stretto giro”, con il progressivo sviluppo delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. In questo contesto, il momento della tutela dei diritti e degli interessi del cittadino era confinato alla sfera giurisdizionale, mentre gli affari di attribuzione dell’amministrazione erano gestiti con moduli procedurali dalla scarsa, o quantomeno incerta, portata garantista.

Una significativa e generale correzione di rotta si rinviene solo a partire dall’introduzione della legge n. 241 del 1990. Questa, nel codificare i tratti fondamentali del giusto procedimento amministrativo, incentrati sugli istituti della partecipazione dei soggetti interessati, ha reso possibile una parziale anticipazione in sede amministrativa di alcuni elementi di giustizia procedurale fino ad allora assorbiti dalla giurisdizione. Così, si è progressivamente instaurato un nuovo rapporto tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, che in dottrina è comunemente definito di complementarità.

In questo nuovo assetto, amministrazione e giurisdizione continuano a essere distinte nelle rispettive attribuzioni costituzionali, anche se la prima viene integrata da istituti processuali che ne arricchiscono l’originaria funzione, volta univocamente al perseguimento del pubblico interesse, con l’anticipazione di garanzie di giustizia. Ora la tutela del soggetto privato può svolgersi sia nel procedimento amministrativo che, più pienamente, nel processo giurisdizionale, dando luogo a un *continuum* in cui la giustizia procedimentale si salda con la tutela in sede giudiziaria.

In questo modo, il sindacato giurisdizionale sull’azione amministrativa, garantito costituzionalmente agli artt. 113 e 24, si rinforza nella sua effettività, giacché può giovare delle risultanze già acquisite di un’istruttoria procedimentale aperta e partecipata, che aumentano, all’evidenza, le sue capacità cognitive⁴. È questo il modello instauratosi, sebbene con le rispet-

³ Cfr. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, pp. 1430 ss. A proposito della sostanziale estraneità del modello amministrativo paragiurisdizionale rispetto alla tradizione giuridica di stampo continentale, cfr. ID., *Op. cit.*, *passim*; M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 17; S. BATTINI, B. G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, 2007, pp. 107 ss. Per ampi riferimenti storico-comparativi, si rinvia inoltre a S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003; nonché a L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003. Ai fini della differenziazione tra i modelli di diritto amministrativo di stampo continentale e modelli anglosassoni, esercita ancora influenza e fascino l’opera di V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, ottava ed. (1915), trad. it., Bologna, 2003, pp. 279 ss, nonché, per il *coté* continentale, quella di M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, XII ed., Paris, 1933, *passim*. Attorno alla tradizione autoritaria del diritto amministrativo francese e dei suoi principi costituzionali, v. ovviamente A. DE TOCQUEVILLE, *L’Antico Regime e la Rivoluzione* (1856), trad. it., Milano, 2006. In particolare, cfr. pp. 71 ss.; 91 ss.; 97 ss.

⁴ Cfr. M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 1435 ss.

tive differenze, con l'evoluzione dell'ordinamento italiano, francese, tedesco, per i quali i principi costituzionali in tema di tutele amministrative restano comunque visibilmente incentrati sull'elemento giurisdizionale⁵.

Infine, procedimento e processo possono dar luogo a una relazione per la quale il primo si presenta come strumento potenzialmente alternativo al secondo. Il rapporto di alternatività intercorre quando, per l'ordinamento, un procedimento amministrativo è suscettibile di sostituirsi alla giurisdizione, integralmente o quasi. Ciò si verifica per lo più quando la disciplina del procedimento amministrativo è reputata sostanzialmente in grado di assicurare quelle esigenze di giustizia che comunemente integrano la principale funzione del processo giurisdizionale⁶.

A queste condizioni, il sindacato giurisdizionale può svolgersi in maniera meno penetrante o, al limite, addirittura mancare. Nelle esperienze in cui il procedimento è particolarmente ritagliato sul modello giustiziale, come, tradizionalmente, quella austriaca e quella statunitense, talvolta il procedimento stesso assume quasi le sembianze di un primo grado di giudizio, rispetto al quale il compito della giurisdizione è limitato ai profili di stretta legittimità⁷.

⁵ Id., *Op. cit.*, pp. 1433 ss.

⁶ Per una sintetica ricostruzione dei tre modelli, parzialmente succedutisi nella storia italiana, di rapporto tra procedimento e processo, v. anche G. SALA, *Giusto procedimento e giusto processo*, in *Amministrare*, n. 2/2018, pp. 285 ss.

⁷ Soprattutto l'esperienza statunitense del *due process of law* ha esercitato una forte attrazione culturale per la sua stretta connessione con l'eredità premoderna che vede l'amministrazione come parte della giurisdizione. Cfr., per tutti, L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 36 ss. Per riferimenti più specifici al *due process of law* nel diritto costituzionale statunitense, chiaramente con riferimento al procedimento amministrativo, v. S. BREYER ET AL., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, New York, 2006, pp. 605 ss.; L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Torino, 1997. Con specifico riguardo al collegamento tra il *due process* e la storia medievale inglese, cfr. E.D. RE, *Due process of law*, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, pp. 1 ss. Per un approccio costituzionalistico, v. G. BONGNETTI, *Dalla rule of law allo stato amministrativo*, parte II, in *Jus*, n. 1/1987, pp. 11 ss. Con riferimento alle peculiarità dell'esperienza austriaca, specie in relazione all'equiparazione tra amministrazione e giurisdizione, ma nell'ambito della teoria gradualistica dell'ordinamento giuridico, v. H. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato* (1923), trad. it., in Id., *Il primato del Parlamento*, a cura di Carmelo Geraci, Milano, 1982, pp. 83 ss., 94 ss.; Id., *Giurisdizione e amministrazione*, in Id., *Il primato del Parlamento*, cit., pp. 123 ss. Con riferimento al modello austriaco, v. anche le pregnanti osservazioni di F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 596 ss. Per approfondimenti comparativi sulle esperienze europee e d'Oltreoceano, v. A. Massera (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, pp. 11 ss. Come si sa, inoltre, tale conformazione del procedimento e degli organi amministrativi sul modello giurisdizionale conosce nascita e fortuna dapprima nella storia costituzionale inglese. Centrale, allo scopo, è stata per lunghissimo tempo la figura del *Justice of peace*, magistrato onorario risalente al tardo medioevo e incaricato di amministrare la giustizia sul territorio nonché, per l'appunto, dello svolgimento in forma indiretta di alcune delle maggiori funzioni amministrative allora conosciute, come l'attribuzione e la revoca delle licenze, il rifacimento di strade e ponti e altri rilevanti compiti. Sul punto, v. H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese* (1967), trad. it., Milano, 1969, p. 176 ss. È con riferimento a tale modello che la dottrina inglese storicamente più celebre e, allo stesso tempo, più discussa, ha predicato l'inesistenza del diritto amministrativo sul suolo d'Inghilterra. Il riferimento è ovviamente ad A. V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, cit., p. 279 ss. Ampiamente sul tema, v. in particolare S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., p. 30 ss. È per lo più a partire dalla seconda metà del Secolo XIX che l'amministrazione si affranca gradualmente dalla giurisdizione a livello organizzativo. Tuttavia, ciò non corrisponde al venir meno di quel carattere *quasi-judicial* che contraddistingue il pubblico potere nel suo operare. Non casualmente, sin da allora le Commissioni amministrative preposte al controllo e alla vigilanza di settori di intervento pubblico, primo fra tutti quello dei trasporti, prendono significativamente il nome di *Administrative Tribunals* ed esercitano sia attività amministrative in senso stretto, sia funzioni contenziose. In ogni caso, tali organi improntano per lo più la loro azione a procedure a carattere para-giurisdizionale, ove il contraddittorio con gli interessati ha un ruolo centrale, e sono dotate di indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni. Per una specifica ricostruzione dell'esperienza degli *Administrative Tribunals* inglesi, cfr. E. BALBONI, *L'amministrazione giustiziale*, Padova, 1986, *passim*, in partic. p. 37 ss.

In un quadro sinottico dei vari modelli, può essere evidenziato, generalmente, un rapporto di proporzionalità inversa fra le tutele procedimentali e processuali. Più, infatti, il sistema costituzionale richiede la conformazione del procedimento amministrativo su quella del processo, meno pressante sarà l'esigenza di un sindacato pieno sui fatti oggetto dell'azione amministrativa e sulla ricostruzione che ne dà l'amministrazione. È vero, però, anche il reciproco: più la costituzione ancora la giustizia amministrativa al momento della giurisdizione, meno il procedimento amministrativo avrà modo e necessità di smorzare la sua originaria carica di autorità. Per lungo tempo, poi, il modello italiano è stato reputato da molti come lacunoso sia dal punto di vista della tutela procedimentale, sia da quello di una piena ed effettiva garanzia giurisdizionale. Come si vedrà proprio a proposito di alcuni profili di compatibilità con il sistema Cedu, le propaggini di questa eredità storico culturale, malgrado gli indubbi progressi sia sull'uno che sull'altro versante, trovano qualche rispondenza anche in alcuni tratti salienti dell'esperienza più recente⁸.

Queste ricostruzioni sottendono più ampi scenari speculativi, concernenti la definizione, sul piano della teoria generale, del *proprium* del processo rispetto alla nozione di procedimento.

In sintesi, può dirsi che la categoria del processo può essere considerata come una specie del genere procedimento. Quest'ultimo infatti, come da celebre definizione, è la forma giuridica in cui si manifesta qualsiasi funzione pubblica, sia essa giurisdizionale, amministrativa, legislativa. All'interno di questa macro-categoria, definibile come procedimento in senso lato, si distinguono il procedimento in senso stretto e, per l'appunto, il processo⁹.

Il primo si contraddistingue per l'unilateralità. Ciò vale a dire che tutti i suoi atti sono posti in essere dal soggetto titolare di poteri decisori; ovvero, dove intervengano altri soggetti, come nei procedimenti complessi, questi non esprimono una vera alterità di interessi e la loro partecipazione si realizza per lo più in forme collaborative e non dialettiche. Si ha processo, invece, quando partecipano all'esercizio della funzione, in tutte o alcune delle sue fasi, anche i destinatari dell'atto amministrativo, e vi partecipano secondo lo schema del contraddittorio¹⁰.

⁸ Cfr. *infra*, § 6, a proposito del dibattito sulla sufficienza o meno del sindacato sull'eccesso di potere, sia pure declinato in maniera più penetrante, a integrare i requisiti della giurisdizione piena su fatto e diritto, necessaria, secondo la Corte Edu, per compensare *ex post* le deficienze del procedimento amministrativo sotto il profilo delle tutele giustiziali. Emblematico, sul punto, il caso *Menarini c. Italia*, su cui v. *infra*, § cit. Sul tema delle carenze originarie dell'intero sistema di giustizia amministrativa in Italia, sia sotto il profilo procedimentale che processuale, v. ampiamente F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 599 ss.

⁹ Quasi superfluo, qui, il richiamo al classico di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, pp. 1952, pp. 118 ss.

¹⁰ Di conseguenza, la dottrina specifica che la "mera" partecipazione del soggetto privato all'esercizio della funzione non è sufficiente perché il procedimento amministrativo si comporti come un processo: occorre ulteriormente che la partecipazione acquisti una struttura dialettica, dando vita a un vero e proprio contraddittorio. Cfr. E. FAZZALARI, *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986 pp. 826 s. Da tale assunto purò dedursi, ad es., che il "diritto di essere ascoltati" di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo in Italia comporta bensì delle contaminazioni del procedimento amministrativo con elementi partecipativi, tali da modellare l'azione amministrativa secondo i canoni di un procedimento giusto; ma non lo rende pienamente sovrapponibile allo schema del processo. Non a caso, a proposito del procedimento amministrativo nostrano, si parla di continuità con il sindacato giurisdizionale, piuttosto che di alternatività. Quanto detto non significa che, perché si abbia processo, il decisore debba essere terzo rispetto al contraddittorio; significa, però, che, nell'istruttoria, il destinatario dell'atto abbia i poteri processuali necessari per potersi confrontare con il decisore, in quella fase, su un piano di

Ciò che interessa sottolineare è che, in questa prospettiva, procedimento e processo non sono moduli necessariamente legati all'esercizio di una data funzione, ma sono categorie di teoria generale. In particolare il processo, sebbene contraddistingua normalmente la giurisdizione, può essere esteso nei suoi istituti portanti anche ad altri organi dello Stato e ad altri soggetti istituzionali, nella specie all'amministrazione. Così è avvenuto, sebbene in parte, con la legge n. 241/90. Questa, nel codificare gli istituti essenziali del c.d. giusto procedimento, ha di fatto esteso a quest'ultimo alcune delle modalità funzionali proprie del processo¹¹.

Può esserci, dunque, processo anche nell'amministrazione e al di fuori della giurisdizione. Allo stesso modo, lo "slittamento funzionale" può avvenire nel verso opposto: può esserci procedimento in senso stretto al di fuori dell'amministrazione e segnatamente davanti al giudice – i procedimenti di volontaria giurisdizione e quelli ispirati al modello inquisitorio costituiscono un esempio, sia pure parziale, di questo fenomeno. Muovendo ancor più dal particolare al generale si può dire che tali evenienze non rappresentano altro che concretizzazioni, sul piano dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, di una più universale dicotomia, comunemente conosciuta come "formale-sostanziale". La dicotomia, antica quasi quanto la giuspubblicistica moderna, entra in gioco ogni qual volta, per la complessità e il pluralismo istituzionale, si tratti di affrontare il problema dell'esercizio da parte di un organo o soggetto pubblico di una funzione che, almeno sulla base di una visione tradizionale del principio della separazione dei poteri, pertiene astrattamente ad altro organo o soggetto¹².

Infine, sullo sfondo di queste rappresentazioni – a chiudere la premessa teorica – sta la proverbiale ricostruzione kelseniana, per la quale esistono due sole funzioni pubbliche fondamentali: quella normativa (*legis latio*) e quella esecutiva dei precetti normativi (*legis executio*). Nell'ambito della teoria normativista, amministrazione e giurisdizione, poste sullo stesso livello della scala gerarchica lungo la quale l'ordinamento conosce la sua implementazione, sono entrambe funzioni di esecuzione-applicazione della legge e tra di esse non corre alcuna differenza ontologica. Lo stesso utilizzo di poteri discrezionali non costituisce criterio sufficiente di differenziazione in quanto, nella prospettiva della teoria pura, a ogni livello della pira-

parità. È evidente come, attraverso l'obbligo che grava sul decisore di tener conto di quanto emerso nel procedimento, la spendita di poteri propriamente processuali nella fase prodromica possa influire concretamente sulla decisione. Cfr. E. FAZZALARI, *Op cit.*, pp. 827 ss.

Peraltro, nella ricostruzione del Benvenuti, i requisiti perché si abbia processo anziché procedimento in senso stretto paiono essere meno stringenti. Infatti, in questa seconda prospettiva, intrisa di elementi propri della cultura giuridica amministrativistica, perché si abbia processo non rileva tanto l'atteggiarsi della partecipazione secondo i canoni del contraddittorio, quanto la circostanza che il decisore e il partecipante siano portatori di *interessi diversi*. Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., *passim*.

¹¹ Cfr. E. FAZZALARI, *Procedimento (teoria generale)*, cit., p. 821, per cui il processo «non è esclusivo della giustizia, sibbene è uno schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e così, appunto, in quello della pubblica amministrazione».

¹² La distinzione formale-sostanziale, come si sa, si è profilata nella storia del costituzionalismo con riferimento alla legge, onde distinguere le leggi volte all'adempimento della loro funzione più tipica, ossia la regolazione generale e astratta, dalla vasta ed eterogenea moltitudine di atti formalmente legislativi recanti un contenuto amministrativo o comunque non normativo in senso classico, come le leggi di bilancio, le c.d. leggi provvedimento, l'autorizzazione alla ratifica dei trattati, etc. Per una panoramica generale, cfr. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 185 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, 1991, pp. 342 ss.; v. ampiamente V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II. 1, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, pp. 74 ss.

mide gerarchica, anche quello dell'esecuzione dei precetti normativi, è coesistente un margine di creatività, più o meno esteso a seconda dei casi, il cui esercizio è frutto di un processo volitivo e non solo strettamente ricognitivo. Sicché, a tutto concedere, possono darsi differenze solo quantitative nella disposizione di poteri discrezionali, che dipendono dall'ampiezza di apprezzamento che la cornice normativa lascia rispettivamente agli organi preposti all'esecuzione. In questo modello, il problema della separazione dei poteri è evidentemente risolto sul nascere, così come quello, intimamente legato al primo, dell'esercizio di poteri discrezionali da parte di organi della giurisdizione¹³.

3. I vincoli dell'ordinamento Cedu: problemi generali.

Tali assunti teorici, che per definizione intendono descrivere "l'essere" del fenomeno giuridico astraendolo, per quanto possibile, dai valori storico-positivi, vanno poi misurati, ai nostri fini, con il "dover essere" che promana dai principi e dalle regole che, invece, positivamente definiscono le funzioni pubbliche e pretendono di conformarle e distinguerle l'una dall'altra. Per calare la questione nei rapporti fra procedimento e processo, è indispensabile confrontarsi con i vincoli di derivazione costituzionale e, prima, con quelli derivanti dalla Cedu. Questi ultimi, infatti, influiscono sull'interpretazione della Carta repubblicana, hanno positiva vigenza anche entro l'ordinamento nazionale attraverso meccanismi ormai noti e, quanto al tema di interesse, hanno conosciuto un'elaborazione già piuttosto sedimentata.

Orbene, sotto il profilo del diritto positivo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha anzitutto evidenziato le condizioni per le quali le disposizioni Cedu in materia di giurisdizione, in particolare la nozione di tribunale, possono applicarsi anche ai procedimenti amministrativi – con particolare riguardo all'esercizio della potestà punitiva, in ragione degli effetti da essa prodotti sulla sfera giuridica dei soggetti.

Ulteriormente, la giurisprudenza ha fornito alcune risposte in merito ai termini in cui le stesse attività amministrative possono addirittura fare le veci della giurisdizione, fino al limite di poterla sostituire. Tale interrogativo evoca, come si capisce, il tema centrale della trasposizione delle tutele processuali in seno al procedimento amministrativo. In concreto, sempre ai nostri fini, la questione ha ad oggetto il livello di garanzie processuali richiesto dall'ordinamento Cedu nell'esercizio di potestà punitive da parte dell'amministrazione.

In terzo luogo, la Corte europea, con una giurisprudenza ormai nutrita, si è occupata di vagliare anche l'opzione inversa, ossia la possibilità e i limiti di una sostituzione delle valutazioni del giudice a quelle dell'organo amministrativo competente in prima battuta, specie quando sia in gioco la spendita di poteri discrezionali. Riemerge qui, all'evidenza, il principio

¹³ Cfr. H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato* (1923), trad. it., in ID., *Il primato del Parlamento*, a cura di Carmelo Geraci, Milano, 1982, pp. 83 ss., 94 ss.; ID., *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del Parlamento*, cit., pp. 123 ss.

Il tema del rapporto tra procedimento e processo non ha mai cessato di destare vivo interesse nella dottrina. Fra i contributi più recenti, si segnala, in via generale, M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, pp. 596 ss. L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2012, pp. 28 ss.; EAD., *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2009, pp. 277 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016, pp. 34 ss.; G. SALA, *Giusto procedimento e giusto processo*, cit., pp. 285 ss.

della separazione dei poteri e i limiti che ne derivano sul piano dello slittamento dall'amministrazione verso la giurisdizione di potestà discrezionali, ovvero, più spesso, di specifiche competenze in ordine a valutazioni tecnicamente complesse.

Emergono, in questa sede, anche le limitazioni cui deve andar soggetto lo stesso principio della separazione dei poteri. Questo ha da essere infatti temperato con l'esigenza di una piena tutela dei diritti, particolarmente avvertita, com'è ovvio, nell'ambito dell'ordinamento Cedu. Si pone dunque all'attenzione la maggiore o minore intensità con la quale al giudice nazionale è consentito incidere su decisioni amministrative che recano profili di discrezionalità tecnica o di discrezionalità *tout court*.

A seconda delle risposte fornite dalla Cedu a ciascuna delle questioni rappresentate qui sopra, si può tentare di abbozzare una ricostruzione del regime dei rapporti tra procedimento e processo. Le posizioni della giurisprudenza, spesso ritagliate sul caso concreto, non sono sempre univoche. Pertanto, a motivo di maggiore chiarezza, è previamente opportuno predisporre una "griglia" generale delle possibilità che la Corte Edu ha dovuto vagliare nel susseguirsi delle varie tipologie di fattispecie sottoposte al suo scrutinio.

L'elenco tende a ricalcare in parte quello delle alternative sopra esposte in linea di teoria generale e di riferimenti comparativi, sempre con l'avvertenza che, in questa sede, trattasi di fattispecie positivamente sottoposte al vaglio della Corte Edu e da questa trattate sulla stretta base dei principi dell'ordinamento convenzionale.

Anzitutto, come sopra accennato, la Corte Edu ha avuto modo di pronunciarsi sui requisiti per i quali il procedimento può validamente prestarsi come alternativa al processo; ciò che può fare, in estrema sintesi, quando da questo ripete i principali istituti che ne connotano la struttura garantista. Per fare le veci del giusto processo, il procedimento amministrativo deve cioè "diventare processo" anch'esso.

In mancanza di tali presupposti, ossia quando il procedimento amministrativo manca di uno o più elementi considerati non derogabili ai fini della realizzazione del giusto processo o, comunque, non li garantisce a un livello e con un'intensità considerati sufficienti dall'ordinamento, si rende necessaria una fase giurisdizionale a carattere complementare o, addirittura, sostitutivo. In un contesto siffatto, il successivo controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa assume i connotati di una compensazione *ex post*. Si realizza, così, un rapporto complementare tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale. L'idoneità di questo a soddisfare alle istanze della giustizia e della tutela dei diritti è proporzionale al potere, istituzionalmente conferito al giudice, di penetrare nelle valutazioni amministrative, riportandole alla luce nel processo in un contesto di contraddittorio pieno e di effettiva parità delle armi fra amministrazione e cittadino.

Diversamente, il recupero in sede giurisdizionale dei diritti di contraddittorio, delle condizioni di indipendenza e imparzialità del decisore e di tutti gli altri elementi che compongono il giusto processo non avrebbe molto senso laddove, in seno al processo medesimo, venisse limitato in maniera sostanziale il sindacato sulle valutazioni amministrative. È evidente che, nell'eventualità da ultimo paventata, parte rilevante dell'oggetto della decisione, che incide sui diritti del privato, rischierebbe di essere determinata nel procedimento amministrativo in as-

senza di garanzie adeguate e sottratta, altresì, al contraddittorio processuale in virtù delle limitazioni al sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa o tecnica. Tale ipotesi è certamente problematica visto che, in questo genere di fattispecie, il *continuum* procedimento-processo non realizza appieno, né prima né dopo, i requisiti del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu – che peraltro trovano riscontro, come noto, nell'art. 111 Cost. e negli artt. 47 e 48 Cdfue.

Non è questa, tuttavia, l'unica possibile “zona d'ombra” per le tutele del privato – e veniamo alla quarta e ultima ipotesi, forse quella che, come si vedrà, racchiude gli elementi di maggiore incertezza e che più interessa in questa sede. È possibile, infatti, che il sindacato giurisdizionale, pure quando estremamente penetrante e garantista e quindi pienamente idoneo a compensare carenze del procedimento amministrativo, si mostri, comunque e *a priori*, insufficiente a porre rimedio alla situazione concretamente prodottasi *medio tempore* nella sfera giuridica e di interessi del privato. Questi infatti, prima di ottenere giustizia, può vedere compressi i suoi diritti – patrimoniali o addirittura personali – da un provvedimento preso in assenza di contraddittorio o di altre garanzie inerenti al giusto processo, con effetti che concretamente vengono a stabilizzarsi in capo alla sua persona e, in definitiva, con la conseguenza di venir privato del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva.

Quest'ultimo aspetto mette capo a diversi interrogativi in ordine agli strumenti finalizzati a propiziare la tutela effettiva. Tra questi, vanno certo menzionati gli strumenti cautelari, così come, a monte di questi, il problema della stessa esecutorietà degli atti della pubblica amministrazione e dei suoi eventuali limiti, problema tanto più serio ove riguardi provvedimenti sanzionatori potenzialmente dotati di un alto grado di afflittività. Soprattutto, la dottrina è indotta a interrogarsi sulla reale fungibilità delle stesse garanzie del privato in seno al procedimento amministrativo; a chiedersi, in altri termini, se la tutela effettiva dei diritti del privato non necessiti, almeno in determinati casi, di un'estensione tendenzialmente piena delle garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa, senza possibilità di deroghe più o meno compensabili, magari in maniera tardiva, nel giudizio di impugnazione¹⁴.

In quest'ultimo caso, evidentemente, si ritorna al paradigma dell'alternatività tra procedimento e processo, ma per soddisfare a istanze parzialmente diverse rispetto a quelle sottese all'ipotesi cui si è accennato sopra. In quella situazione, infatti, il procedimento amministrativo è rappresentato come potenzialmente fungibile rispetto al successivo ed eventuale processo di impugnazione. In altri termini, in quella ipotesi il procedimento è considerato sotto il profilo della sussistenza delle condizioni per le quali esso *può* fare le veci del processo, rendendo meno pressante l'esigenza di un penetrante sindacato giurisdizionale per essere già stato realizzato, di fatto, un giusto processo in seno all'amministrazione.

Nel caso di specie, invece, non vi è alcuna fungibilità tra il prima e il dopo. In questa prospettiva, il procedimento amministrativo *deve* essere connotato in senso giustiziale, di per sé e a prescindere dal livello di tutela eventualmente offerto dalla fase dell'impugnazione in giudizio.

¹⁴ Cfr. *infra*, § 7.

Come potrà osservarsi nei §§ ss., la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è più complessa di quanto non appaia, in quanto oscilla, a seconda dei casi, fra l'una e l'altra delle variabili poc'anzi descritte. Soprattutto l'ultima questione è tuttora oggetto di dibattito. Sicché, anche in dottrina, le opzioni ricostruttive non sono sempre concordi tra loro.

4. L'estensione della sfera della funzione giurisdizionale ai fini dell'applicazione dell'art. 6 Cedu.

Per la sua cifra anagrafica, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contempla in via generale diritti del cittadino in seno all'azione amministrativa. Sono previsti, come si sa, puntuali diritti processuali, che a loro volta si compongono nel più generale diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione¹⁵. Il riferimento alla sola giurisdizione si evince anche dal tenore letterale del disposto, ad es. dal riferimento a un «tribunale indipendente e imparziale il quale sia chiamato a giudicare sulle controversie [...] di carattere civile o sulla fondatezza di un'accusa penale»¹⁶.

Quindi, pur essendo uno dei luoghi in cui i diritti del cittadino possono subire limitazioni, di per sé l'azione amministrativa non è coperta letteralmente dall'art. 6 Cedu. In questo, il diritto Cedu riflette un approccio tradizionale al tema delle garanzie, fondato sul ruolo costituzionalmente assorbente della tutela giurisdizionale.

Con il tempo, però, la giurisprudenza ha avuto modo di calibrare un'interpretazione attualizzante ed estensiva dell'art. 6 della Cedu, nei termini di cui si dirà poco appresso. Principalmente due sono le ragioni sottese all'evoluzione giurisprudenziale, di cui una a carattere, per così dire, sistemico, in quanto legata alla configurazione complessiva della Cedu come strumento di tutela dei diritti; mentre l'altra motivazione è più legata alla concretezza dei processi istituzionali degli Stati membri.

Sotto il primo aspetto, va ricordato, a costo di dire un'ovvietà, che il punto di osservazione da cui muove ogni enunciato della Cedu è, per definizione, quello dei diritti. In questa prospettiva, se al centro del sistema è la protezione dei diritti sostanziali, la questione se la compressione di un diritto provenga da un giudice piuttosto che da un'autorità amministrativa è suscettibile di veder relativizzata la sua importanza. Lo stesso equo processo è contemplato nell'art. 6 come una complessiva posizione sostanziale del privato, che poi si sfrangia in diversi diritti a carattere processuale. Il *coté* istituzionale, quello che guarda al potere e al suo funzionamento, è certo sussistente – basti pensare alla posizione di indipendenza e imparzialità del tribunale – ma si colloca più sullo sfondo o, meglio, è la risultante della proclamazione

¹⁵ I contenuti dell'equo processo di cui all'art. 6 sono noti. Ai nostri fini possono brevemente ricordarsi i requisiti di indipendenza e imparzialità del giudice, la pubblicità del procedimento, il contraddittorio su prove e testimonianze, la difesa legale, l'informativa del processo a proprio carico.

¹⁶ Espressamente a proposito della mancanza, all'origine, di autonoma rilevanza del diritto amministrativo per l'ordinamento Cedu, *ex plurimis*, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Diritto nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, pp. 110 ss.; F. GOISIS, *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.* n. 3/2013, p. 685.

dell'equo processo come diritto della persona e, a monte, dei diritti sostanziali che vengono tutelati per suo tramite.

La filosofia della Cedu si capisce ancor meglio se raffrontata con la configurazione del giusto processo nella Costituzione italiana, che non è un diritto soggettivo, bensì, prima di tutto, un principio di diritto obbiettivo concernente il corretto funzionamento della giurisdizione¹⁷. Per vero, le ricadute sulla tutela del privato sono evidenti, così come evidente è il nesso sistematico che lega l'art. 111 Cost. con il diritto inviolabile di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost. Tuttavia, è un fatto che il principio del giusto processo è collocato fra le norme sulla giurisdizione – Parte II, Titolo IV - ciò che ne rende più ardua l'estensione analogica da parte della giurisprudenza costituzionale¹⁸.

Con riguardo alla Cedu, invece, la strumentalità delle forme procedurali alla garanzia dei diritti è talmente immediata da far prediligere la sostanza sulle forme. La centralità dei diritti, quale che sia la natura istituzionale del soggetto giudicante nel sistema dei poteri dello Stato, facilita il trasferimento delle forme tipiche della giurisdizione all'azione di organi di diritto pubblico qualificati come soggettivamente amministrativi¹⁹.

Così, va rimarcata quella giurisprudenza ormai consolidata che, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione, coraggiosamente ha esteso la nozione di «tribunale» ivi contemplata fino a ricomprendervi, tendenzialmente, ogni soggetto dotato del potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica individuale – quindi, in buona sostanza, organi e autorità amministrativi²⁰.

La nozione di tribunale, così, non è circoscritta a organi facenti parte del potere giudiziario, e tantomeno a organi che già godano della posizione di indipendenza e imparzialità

¹⁷ Così, fra gli altri, M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. V, Milano, 2001, pp. 595 ss., in partic. pp. 610 ss.

¹⁸ Pertanto, non è casuale che, anche dopo la codificazione del giusto processo all'interno dell'art. 111, la giurisprudenza della Corte fa ancora perno sul diritto inviolabile di difesa di cui all'art. 24, cioè sostanzialmente su un diritto soggettivo, per estendere tutele quasi-giurisdizionali alle fattispecie di diritto amministrativo nelle quali se ne palesi la particolare necessità. In tema, con accenti più ottimistici, v. L. BUFFONI, *Processo e pluralismo*, cit., pp. 233 ss.

¹⁹ Del resto, la funzionalizzazione di ogni potere pubblico alla promozione della persona umana e dei suoi diritti, motivo caro alla teoria costituzionale, porta, almeno secondo alcune ricostruzioni, a una concezione relativa del principio della separazione dei poteri. Se, alla stregua del diritto costituzionale, la finalità di tutto il potere pubblico è quella della tutela dei diritti (art. 2 Cost.), non stupisce, allora, che organi in principio ascrivibili all'esecutivo possano fare le veci della giurisdizione allorché le esigenze funzionali siano le medesime. In quest'ottica, l'istanza, tipicamente costituzionalistica, di limitazione e controllo del potere e del suo esercizio trova risposta non solo sul terreno della separazione a carattere organizzativo tra giurisdizione e amministrazione, ma anche sotto il profilo della equiparabilità delle rispettive tutele procedurali. Se il tipo di funzione trova giuridica manifestazione attraverso il procedimento con cui è regolata, attività amministrativa e attività giurisdizionale, tese ambedue al rispetto e alla promozione dei diritti della persona, possono rinvenire significative assonanze, sul piano della funzione concretamente esercitata, attraverso una disciplina procedimentale garantista. Per un'analisi del tema sotto il profilo del principio della separazione dei poteri (e dei suoi limiti in regime di Costituzione rigida), cfr. G. GRASSO – R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia Constitucional*, n. 8/2007, p. 143 ss.

²⁰ Cfr., *ex multis*, Corte Edu, *Olujc v. Croatia*, 5 febbraio 2009. In tema, cfr. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e amministrazione* n. 2/2018, pp. 27 ss.; EAD., *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012 pp. 47 ss. Sul punto, v. anche A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 124 ss.

tipiche del giudice²¹. In ogni caso, la giurisprudenza Cedu è stata particolarmente coraggiosa perché ha conferito un'estensione massima alla fattispecie "tribunale", ben oltre il suo tenore letterale e ben oltre la cerchia degli organi formalmente tributari della qualifica di giudice alla stregua dei singoli ordinamenti nazionali²².

Secondo parte della dottrina, in una simile equiparazione funzionale tra amministrazione e giurisdizione sarebbe rinvenibile un'eco della sopra menzionata teoria kelseniana della *legis executio* come funzione pubblica unitaria. Questa tesi è sostenuta con interessanti argomentazioni. Fra queste, è posto particolare accento sul fatto che la Cedu dà vita a una struttura ordinamentale e istituzionale più "rarefatta" rispetto agli ordinamenti di matrice nazionale²³. Per questo motivo, essa è meno condizionata dalle pregiudiziali storiche, politiche e dogmatiche che sono proprie degli ordinamenti nazionali e che, all'interno di questi ultimi, pongono un freno evidente alla rimodulazione, sia pure graduale, delle categorie giuridiche²⁴.

Si avrà modo di avvalorare alcuni aspetti di questa riflessione nel § seguente, allorché si darà conto dei limiti che le tradizioni giuridiche nazionali pongono a un'evoluzione in senso giustiziale del procedimento amministrativo, così come, specie per l'Italia, delle difficoltà a instaurare un sindacato di piena giurisdizione nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa.

D'altra parte, valgono a suffragare la tesi in questione le considerazioni svolte sopra in merito alla collocazione profondamente diversa che gli istituti del giusto processo ricevono nella Costituzione italiana rispetto alla Cedu o alla Carta di Nizza. Posizionato nella Parte II della Costituzione, che disciplina i fondamenti delle strutture istituzionali della Repubblica, e precipuamente dedicato al funzionamento della giurisdizione, l'art. 111 Cost. è evocativo di assetti organizzativi statuali – quali l'ordinamento giudiziario, l'indipendenza dagli altri poteri, etc. – profondamente radicati, i quali, come componenti organizzative della Costituzione, possono esercitare influenza decisiva sull'interpretazione. Ben si capisce come, su queste basi, il giusto processo assuma presso di noi la configurazione di un principio di diritto obiettivo; ciò a differenza della Cedu, in cui è espressamente rappresentato come un diritto dell'individuo.

In queste vicende relative al giusto processo trova riscontro un assunto tanto elementare quanto fondamentale: la Cedu non è una costituzione ma "solo" una carta dei diritti. Il suo

²¹ Fra l'altro, è opportuno precisare che l'obbligo del rispetto dei requisiti di imparzialità e indipendenza, prescritto dall'art. 6 Cedu, è conseguenza normativa della previa qualifica dell'organo come tribunale e non può essere considerato, invece, come condizione per la qualifica stessa. Questa inversione logica porterebbe al paradosso di rendere inapplicabile l'art. 6 a organi, magari anche formalmente giurisdizionali, che presentassero qualche lacuna proprio sotto il profilo dell'indipendenza, ossia si negherebbe l'applicazione dell'art. 6 proprio in quelle fattispecie in cui se ne ravvisi il maggiore bisogno. Ciò vale a dire che le garanzie di indipendenza e imparzialità discendono, come conseguenza giuridica obbligatoria ex art. 6 Cedu, dalla qualificazione dell'autorità procedente come tribunale, e non vice versa. Cfr. F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali*, cit., p. 687.

²² Per una sintesi efficace ed esaustiva dei termini dell'estensione dell'art. 6 Cedu, cfr. L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2014, pp. 3 ss. Per una ricognizione generale della posizione del giusto procedimento amministrativo nel complesso del sistema della Cedu, anche alla luce di disposizioni diverse dall'art. 6, cfr. S. MIRATE, *The right to be heard: Equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza Cedu*, in *Resp. civ e prev.*, n. 3/2011.

²³ Cfr. M. ALLENA, *L'art. 6 cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e amministrazione* n. 2/2018, pp. 31 ss. EAD., *Art. 6 Cedu, cit.*, pp. 42 s.

²⁴ A sostegno di tale intuizione, v. le argomentazioni di F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, n. 1/2018, pp. 7 ss.

univoco indirizzo alla tutela dei diritti umani la rende uno strumento certamente più agile e meno appesantito dalla complessità stratificata degli ordinamenti giuridici nazionali, così profondamente caratterizzati da precondizioni valoriali e organizzative o, detto altrimenti, costituzionali. In questi termini può dirsi che le suggestioni della teoria pura, che è tale proprio perché ha la pretesa di fare astrazione dagli ordinamenti positivi, trovano terreno fertile nella Cedu come ordinamento di matrice internazionale e a carattere funzionale, che, in quanto tale, non espone certo il livello di complessità proprio degli ordinamenti giuridici c.d. a fini generali.

Va tuttavia rimarcato che è proprio la centralità dei diritti a fornire alla Cedu la sua più evidente identità a livello positivo. A ben vedere, la giurisprudenza che estende la nozione di tribunale trova la sua spiegazione in relazione a questo assunto di fondo. Infatti, la definizione di una nozione unitaria di tribunale, che porta a estendere all'amministrazione la sfera di applicazione dell'art. 6, è proposta dalla Corte di Strasburgo sulla base dell'esplicito presupposto che l'una e l'altra incidono egualmente, o in maniera analoga, sui diritti di persone fisiche o giuridiche.

Se ciò è vero, ai fini dell'interpretazione dell'art. 6, l'ampliamento della nozione di tribunale, e quindi la definizione dei contorni della stessa funzione giurisdizionale in senso lato, è da porre in relazione con l'idoneità dell'organo a incidere sui diritti dell'individuo. È la presenza dei diritti a determinare la funzione di riferimento, con quell'approccio tipicamente sostanziale che, in materia, è riconosciuto alla Cedu anche dalla dottrina.

La teoria della *legis executio* – il cui utilizzo per la questione in oggetto rimane comunque uno spunto alquanto suggestivo – parte invece da presupposti differenti. Nella costruzione di un'unica funzione di esecuzione della legge, essa non guarda ai diritti soggettivi, bensì, come dice la parola stessa, al livello cui la funzione è collocata nel sistema di implementazione normativa dell'ordinamento giuridico, ossia del diritto oggettivo²⁵.

La seconda motivazione da porre alla base delle evoluzioni interpretative della Cedu ha carattere se vogliamo più storico e politico e attiene alla concreta proliferazione, nei sistemi giuridici europei, di funzioni amministrative sanzionatorie dotate di profonda incidenza sulla sfera dei diritti. Da alcuni decenni, poi, il profilo sanzionatorio e della vigilanza "securitaria" e quello più squisitamente giustiziale si sono saldati insieme nel modello dell'autorità amministrativa indipendente.

Il fenomeno giuridico delle sanzioni amministrative è vastissimo e molto frastagliato al suo interno. Alla sfera tradizionalmente affidata alla potestà sanzionatoria delle pubbliche amministrazioni – e.g. illeciti stradali, urbanistici o tributari – si è aggiunta, nel tempo, la vasta

²⁵ Ciò è peraltro conferente con la più complessiva impostazione della dottrina pura del diritto, che, nell'intento di rappresentare l'intero fenomeno giuridico come un processo del tutto obbiettivato di produzione e applicazione di norme, mira espressamente alla destrutturazione del diritto soggettivo come categoria teorica generale, criticandone l'originaria ascendenza giusnaturalistica e quindi, in questa prospettiva, la mancanza di scientificità. Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Torino, 1966, pp. 148 ss. e, in partic., 215 s., laddove il celebre A. dissolve il diritto soggettivo e la stessa soggettività giuridica nel fascio di norme obbiettive che rispettivamente li vanno a disciplinare.

gamma di fattispecie interessate da processi legislativi di depenalizzazione²⁶ e, ultime ma non ultime, le vaste potestà punitive di competenza delle autorità indipendenti di vigilanza e regolazione dei mercati, così come di quelle preposte al controllo e alla tutela di ambiti sensibili della vita individuale e associata. Oltre all'ambito materiale, ai nostri fini rileva soprattutto la profonda differenziazione del livello di afflittività.

Quella delle sanzioni amministrative è dunque realtà consolidata e complessa. La scelta per la sanzione amministrativa piuttosto che per quella penale è spesso ispirata a finalità meritevoli. Fra queste, possono essere ricordate: la dequotazione a illecito amministrativo di fattispecie non più avvertite dalla coscienza sociale come ascrivibili al diritto penale in senso stretto; il tentativo di soddisfare a un'esigenza di efficienza, funzionalità, competenza tecnica nel governare settori economico sociali ad alto livello di complessità e nel perseguirvi il pubblico interesse assieme con il rispetto della legalità; la tendenza culturale a una progressiva caratterizzazione della sanzione penale come eccezionale, marginale o sussidiaria nella complessiva economia delle politiche di controllo e repressione di diverse categorie di illeciti; la necessità di snellire ed efficientare i procedimenti in relazione agli illeciti e alle sanzioni di minore entità.

A fronte di un materiale normativo così stratificato, nel quale si riflette la discrezionalità politica dei legislatori nazionali, la Corte Edu, evidentemente, non ha ampio margine di sindacato in ordine alla scelta di attrarre alcune attività sanzionatorie nell'ambito del diritto amministrativo piuttosto che in quello del diritto penale – a meno che, com'è intuitivo, la questione non impinga nell'ambito più strettamente penalistico, ad es. quando la potestà sanzionatoria è suscettibile di coinvolgere la libertà personale dell'individuo²⁷.

Tuttavia, sin da tempi non recenti, la giurisprudenza ha espresso piena consapevolezza circa le insidie che possono celarsi dietro l'etichetta più o meno rassicurante di una sanzione rubricata come amministrativa anziché penale. Infatti, il rischio maggiore, talvolta concretizzatosi, è che l'attrazione della materia nella sfera del diritto amministrativo serva anche per legittimare una fuga dalle garanzie costituzionali e convenzionali che assistono il processo penale. In tali casi, il procedimento amministrativo finisce per essere di natura penale sotto il profilo funzionale, senza però assicurare all'interessato diritti processuali equiparabili a quelli di cui godrebbe in quel caso. Ciò è tanto più grave laddove il legislatore non si limiti ad assegnare ai procedimenti amministrativi questioni minori, bensì, come nel caso dei provvedimenti *antitrust*, della Consob o della Banca d'Italia, contempra anche fattispecie dalle elevate conseguenze punitive sia sotto il profilo patrimoniale sia, eventualmente, sotto quello personale²⁸.

²⁶ La depenalizzazione va qui intesa in senso lato. A questa possono essere infatti ricondotte non solo, letteralmente, tutte quelle riforme legislative che portano alla sostituzione della sanzione penale con quella amministrativa, ma anche una più generale tendenza all'utilizzo degli strumenti del diritto amministrativo piuttosto che di quelli del diritto penale.

²⁷ Peraltro, l'individuazione del raggio di estensione del c.d. nocciolo duro oltre il bacino più tradizionale del diritto penale, fino a ricomprendere le sanzioni amministrative particolarmente afflittive, è questione, come si vedrà, anch'essa piuttosto densa di incertezze. Cfr. *infra*, § 7.

²⁸ Tale fenomeno è ben rappresentato dalla nostra stessa giurisprudenza costituzionale con l'emblematica nozione di «truffa delle etichette», per cui procedimenti a carattere sostanzialmente penale vengono privati di alcune delle garanzie portanti del giusto processo per il solo fatto di essere presentati dal legislatore come formalmente amministrativi. Cfr. Corte cost., 5 aprile 2017 n. 109; v. anche Corte cost., 26 marzo 2015 n. 49.

Per questi motivi, come è noto, ai fini della soggezione al disposto dell'art. 6 Cedu, giurisprudenza consolidata ascrive al diritto penale anche l'esercizio di potestà punitive da parte dell'amministrazione, e ciò nei casi in cui la sanzione, così come nel diritto penale, sottenda una tipica finalità repressiva e di deterrenza oppure, in ogni caso, quando sia contraddistinta da un elevato grado di afflittività²⁹.

5. La difficile costruzione di un regime dei procedimenti sanzionatori.

Un altro punto essenziale va tuttavia sottolineato ai fini di una piena consapevolezza della problematicità dei termini della questione.

Anche sulla base di quanto accennato sopra, può dirsi che, se la Cedu ha una propria caratterizzazione dogmatica, sia pure "rarefatta", che la Corte di Strasburgo tenta in qualche modo di imporre – e sovrapporre – a quella dei sistemi giuridici nazionali, questi ultimi dispongono, come detto, di strutture costituzionali e di categorie giuridiche ben più sedimentate. Esse fatalmente oppongono la propria forza inerziale e, al limite, la propria diversità anche sul piano valoriale, alla penetrazione più o meno pacifica dei principi Cedu. Questa constatazione, fra l'altro, deve mettere in guardia dall'accedere a una visione eccessivamente armonica dell'integrazione fra ordinamenti giuridici.

Orbene, salve alcune significative eccezioni, le tradizioni statualistiche dell'Europa continentale risentono della sopra menzionata concezione autoritaria della pubblica amministrazione, che fatalmente confluisce nell'idea e nella pratica del procedimento amministrativo. Questo, come sopra accennato, non nasce certo come surrogato del processo giurisdizionale, benché, con il progressivo ammodernamento della cultura delle garanzie, favorito anche da processi di contaminazione con modelli differenti, sia stato con il tempo dotato di rilevanti istituti partecipativi, specie con riguardo all'attività sanzionatoria e, più in generale, ai provvedimenti che incidono negativamente e in profondità sulla sfera giuridica privata³⁰.

Tali garanzie, però, mancano il più delle volte di pregnanza difensiva paragonabile a quella degli istituti processuali. Né rivela una simile ambizione la stessa legge n. 241/90, nella quale, peraltro, finalità di garanzia si combinano con un'ispirazione collaborativa dal marchio più spiccatamente pubblicistico. In ogni caso, la sua disciplina non si articola in istituti tesi ad assicurare un processo dialettico tra autorità e cittadino in ogni fase del procedimento. Inoltre, come emerge anche dalla regolazione in materia di procedimenti sanzionatori, pure davanti alle autorità indipendenti di settore e pure in presenza di tutele certo meno lontane da quelle del processo in senso stretto, permane un parziale retaggio della vecchia impostazione inquisitoria, e comunque non paritaria, del rapporto procedimentale tra amministrazione e cittadino.

²⁹ Sono questi i famosi criteri elaborati a partire dalla sentenza *Engel* del 1976. In tema, fra gli altri, v. M. ALLENA, *Art. 6 Cedu*, cit., pp. 48 ss.; F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.* n. 3/2013, pp. 670 ss. Da rimarcare come il requisito del livello di afflittività debba essere considerato, alla stregua di detta giurisprudenza, come sussidiario. Quindi i criteri per l'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale non sono cumulativi, bensì alternativi. Cfr. *Engel and Others v. Netherlands*, 8 giugno 1976, §§ 81 s.

³⁰ Cfr. *supra*, § 2.

Solitamente, se guardiamo all'esperienza italiana, il contraddittorio procedimentale non è pienamente *adversarial* spesso neppure nelle funzioni sanzionatorie, ad es. sotto il delicato profilo della separazione delle funzioni³¹. In altri ordinamenti, sebbene complessivamente minoritari, la contaminazione del procedimento amministrativo secondo schemi più autenticamente giustiziali è frutto di una tradizione costituzionale antica e consolidata, sicché, a seconda dei casi, lo stesso esercizio della funzione amministrativa può esser quasi considerato come un primo grado di giudizio rispetto alla fase giurisdizionale³².

6. La *full jurisdiction* e i suoi nodi irrisolti: ripristino della centralità della giurisdizione o “sanatoria” delle carenze procedimentali?

La Corte Edu, alla stregua di un principio di realtà, non ha potuto quindi godere di autonomia assoluta nell'imporre agli Stati membri una propria visione dei diritti al procedimento, proprio in considerazione di questi assetti costituzionali di lunga durata e del grado di diversificazione spesso elevato fra di essi.

Con particolare riferimento alle tradizioni continentali, in esse vige quell'ottica pangiurisdizionale delle tutele giuridiche cui sopra si è accennato, imperniata sulla centralità sistemica del sindacato del giudice amministrativo. L'atteggiarsi dei rapporti tra amministrazione e giustizia risente della sua originaria conformazione secondo il modello della separatezza. Questa, a sua volta, poggia su una declinazione del principio della separazione dei poteri nel senso di preservare all'amministrazione la pienezza delle prerogative sovrane nello svolgimento della sua attività e concentrare nella giurisdizione i contrappesi di maggiore spessore costituzionale.

La Corte Edu, posta di fronte alla complessità e alla differenza dei sistemi di tutela, come noto ha elaborato la dottrina della c.d. piena giurisdizione. Siffatta dottrina si caratterizza per una struttura ancipite, trovando espressione nel principio per il quale deve essere assicurata piena giustizia procedurale almeno in una delle due sedi interessate, cioè o nel procedimento, oppure nel processo d'impugnazione. La dottrina della *full jurisdiction* muove proprio dalla necessità di tener conto delle diverse tradizioni costituzionali nazionali, cercando non di contrastarle ma, per quanto possibile, di assecondare e ulteriormente perfezionare i tratti essenziali di ciascuna ai fini dell'osservanza in termini sostanziali dei precetti dell'art. 6. Tale impostazione nasce, dunque, come risposta pratica alle condizioni di pluralismo ordinamentale

³¹ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 Cedu*, cit., pp. 101 ss. Soprattutto, v. le ampie considerazioni svolte da Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596, che, come ben noto, ha reputato il regolamento per le sanzioni Consob allora in vigore come non conforme alle prescrizioni della legge nazionale, in particolare con gli artt. 187-septies e 195 TUF e art. 24 l. 28 dicembre 2005 n. 262. In quella circostanza, il Supremo giudice amministrativo ha altresì evidenziato le lacune che permarrebbero anche nel successivo regolamento Consob, il n. 18750 del 2013, in tema di effettiva separazione delle funzioni inquisitorie da quelle giudicanti. Tali lacune, di fatto, impedirebbero il pieno sviluppo del contraddittorio e lascerebbero intatti vistosi elementi inquisitori e di contraddittorio “di tipo verticale” tra cittadino e amministrazione. V. in partic. § 16. Inoltre, lo stesso Consesso ha reputato non pienamente costituzionalizzato il principio del giusto procedimento sanzionatorio all'infuori dell'enunciazione di principi generalissimi. Cfr. § 23. In tema, v. dottrina citata *infra*, in questo stesso §. Peraltro, nodi problematici rimangono anche dopo riforme e aggiornamenti del regolamento Consob – da ultimo, delibera n. 19521 del 24 febbraio 2016 - ad es. con riguardo alla perdita del diritto di contraddittorio di quanti non abbiano inizialmente partecipato all'istruttoria. Cfr. art. 8, comma 1.

³² Cfr. *supra*, sub § 2.

e culturale in cui la Cedu si trova per definizione a operare. Solo all'apparenza, quindi, lo schema proposto dalla giurisprudenza Cedu si presenta come lineare, organico e frutto di un'unica filosofia delle garanzie giuridiche, giacché in esso si incontrano ispirazioni e aspettative anche molto diverse fra loro circa la reciproca posizione del procedimento e del processo in relazione al compito della tutela procedurale dei diritti³³.

La stessa plurivocità della dottrina della *full jurisdiction*, ossia il suo essere imperniata su due momenti tra loro distinti e potenzialmente alternativi, determina negli interpreti – e in parte, come si vedrà, nella giurisprudenza stessa – una scomposizione delle prospettive di osservazione. Anche nella letteratura italiana si riscontrano ipotesi ricostruttive diverse.

Da un lato, ponendo l'accento sulle virtualità evolutive della tutela procedimentale, si sostiene la centralità di questa nell'economia della dottrina della piena giurisdizione e si tende a individuare in una compiuta processualizzazione del procedimento amministrativo l'obbligo che principalmente ricade sul legislatore nazionale. Nell'ambito di questa impostazione, eventuali minori aperture della sede procedimentale agli istituti propri del giusto processo assumono già quasi le sembianze di un *vulnus*, di una mancanza rispetto allo stesso art. 6 della Cedu; rispetto alla quale la possibilità di instaurare un processo giurisdizionale pienamente devolutivo sul fatto e sul diritto somiglia piuttosto a uno strumento a carattere rimediabile, compensativo, quando non anche, con espressione descrittiva ma forse pertinente, di una "sanatoria *ex post*"³⁴.

Per contro, visioni più strettamente legate alla nostra tradizione costituzionale tendono a dare risalto alla sede giurisdizionale come momento autonomo e pienamente sufficiente, ricorrendo determinate condizioni, a concretizzare i postulati dell'art. 6³⁵. Soprattutto, l'idoneità

³³ Tra le prime decisioni tese a impostare il sistema duale della *full jurisdiction*, per cui, almeno per le sanzioni amministrative di importo non elevato, la tutela giurisdizionale può sopperire *ex post* alle carenze di quella procedimentale, v. il celebre caso *Öztürk v. Germany*, 21 febbraio 1984. In dottrina, cfr. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità*, cit., pp. 29 s. Molto ampiamente sulla *full jurisdiction* vedasi F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, pp. 546 ss.

³⁴ Su questa linea si colloca M. ALLENA, *L'art. 6 e la continuità*, cit., pp. 39 ss., la quale tende a valorizzare quegli aspetti della giurisprudenza Cedu per i quali la compensazione *ex post* sarebbe possibile solo in caso di *minor offences*, ossia di illeciti meno gravi e sanzionati in maniera più lieve. Coerentemente, l'A. esprime perplessità su quella giurisprudenza - in particolare i casi *Menarini* e *Grande Stevens* - dalla quale sembra emergere una implicita ricomprensione della generalità delle sanzioni amministrative nel campo delle *minor offences*. Propende per la necessità della tutela preventiva rispetto a quella rimediabile concepita dalla dottrina della *full jurisdiction* L. FERRARO, *L'applicazione del principio del giusto procedimento all'attività sanzionatoria delle Autorità indipendenti alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. pub. eur. online*, dicembre 2015; similmente, F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali*, cit., pp. 689 ss. Di recente, un'adesione al filone dottrinale che propugna, per l'ordinamento Cedu, una nuova centralità del procedimento rispetto al processo come istituto finalizzato alla giustizia e alla tutela dei diritti, v. C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2019, pp. 758 ss.

³⁵ Questa è la tesi che sembra emergere dall'opera di A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 132 ss., tendente a ricostruire un regime di piena compensabilità *ex post* ogni qual volta si tratti di sanzioni irrogate da autorità formalmente amministrative, indipendentemente dall'entità della sanzione patrimoniale irrogata. Quella indicata nel testo sarebbe la *ratio* giustificativa della compensabilità *ex post* di lacune garantiste in procedimenti culminanti con sanzioni alquanto pesanti – non solo di natura patrimoniale – comminate rispettivamente dall'*antitrust* e dalla Consob nei casi *Menarini* e *Grande Stevens*. Tale tesi confina l'estensione dello *hard core of criminal law* al diritto penale tradizionale e, correlativamente, a sanzioni irrogate dalla sola autorità giudiziaria. Coerentemente, l'A. conclude negando che la fase procedimentale possa dar luogo a un'illegittimità di per sé, bensì solo a seguito del mancato esperimento del sindacato di piena giurisdizione. Id., *Op. ult. cit.*, *ibidem*.

e centralità del sindacato di piena giurisdizione è predicata anche quando il contenzioso giudiziario sia preceduto da una fase amministrativa fortemente carente sul piano dei diritti di contraddittorio e degli altri requisiti di giustizia procedurale, fino al limite di strutturarsi come un'attività totalmente unilaterale.

La prima maniera di ricostruire le coordinate della *full jurisdiction* esprime un'impostazione assiologicamente orientata in senso "progressivo", ossia tesa a valorizzare i percorsi evolutivi dello stesso ordinamento Cedu e dei vari ordinamenti giuridici nazionali.

Si rammenti, sul punto, che nel sistema costituzionale italiano il tema della giustizia nel procedimento amministrativo – soprattutto nel campo delle sanzioni e dei provvedimenti disciplinari ma, più in generale, per fattispecie in cui è rilevabile una significativa compressione della sfera giuridica dell'individuo – ha guadagnato, specie negli ultimi decenni, una pregnanza di significato via via maggiore³⁶.

Va parimenti segnalata la legislazione sulle funzioni sanzionatorie delle autorità indipendenti. Questa, per quanto a tratti lacunosa, ha comunque impostato il tema della struttura *quasi-judicial* delle attività sanzionatorie.

Non da ultimo, va dato atto dell'influenza e delle suggestioni che vengono esercitate ormai da tempo sulla dottrina italiana, e continentale in genere, dallo studio del paradigma comparativo del *due process of law* statunitense e della *natural justice* inglese. Tali esperienze, come si sa, sono spiccatamente ispirate a un modello garantista di procedimento amministrativo che trova preciso riscontro nel diritto costituzionale e consuetudinario di quei paesi. In quei contesti, la tradizione dell'amministrazione giustiziale poggia sul fondamentale assunto, per cui storicamente la stessa amministrazione nasce e si sviluppa come una gemmazione della giustizia, dalla quale tende a ripetere da sempre, alla stregua dei principi costituzionali, i canoni che ne connotano le modalità di funzionamento³⁷.

Tutti questi fattori contribuiscono a indirizzare l'interprete – non senza qualche riscontro giurisprudenziale, come si vedrà a breve – verso ipotesi ricostruttive volte a dar rilievo a un processo di confluenza e di integrazione dei modelli orientato nel senso della progressiva acquisizione di un'autonoma portata garantista della giustizia procedimentale nell'ambito del costituzionalismo multilivello.

³⁶ In tema, cfr. L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, cit., *passim*; G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, pp. 13 ss.; M. COMBA, *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense*, in S. Sicardi-R. Ferrara (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, pp. 205 ss.; S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, pp. 513 ss.; M. COCCONI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 5/2010, pp. 1021 ss.; G. GARANCINI, *Le garanzie del giusto procedimento amministrativo*, in *Iustitia* n. 4/2008, pp. 457 ss.; P. LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo*, cit., pp. 33 ss.; P. MEZZANOTTE, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2010, pp. 101 ss.; G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2012, pp. 58 ss.; N. ZANON, *La legge di sanatoria non è onnipotente: un'ammissione importante in nome del "giusto procedimento" e degli artt. 24 e 113 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 1651 ss. Più problematico, invece, G. SALA, *Giusto procedimento e giusto processo*, *loco cit.*

³⁷ Cfr. *supra*, sub § 2.

Sempre volendo attenerci alla schematizzazione che si è ritenuto di poter adottare, la seconda ipotesi ricostruttiva della dottrina della *full jurisdiction* tende invece a dar risalto a tutti quegli aspetti – anch’essi presenti nella giurisprudenza Cedu – dai quali è dato evincere che la giurisdizione, intesa nel senso soggettivo, sia ancora il luogo d’elezione per l’esercizio del potere secondo giustizia, in via prevalente e assorbente rispetto a qualsiasi altra istanza di garanzia che con essa abbia a concorrere³⁸.

Quelle appena rappresentate non sono solo opzioni teoriche o dottrinali, ché invece esse immettono a soluzioni diverse di questioni di stretto diritto positivo e trovano, tanto le une quanto le altre, un sostegno almeno parziale nell’andamento non sempre univoco della giurisprudenza Cedu.

Partendo dalla seconda impostazione – quella “filoguidiziaria” per intenderci – questa dà luogo a sua volta a due differenti filoni interpretativi.

Secondo una prima e più rigorosa posizione, la piena giurisdizione, per essere tale, quando occorre deve poter dar luogo all’integrale sostituzione delle valutazioni del giudice rispetto a quelle, contestate, dell’autorità amministrativa³⁹. Nella menzionata prospettiva, l’istanza giurisdizionale, lungi dal limitarsi a un controllo più o meno penetrante sulla proporzionalità, ragionevolezza, logicità della decisione, deve prestarsi, ove occorra, a quella che appare come una autentica riappropriazione di un potere – quello dell’esercizio della sanzione penale sostanzialmente intesa – che fa capo al giudice secondo i principi dello stato di diritto. In una concezione siffatta, la depenalizzazione delle funzioni sanzionatorie, ossia, in senso lato, l’attribuzione della potestà punitiva a un organo amministrativo anziché giurisdizionale, è vicenda non illegittima di per sé, ma da osservarsi con molta attenzione perché derogatoria di un principio fondante del costituzionalismo moderno, ossia la tutela giurisdizionale dei diritti nelle forme che le sono proprie; principio il quale è tanto più fondante in quanto, nel settore del diritto penale, da sempre le prerogative della statualità si manifestano in maniera particolarmente incisiva e ostile nei confronti delle libertà del cittadino⁴⁰.

³⁸ Oltre alla dottrina sopra citata, si avvicina alla visione imperniata sulla centralità del sindacato giurisdizionale P. LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo*, Torino, 2018, pp. 11 ss. Secondo l’A., sempre il processo giurisdizionale in senso stretto resta comunque oggetto principale dell’art. 6 Cedu, malgrado l’interpretazione estensiva portata dalla giurisprudenza, di cui si è ampiamente dato conto. Coerentemente, le tutele procedurali costituirebbero un’anticipazione di quelle processuali e, nella prospettiva della continuità-integrazione, andrebbero considerate in funzione di queste. In tema, cfr. M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2010, pp. 1127 ss.

³⁹ F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., *passim*; ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit., *passim*.

⁴⁰ Emblematica, in proposito, è l’*Opinione dissenziente* del giudice Pinto de Albuquerque, §§ 8 e 9, esposta in calce alla sentenza sul caso *Menarini*, del 27 settembre 2011. Tale concezione “integrale” del sindacato di piena giurisdizione e delle prerogative del giudice dell’impugnazione è ampiamente riportata da F. GOISIS, *Un’analisi critica delle tutele procedurali*, cit., pp. 722 ss. Efficace, sul punto, ID., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., p. 19. Questa sembra essere anche la posizione ormai assunta dalla Corte di giustizia UE, per la quale si rinvia a ID., “A de novo review of all factual and legal issues” v. *un esame “point by point without having to decline jurisdiction” [...]*. *La pienezza della giurisdizione come strumento di compensazione ex post nell’esperienza europea e statunitense*, in *Dir. proc. amm.* n. 1/2021, pp. 8 ss.

Non mancano però, sia in giurisprudenza che in dottrina, posizioni meno nette circa la pretesa di identificare la piena giurisdizione con una *revisio prioris instantiae* a carattere effettivamente sostitutivo. Proprio con riferimento al processo amministrativo italiano, la Corte di Strasburgo ha anche riconosciuto espressamente la sufficienza del sindacato sull'eccesso di potere e dei connessi controlli di proporzionalità e ragionevolezza. È stata infatti considerata l'ampiezza variabile dello strumentario a disposizione del giudice amministrativo. Questo, allargando o stringendo i propri poteri di sindacato in maniera più o meno estesa, è anche in grado, secondo questa impostazione, di esercitare uno scrutinio sufficientemente penetrante da rispettare nella sostanza i requisiti della piena giurisdizione⁴¹.

È noto che simili problematiche hanno interessato gli itinerari giurisprudenziali e il connesso dibattito dottrinale con particolare riguardo al tema dei poteri di valutazione dell'esercizio della discrezionalità tecnica delle competenti amministrazioni – specie delle autorità indipendenti o della Commissione europea. Tali poteri mettono in questione il grado di legittimazione politica del giudice, o comunque la sua istituzionale vocazione a decidere della correttezza, della ragionevolezza o, con canone ancora più stringente, della concreta condivisibilità nel merito di provvedimenti amministrativi basati sull'utilizzo di cognizioni tecnico scientifiche opinabili. Ancora una volta, quindi, ci si imbatte nel limite costituzionale della separazione dei poteri.

Esiste in principio una differenza tra il primo e il secondo modo di intendere la *full jurisdiction*, dacché nell'un caso trattasi della pretesa che un potere venga "restituito" per intero al giudice; nell'altro, dello sviluppo delle tradizionali prerogative del giudizio amministrativo in tema di eccesso di potere, fino al limite di proporre un modello di sindacato talmente serrato da penetrare nel merito dell'esercizio delle valutazioni tecniche.

7. Interrogativi a monte del sindacato giurisdizionale: l'incerta identificazione del “nocciolo duro” del diritto penale e le sue conseguenze sui limiti stessi della dottrina della *full jurisdiction*. Le discordanti indicazioni in materia di vigilanza sui mercati finanziari.

⁴¹ Proprio il caso *Menarini* è indice di questo approccio talvolta non rigido della Corte Edu ai requisiti che integrano la *full jurisdiction*. Un'impostazione siffatta, che dà credito alle virtualità espansive del sindacato del giudice amministrativo italiano, trova concorde, fra gli altri, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 135 ss., nonché F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.* n. 2/2015, pp. 533 ss. Quest'ultimo converge su conclusioni sostanzialmente positive circa l'idoneità del sindacato del giudice amministrativo a soddisfare alle richieste della *full jurisdiction*, sebbene attraverso un percorso argomentativo che evidenzia una posizione più problematica. Il tema della *full jurisdiction* ha attratto molti commentatori. Fra gli altri, cfr. L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo*, cit., pp. 13 ss. Più recentemente, proprio dal nostro giudice amministrativo sembrano provenire alcuni segnali nella direzione dell'evoluzione del sindacato giurisdizionale in senso pieno e sostitutivo. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414. In tema, cfr. F. GOISIS, “A de novo review of all factual and legal issues” v. *un esame* “point by point without having to decline jurisdiction”, cit., pp. 5 s.

L'impostazione più garantista, che postula l'esigenza di una tutela tendenzialmente completa già nel procedimento sanzionatorio e a prescindere dalla portata del sindacato giurisdizionale, va riguardata in stretta connessione con la questione dell'identificazione del c.d. nocciolo duro del diritto penale, nei termini in cui si dirà qui appresso.

Ai fini di un giudizio sulla congruità degli strumenti di tutela procedimentale o processuale a disposizione dell'interessato, è importante comprendere se la fattispecie *sub iudice* esprima caratteri tali da poter essere ascritta all'ambito del diritto penale tradizionale, quello nel quale la potestà punitiva dello Stato si esprime nella maniera potenzialmente più forte e lesiva dei beni della vita (e.g.: con la privazione della libertà personale)⁴². Questione preliminare, ai fini della valutazione della fattispecie, è la definizione stessa dei contorni di tale "nucleo essenziale", oltre la ristretta sfera della privazione della libertà personale, la cui ascrizione al diritto penale in senso stretto è certo meno controversa.

Dalla risposta a tale interrogativo circa la qualificazione o meno di una determinata fattispecie come pertinente allo *hard core of criminal law* dipendono circostanze di elevato rilievo, fra le quali, *in primis*, un'applicazione netta e inequivoca del principio della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, comma 2, Cedu. Infatti, in una situazione rientrante nel diritto penale in senso stretto, il principio della presunzione di innocenza acquista un rilievo comparativamente maggiore, cosicché non può essere ammessa alcuna sanzione che, in qualche modo, possa fungere da "anticipazione" di una condanna penale, ove l'istruttoria, come tutto il procedimento, non si svolgano nel rigoroso rispetto dei diritti processuali del soggetto interessato.

In altri termini, allorché ci si trovi al cospetto dello *hard core of criminal law*, è la stessa dottrina della *full jurisdiction* a non poter trovare applicazione. Viene meno, infatti, la possibilità stessa di una compensazione *ex post* in quanto, per il livello di afflittività della sanzione, si produrrebbero in capo al soggetto gli effetti, oltre che lo stigma sociale, tipici di una condanna penale *stricto sensu*, prima ancora che lo stesso sia messo in condizione di difendersi nell'ambito di un giusto processo⁴³.

In seno alla materia penale in senso lato si rinviene, dunque, una gradazione della rilevanza e della gravità delle fattispecie sanzionatorie e dei relativi procedimenti. In particolare, la compensabilità *ex post* delle carenze procedimentali mediante un ricorso di piena giurisdizione è prevista per tutte e sole quelle fattispecie che non impingano nello *hard core of*

⁴² È da specificare che la giurisprudenza, a partire dal caso *Öztürk v. Germany*, cit., § 53, delinea la materia penale secondo criteri di larga ampiezza quanto al livello di afflittività, ricomprendendovi anche le sanzioni comuni e ordinarie. Ciò apre la strada, all'evidenza, all'ipotesi di differenziazione del trattamento procedimentale delle fattispecie "tipicamente" di diritto amministrativo rispetto a quelle che, per entità della sanzione e dei beni patrimoniali e personali coinvolti, sono più assimilabili alla materia penale in senso stretto. Circa la legittimità di ampie deroghe alle garanzie para-giurisdizionali, sia in sede amministrativa che giurisdizionale, per le fattispecie di entità evidentemente minore, v. il caso *Jussila v. Finland*, 23 novembre 2006. Nella specie, trattavasi di sanzione tributaria che ammontava a circa 300 Euro.

⁴³ Cfr. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., p. 41; EAD., Art. 6, cit., pp. 73 ss.

criminal law. Tali fattispecie tendono, però, a coprire tutto il campo delle sanzioni amministrative. Queste, infatti, sono state fatte spesso oggetto dalla giurisprudenza, ora esplicitamente, ora meno, di una sorta di presunzione di estraneità rispetto al c.d. *hard core* del diritto penale⁴⁴.

Ha pesato su tale assunto il fatto che trattavasi di illeciti depenalizzati, come tali da ritenersi di minore entità. Ha pesato, parimenti, la circostanza che generalmente – ma non sempre – i procedimenti in questione si risolvono in sanzioni pecuniarie e non personali o che, comunque, non è in gioco la privazione della libertà personale dell'interessato. Ha pesato, ovviamente, l'esigenza di snellezza, celerità, efficienza, deflazione del contenzioso giudiziario, che è alla base di molte iniziative di depenalizzazione.

Sta di fatto, però, che accomunare per intero ogni manifestazione della potestà punitiva dell'amministrazione all'interno di un regime tendenzialmente omogeneo presuppone una valutazione di minore gravità o rilevanza che spesse volte non corrisponde alla realtà. Le pesanti sanzioni pecuniarie *antitrust*, piuttosto che quelle della Consob o di Bankitalia, sono spesso intuitivamente ascrivibili allo zoccolo duro del diritto penale piuttosto che all'universo delle *minor offences*. Ciò dicasi anche perché, non di rado, i provvedimenti *de quibus* si accompagnano a misure interdittive di carattere personale e comunque non sono quasi mai disgiunte, di fatto, dalla stigmatizzazione sociale e/o professionale dell'interessato, persona fisica o giuridica che opera sui mercati e per la quale un'immagine professionalmente credibile è spesso requisito dirimente ai fini dell'attività intrapresa⁴⁵.

Di fronte a situazioni simili, la Corte Edu ha alternato segnali di importante apertura ad altri in cui, invece, ha ritenuto sufficiente la strada del sindacato giurisdizionale successivo, sia pure nel rispetto dei canoni della *full jurisdiction*.

Tale ambiguità è ravvisabile nell'ambito dei procedimenti delle autorità indipendenti.

Da un lato, infatti, una nota giurisprudenza di Strasburgo ha sanzionato lo Stato francese in relazione all'organizzazione dell'autorità di vigilanza sui mercati finanziari, la cui disciplina è stata giudicata non completamente rispettosa del requisito della separazione tra le funzioni inquirenti e quelle giudicanti; requisito, a sua volta, strumentale alla realizzazione della

⁴⁴ Cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 133.

⁴⁵ Molto chiaramente, in materia di sanzioni *antitrust*, F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.* n. 2/2015, p. 511 s.: «[...] la sanzione è immediatamente esecutiva, la sentenza del giudice amministrativo potrebbe giungere anche molto tempo dopo e, soprattutto, oltre a quelle strettamente economiche, essa produce conseguenze ulteriori a carico dell'impresa interessata: [...] il danno reputazionale di una sanzione è rilevantissimo ed esteso nel mercato globale, sicché non sempre può dirsi che il controllo processuale sia in grado di ristabilire *ex post* a beneficio dell'impresa la situazione anteriore alla sanzione». In tema, v. anche E. BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri d'indagine di Banca d'Italia e Consob*, in *Giur. cost.*, n. 2/2021, pp. 1056 ss. L'A. si sofferma in particolare sugli effetti delle sanzioni patrimoniali e personali, oltre che sul profilo reputazionale, proprio sui diritti sanciti dalla Costituzione, quali il diritto di impresa e il diritto al lavoro.

In realtà, il differente grado di stigma sociale che promana dalla sanzione è oggetto di sicura considerazione dalla Corte Edu non per ascrivere allo *hard core* le fattispecie di maggiore gravità, bensì, al contrario, per promuovere un regime di minore rigore procedimentale e processuale per quelle minori. Cfr. il caso *Jussila v. Finland*, cit. Nei fatti, la giurisprudenza *Jussila* considera come derogabili in sede processuale alcuni diritti di contraddittorio già omessi nel procedimento sanzionatorio. Tale pronuncia dà luogo a un regime speciale rispetto alla *full jurisdiction* ma, evidentemente, in negativo, nel senso che non riguarda la diversa questione dell'eventuale delimitazione dello *hard core* del diritto penale rispetto al regime comune degli illeciti amministrativi. La bipartizione cui si dà luogo con il caso *Jussila* avviene, cioè, tra le sanzioni di entità particolarmente lieve e tutte le altre, per le quali la dottrina della *full jurisdiction* continua ad applicarsi normalmente, anche in relazione a quelle di maggiore gravità.

piena parità delle armi tra amministrazione e cittadino all'interno del procedimento sanzionatorio. Interessa in particolar modo notare che il mancato rispetto di uno dei principi del giusto processo nella sede procedimentale è stata rilevata indipendentemente dall'accertamento della sussistenza o della possibilità di un ricorso di piena giurisdizione⁴⁶.

Dall'altro lato, molto più sfumata, invece, appare sul punto la pronuncia Cedu nell'altrettanto famoso caso *Grande Stevens*, in materia di procedimento sanzionatorio Consob. Il caso ha attratto l'attenzione dei commentatori sotto diversi aspetti. Interessa qui rilevare che, da un lato, nella motivazione della sentenza è individuabile una chiara censura dell'organizzazione dell'autorità, sempre sotto il profilo del mancato rispetto della separazione delle funzioni inquirenti da quelle giudicanti. Tuttavia, nell'economia della decisione tale assunto rimane quasi come un *obiter dictum*, dal momento che la condanna verte sulle carenze della successiva fase di impugnazione in relazione ai postulati della piena giurisdizione. Se ne può argomentare che, probabilmente, in tal caso il ricorso di piena giurisdizione è considerato come soddisfacente, secondo la Corte, delle prescrizioni che promanano dall'art. 6 Cedu, seppure resta l'ambiguità di un richiamo anche piuttosto circostanziato alle deficienze del procedimento amministrativo⁴⁷.

In buona sostanza, con questa giurisprudenza la Cedu non sembra aver fatto chiarezza sull'esatta collocazione delle sanzioni amministrative notevolmente afflittive, *in primis* proprio quelle delle autorità indipendenti. Se da una parte, in quanto nominalmente amministrative, si presume possano esser fatte rientrare all'interno dell'operatività della dottrina della *full jurisdiction*, dall'altra manifestano più di un'assonanza con la sfera dello *hard core of criminal law*, che la Corte non ha completamente disconosciuto, e che lascerebbe deporre nel senso dell'esigenza della piena realizzazione del contraddittorio processuale e delle altre garanzie discendenti dall'art. 6 Cost. già nella fase procedimentale.

8. Suggerimenti derivanti dalle pronunce sul diritto al silenzio.

⁴⁶ V. i casi *Dubus c. France*, 11 giugno 2009 e *Messier c. France*, 31 giugno 2011. Il primo fa riferimento alla separazione, in ogni caso, delle funzioni inquirenti da quelle giudicanti con riferimento all'attività della *Commission bancaire* francese; il secondo, che si occupa più da vicino del procedimento in senso stretto, afferma la regola per cui, in caso di sanzioni non lievi, deve essere assicurata nel procedimento la piena parità delle armi tra accusa e difesa (si trattava, nella fattispecie, del diritto alla piena conoscenza degli elementi di prova prodotti a proprio carico). Attorno ai rapporti tra l'art. 6 Cedu, nella doppia veste del giusto processo e del giusto procedimento, con le peculiarità degli ordinamenti nazionali, v. A. CARBONE, *L'art. 6 Cedu e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *Dpce online*, n. 3/2019, pp. 2137 ss. e, con specifico riguardo all'ordinamento nazionale francese, pp. 2141 ss. Ampiamente sul caso francese della *Commission bancaire* v. F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali*, cit., pp. 696 ss.

⁴⁷ Attorno al celebre caso *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, la dottrina è ovviamente abbondante. *Ex plurimis*, L. FERRARO, *Op. cit.*, *passim*. Riscontrano l'ambiguità e le contraddizioni della motivazione della sentenza *Grande Stevens* E. BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri d'indagine di Banca d'Italia e Consob*, cit., pp. 1054 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, 2942 ss. Il caso è finito sotto la lente di ingrandimento della dottrina specie con riguardo al profilo del *ne bis in idem*, parimenti toccato dalle motivazioni e dal disposto del Giudice di Strasburgo. In tema, *ex plurimis*, v. G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015.

La recente giurisprudenza costituzionale ha fornito, almeno in parte, spunti importanti ai fini della profilazione di un regime dei procedimenti amministrativi sanzionatori per mezzo dell'introduzione di autonomi requisiti di garanzia rispetto alla successiva fase giurisdizionale. Con ciò, potrebbe aver contribuito, nei termini in cui si vedrà, a sciogliere parzialmente i nodi problematici che favoriscono il permanere di un margine di incertezza circa la posizione delle sanzioni amministrative, per lo meno di quelle di una certa importanza. Come sopra rappresentato, tale posizione oscilla tra la piena processualizzazione del procedimento amministrativo e il perpetuarsi del carattere potenzialmente assorbente della tutela giurisdizionale propriamente detta.

È da premettere che, negli ultimi anni, la Corte costituzionale ha proceduto a una graduale estensione alle sanzioni amministrative di alcune garanzie penali sostanziali. Le decisioni hanno riguardato in particolare l'irretroattività della fattispecie sanzionatoria così come, specularmente, la retroattività della *lex mitior*⁴⁸. Un discorso analogo è da farsi per una più consapevole applicazione, sempre sulla falsariga dei principi del diritto penale, della proporzionalità della sanzione in relazione alla gravità del fatto⁴⁹.

In questa temperie si inserisce la vicenda del diritto al silenzio, che, a differenza di quelle appena riportate, riguarda l'aspetto propriamente procedurale.

La giurisprudenza si è sviluppata con riferimento al procedimento sanzionatorio della Consob – peraltro con estensione in via consequenziale anche a quello della Banca d'Italia – ed emerge come il frutto di una virtuosa circolazione che ha coinvolto sia la Corte di Lussemburgo, sia, in maniera indiretta ma significativa, la giurisprudenza della Cedu.

In estrema sintesi – giacché le pronunce sono state già oggetto di ampi commenti⁵⁰ – il giudice costituzionale nostrano ha pronunciato l'incostituzionalità della normativa sul procedimento sanzionatorio Consob e della Banca d'Italia, in quanto obbligava il soggetto interessato a fornire elementi di prova a suo carico sotto pena di pesanti censure⁵¹.

La Corte costituzionale arriva alla declaratoria di incostituzionalità della disciplina, con ciò estendendo il diritto al silenzio anche alle sanzioni amministrative, a seguito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE⁵². Questa ha potuto esprimersi sulla vigenza del diritto al silenzio come principio generale dell'ordinamento eurounitario, il quale discende a sua volta dalle disposizioni della Carta di Nizza in materia di equo processo, così come interpretate –

⁴⁸ Cfr. *ex plurimis*, per il primo caso, Corte cost., 5 dicembre 2018 n. 223; 7 aprile 2017 n. 68; per la retroattività *in mitius*, Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.

⁴⁹ Cfr. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112.

⁵⁰ Fra gli altri, cfr. E. BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio*, cit., pp. 1048 ss.; M. GRADI, *Il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo sanzionatorio e nel relativo giudizio di opposizione*, *ivi*, pp. 1061 ss.; G. SPANGHER, *Nel dialogo tra le corti si consolida il diritto al silenzio*, *ivi*, pp. 1046 ss.

⁵¹ Trattavasi dell'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF, più volte modificato. Cfr. Corte cost., 30 aprile 2021 n. 84.

⁵² Il rinvio pregiudiziale era stato sollevato con ord. 10 maggio 2019 n. 117 in quanto la materia era interessata da regolamentazione comunitaria e la stessa disciplina interna era attuativa di direttive comunitarie. A seguito del rinvio, v. sent. Cgue, *DB c. Consob*, 2 febbraio 2021, C-481/19.

seguendo i canoni esegetici codificati nella stessa Cdfue – alla luce delle corrispettive disposizioni Cedu: quindi, in buona sostanza, alla luce dell’art. 6 della Convenzione e della giurisprudenza della Corte Edu ad esso pertinente⁵³.

Proprio dalla giurisprudenza Cedu emerge il diritto al silenzio come istituto di garanzia discendente dall’art. 6 della Convenzione e valevole non solo per il processo penale, ma anche per le sanzioni amministrative⁵⁴. Ai fini che qui interessano, è degno di nota il fatto che, nell’intera vicenda – a partire dalla giurisprudenza Cedu, che rappresenta il *pruis* dell’intera concatenazione logico argomentativa – il diritto al silenzio si affermi nel procedimento amministrativo *di per sé*, anche indipendentemente da una successiva ed eventuale vicenda penale avente a oggetto le infrazioni censurate in sede amministrativa⁵⁵.

Più precisamente, l’obbligo di deporre contro sé stesso nel procedimento amministrativo è valutato e censurato sotto due profili differenti.

Infatti, sotto un primo aspetto, l’obbligo è considerato illegittimo non in quanto tale, ma in funzione delle notizie di reato che possono derivarne sul terreno penalistico e del conseguente utilizzo che venga fatto delle informazioni così “estorte” all’interno di un eventuale processo penale. Questa prima lettura, com’è evidente, si muove interamente entro gli schemi che rimandano a una posizione ancillare del procedimento amministrativo rispetto alla giurisdizione. È lo schema, più volte sopra richiamato, della continuità tra procedimento e processo, intesa nel pregnante significato per il quale il primo può – in questo caso, deve – contenere anticipazioni anche di rilievo delle garanzie proprie del secondo, ma sempre sul presupposto che è nella giurisdizione che si traggono le fila di ogni discorso, in quanto la stessa giurisdizione, come detto, è sede costituzionalmente assorbente della tutela processuale. In questa accezione, quindi, il diritto al silenzio rileva in funzione della pienezza della tutela giurisdizionale in sede propriamente penale.

Sotto il secondo aspetto, però, questa stessa giurisprudenza si spinge oltre, fino a postulare anche, ove occorra, l’autonomia del diritto al silenzio dal rapporto con la tutela processuale penale e a sancirne la vigenza anche ai soli fini dell’inflizione della sanzione amministrativa. L’autonomizzarsi, che in questo modo si realizza, del procedimento dal processo lascia supporre che, almeno ai fini del diritto al silenzio, i supremi giudici nazionali e sovranazionali si muovano in un’ottica diversa rispetto a quella che individua nel procedimento una mera

⁵³ In materia, va premessa la ben nota disposizione dell’art. 6, comma 3, TUE, per cui «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali». In merito allo specifico punto toccato nel testo, cfr. art. 52, comma 3, Cdfue: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa». Cfr. §§ 36 ss. sent. *DB c. Consob*. In tema, con riferimento al caso di specie e all’evidente parallelo tra gli artt. 47 e 48 Cdfue e l’art. 6 Cedu, v. ancora M. ALLENA, *Art. 6 Cedu*, cit., pp. 31 ss.

⁵⁴ Cfr. Corte Edu, *Chambaz c. Suisse*, 5 aprile 2012; *Shannon v. United Kingdom*, 4 ottobre 2005.

⁵⁵ In particolare, *Shannon v. UK*, cit., §§ 33 ss.

anticipazione delle tutele processuali⁵⁶. Qui il procedimento sanzionatorio è di per sé oggetto di attenzione e la lesione del diritto al silenzio è sufficiente a inficiarne intrinsecamente la validità.

Non può negarsi che l'estensione del diritto al silenzio abbia un certo rilievo ai fini della ricostruzione in senso para-processuale dell'esercizio della potestà punitiva in sede amministrativa. Ciò deriva dal fatto che l'istituto medesimo è peculiare del processo penale e si inserisce in maniera del tutto organica nel sistema di garanzie che lo contraddistinguono. Sotto tale profilo, quindi, la sua applicazione al procedimento sanzionatorio non raffigura una tessera qualunque del mosaico, ma, in quanto tipico e fondamentale corollario del principio dell'equo processo, contribuisce a illuminare di una luce diversa anche il resto del procedimento per l'impianto complessivamente garantista che va a contraddistinguerlo.

Allo stesso tempo, però, non va dimenticato che quello del diritto al silenzio rimane un filone giurisprudenziale "estravagante" rispetto a quello relativo alla *full jurisdiction*.

In ogni caso, le varie traiettorie percorse dal giudice di Strasburgo sembrano essere accomunate per il fatto che l'esigenza di anticipare le tutele processuali è legata, il più delle volte, al rischio dell'irreparabilità del danno concretamente sofferto dal sanzionato, sostanzialmente condannato in un procedimento "penale" in assenza delle dovute garanzie e in contrasto con il principio costituzionale della presunzione di innocenza.

9. Brevi note conclusive.

Alcuni nodi irrisolti rimangono a proposito dello statuto del procedimento sanzionatorio nel diritto Cedu. Sembra tuttora mancare di risposta definitiva il fondamentale interrogativo circa il rapporto tra procedimento e processo. Come visto, a determinate condizioni la sede amministrativa può presentarsi come alternativa al processo, anche se resta aperta un'ulteriore e fondamentale questione.

A fronte di indirizzi giurisprudenziali e dottrinali ancora saldamente ancorati alla pienezza della tutela giurisdizionale, emergono tendenze e auspici nella direzione di una maggiore emancipazione della sede amministrativa, che va di pari passo con l'esigenza di un recupero quanto più pieno, in quella sede, almeno degli istituti portanti del sistema processuale e dei contenuti dell'equo processo di cui all'art. 6.

Tale tendenza sembra venire incontro anche all'ulteriore, ma non meno avvertita esigenza di adeguatezza tecnico-funzionale, in nome della quale gli stessi procedimenti sanzionatori alternativi sono stati ideati: l'esigenza, cioè, che le valutazioni discrezionali e tecniche avvengano nella sede istituzionale più appropriata, con una corrispettiva riduzione della ne-

⁵⁶ Forse, i due differenti profili del diritto al silenzio presso l'autorità amministrativa, l'uno in funzione di una successiva ed eventuale incriminazione penale in senso stretto, l'altro, invece, riguardante il procedimento amministrativo di per sé, sono evidenziati nella maniera più chiara proprio dalla Corte di Giustizia Ue, *DB c. Consob*, cit., § 45, per cui il diritto al silenzio presso l'autorità amministrativa «osta, in particolare, a che tale persona venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente [...] risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale».

cessità di sovrapporvi determinazioni del giudice che sfocino, al limite, nel merito delle questioni, con il rischio di non rispettare il principio della separazione dei poteri. Affinché ci si possa avvicinare a tale risultato e sollevare il giudice almeno di parte delle suddette incombenze, è indispensabile che il contraddittorio processuale, la parità delle armi e gli altri elementi che compongono il giusto processo penetrino la sede amministrativa, almeno nella loro portata sostanziale, andando a contaminare il procedimento sanzionatorio in maniera più autenticamente giustiziale, in maniera proporzionata all'afflittività dello stesso e all'entità, anche sotto il profilo costituzionale, dei beni giuridici interessati.