

SETTIMO CONVEGNO DI STUDI GIURIDICI
**PROCEDIMENTO E DECISIONI AMMINISTRATIVE NELLE
RIFORME DELLA L. 241/1990 E NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
URBINO – DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**
giovedì 21 e venerdì 22 novembre 2013

Relazione del prof. Francesco Goisis: *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie.*

Mi concentrerò sul concetto di discrezionalità giudiziale e quindi pretesa non autoritativa della scelta amministrativa di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie ex art. 11 l. 689 del 1981 (*« Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche »*). Tenterò di mostrare come tale concetto:

a. venga svolto dalla giurisprudenza civile, costituzionale ed amministrativa, spesso tenendo presente più ragioni di giustificazione sistematica delle scelte di riparto tra le giurisdizioni che gli effettivi dati normativi;

b. trovi la sua origine in alcuni insegnamenti dottrinali la cui attuale condivisibilità presta a veri rilievi critici;

c. sia oggi priva anche di utilità garantistica, ove si dia compiuta applicazione a principi discendenti dal diritto convenzionale europeo e coerenti sviluppi legislativi interni.

La giurisprudenza.

La posizione della cassazione:

1. prevalente la tesi per il potere di determinazione della sanzione ex art. 11 l. 689/1981 sarebbe ontologicamente diverso da quello discrezionale amministrativo - sarebbe cioè espressione di discrezionalità giudiziale senza che vi sia una ponderazione di interessi - e così non autoritativo, con conseguente naturale sussistenza della

giurisdizione ordinaria: Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489 parla di potere *«ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi»*; ciò non certo per assenza di effettivi spazi liberi di scelta, ma perché *«l'ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all'amministrazione»* dovrebbe essere *«esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria»*.

2. in relazione a ISVAP (Cass., sez. un., 29 novembre 2007, nn. 24816) **e a AGCM** (ass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52 e Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667)- **ma non, senza chiara motivazione, a CONSOB - però, la particolare connessione tra funzione regolatoria e sanzionatoria consentirebbe di parlare di potere discrezionale-autoritativo e così di interessi legittimi in capo al cittadino, con conseguente naturale spettanza delle controversie al giudice amministrativo.**

3. come conseguenza, nel 2012 dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio del rispetto della giurisprudenza della cassazione della giurisdizione esclusiva amministrativa sulle sanzioni Consob: Corte cost., 27 giugno 2012 n. 162, ove si legge che *«La citata giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della CONSOB sia espressione di mera discrezionalità amministrativa...»* determinerebbe la incostituzionalità della devoluzione in giurisdizione esclusiva, dato che il legislatore delegato avrebbe profondamente inciso sul precedente assetto *«discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega...»*.

B. La posizione della Consulta: nel 1996 ha negato che il potere di determinazione della sanzione sia particolare e accostabile a quello del giudice. Al contrario, esso deve conformarsi ad un comune canone di imparzialità, senza che, ad es., si debba impedire all'amministrazione che concretamente incassa la sanzione, di determinarla (caso dell'impresa pubblica di trasporti): Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 28: *«Il concetto stesso di "terzietà", tipico della posizione del giudice, non è dunque bene evocato a proposito dell'amministrazione, quand'anche essa sia chiamata ad agire nell'ambito di procedimenti strutturati secondo regole di contraddittorio»*. Essendo quindi la potestà sanzionatoria di natura (anche) sostanzialmente amministrativa, per assicurare l'imparzialità della scelta di commisurazione sarebbe sufficiente che *«il soggetto titolare della potestà sanzionatrice debba operare, secondo la legge, al solo fine del perseguimento*

del pubblico interesse, senza mescolanze o indebite interferenze di interessi di natura privatistica».

C. la posizione del GA: talvolta (con riguardo all'AGCM e all'autorità dell'energia) ha espressamente parlato di discrezionalità amministrativa nella commisurazione della sanzione, ma in genere si limita a parlare di un'ampia discrezionalità.

Critica al concetto di discrezionalità giudiziale.

1. Il concetto di discrezionalità giudiziale è stato in particolare sostenuto dal Capaccioli (*Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, 1979), secondo cui la discrezionalità giudiziale si differenzerebbe dalla discrezionalità amministrativa perché finalizzata, a differenza della seconda, **non al perseguimento di particolari interessi pubblici** (ovvero, si precisa ulteriormente, ad interessi che siano soggetti in capo all'Amministrazione sanzionatrice), ma piuttosto, almeno in via principale, alla **ricerca di soluzioni giuste, in relazione a (ed esclusivamente in funzione di) gravità dell'illecito e personalità del suo autore**. Con il che il potere di commisurazione della sanzione non sarebbe autoritativo, così giustificandosi la giurisdizione ordinaria e l'assenza di un merito amministrativo che impedisca al giudice ordinario la piena cognizione della pretesa sanzionatoria. La scelta discrezionale giudiziale sarebbe inoltre **più prevedibile e così rispettosa della garanzie del cittadino** e del principio di legalità.

2. La categoria risale peraltro all'insegnamento del **Bellavista** (*Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, 1939), secondo cui tale discrezionalità si distinguerebbe dalla discrezionalità amministrativa in ragione di una pretesa **maggior prevedibilità** o soggezione a principi giuridici della scelta amministrativa di commisurazione, che, a differenza della discrezionalità amministrativa, **non sarebbe arbitrium plenum, perché soggetta a principi giuridici ed a un obbligo di motivazione**.

3. Tale distinzione peraltro non convince:

- se essa si ricollega (sulla scia dell'insegnamento del Bellavista) ad una pretesa **maggior prevedibilità della scelta amministrativa di commisurazione in virtù della sua soggezione a principi in tesi particolarmente stringenti**, ciò è smentito dalla **genericità della formulazione** dell'art. 11, l. 689 del 1981, che, sul modello dell'art. 133 c.p., parlando di *gravità della violazione, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, personalità e condizioni economiche dello stesso*, rende

semmai particolarmente ampio ed imprevedibile il potere di scelta dell'Amministrazione e, dall'altro, dalla **generale soggezione della discrezionalità amministrativa a vari e potenzialmente assai incisivi principi giuridici**, ivi compreso il dovere di motivazione, e quindi dall'ormai da tempo realizzatosi affrancamento della stessa dalla qualità di *arbitrium plenum* (ossia dal concetto a cui il Bellavista riconduceva la discrezionalità amministrativa in genere). Non a caso, sulla scia della relazione al Codice penale, si è parlato di principio di omnicomprensività dei criteri di cui all'art. 133 (Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965,) e la giurisprudenza penale senza troppi pudori parla di una commisurazione della pena che è "**più il risultato di una intuizione che di un processo logico di natura analitica**";

- se invece esso ricerca fondamento nel **perseguimento di mere finalità di giustizia-retributiva (o comunque di giustizia), come contrapposte a interessi soggettivi in capo all'Amministrazione**, a tacere del fatto che la funzione sanzionatoria potrebbe in non pochi casi invece vedersi come direttamente funzionale all'interesse sussidiato (come sembra senza incertezze riconoscere la Consulta), ciò contrasta, di nuovo, con il dato positivo offerto dall'art. 11, l. 689 del 1981, che, sul solco dell'art. 133 c.p. quale interpretato alla luce dell'art. 27, co. 3, Cost., semmai impone di perseguire anche (e forse soprattutto) **finalità special-preventive nella commisurazione della sanzione; finalità che, evidentemente, si concretizzano ancora in una tutela preventiva del bene protetto dalla norma sanzionatrice**; detto altrimenti, questa impostazione trascura che la "repressione", l'inflizione di un *malum*, non è mai fine a stessa, ma è sempre funzionale ad uno scopo di miglior cura dell'interesse pubblico, *sub specie* di prevenzione di sue future lesioni;

- se, infine, ci si affida (Travi) alla **ipotizzata assenza di una piena e libera ponderazione di interessi pubblici e privati**, al di là di ogni dubbio sulla circostanza che davvero i vincoli di cui all'art. 11 l. 689 del 1981 siano in grado di restringere in modo peculiare (rispetto a tanti poteri pacificamente discrezionali, specie ove comunitariamente configurati) l'apprezzamento degli interessi rilevante, si rischia di **sovrapporre due piani distinti: un conto è il miglior modo di apprezzare e ponderare gli interessi nell'ambito di una scelta in vista della massimizzazione dell'interesse pubblico; altro è l'essenza del fenomeno**, che non pare mutare (specie nella prospettiva delle garanzie da predisporre a beneficio del destinatario diretto) a seconda che (per vincolo legislativo, ovvero per deficit del concreto processo decisionale) in concreto vi sia stata una sola parziale considerazione degli interessi coinvolti (l'interesse del singolo viene difatti comunque sacrificato, sulla base di una scelta complessa di interessi della Amministrazione, all'interesse pubblico concreto).

Conclusioni

- va insomma recuperata la consapevolezza del rilievo dell'interesse pubblico concreto nelle scelte sanzionatorie amministrative e quindi della loro autoritatività come e quanto gli altri provvedimenti unilaterali con effetti restrittivi emanati dalla PA.

- Questa è, del resto, la tesi diffusa nella giurisprudenza comunitaria dove si dubita che i provvedimenti sanzionatori delle autorità comunitarie siano discrezionali (spesso anche nell'an) e pienamente autoritativi. Ad es., da ultimo, (Tribunale primo grado, 14 aprile 2011, caso T-461/07, *Visa Europe Ltd c. Commissione*), si legge che « *la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella fissazione dell'importo delle ammende, dal momento che queste costituiscono uno strumento della politica di concorrenza...* ». Non basta: il giudice comunitario precisa che « *Tale margine di valutazione si estende necessariamente all'opportunità di infliggere o meno un'ammenda* ». Da ciò consegue che, in pratica, « *..la Commissione possa sempre adeguare il livello delle ammende alle esigenze di questa politica....* », pur in contrasto con sue precedenti prassi sanzionatorie;

- possibili rilevanti conseguenze anche sul piano del diritto sostanziale: ad es., una presa d'atto della discrezionalità amministrativa sul *quantum* della sanzione: **negoziabilità ex art. 11, l. 241 del 1990** delle scelte sanzionatorie di commisurazione della sanzione, aprendo così, almeno concettualmente, la strada a "patteggiamenti" nel settore sanzionatorio. **Art. 21 octies, l. 241 del 1990.**

- il riconoscimento della discrezionalità amministrativa (almeno) sul *quantum* impone di concludere che giudice della potestà sanzionatoria (di cui si contesta la commisurazione) dovrebbe essere, se non altro di regola, **il giudice amministrativo. Sentenza 204 del 2004:** l'art. 103, co. 1, Cost. riserva al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi, sicché la questione appare in realtà meritevole di approfondimenti;

- è nelle sanzioni amministrative che, con particolare nettezza, si manifesta un potere amministrativo riduttivo della sfera giuridica del destinatario.

- quanto al **profilo della giustificazione sistematica dei poteri di riesame nel merito delle scelte amministrative sull'an e sul quantum della sanzione, sulla scia degli obblighi discendenti dall'art. 6 CEDU**, il giudice deve avere una c.d. *full jurisdiction* sull'an e sul *quantum* della sanzione. Proprio in materia penale, più che in quella civile, tale pretesa, come ricordato da ultimo nel 2012 nel caso *Steininger*, è particolarmente sentita.

- A seguito della sentenza *Menarini* del 2011, sta iniziando ad acquisirne consapevolezza anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea in relazione al sindacato sulle sanzioni *antitrust* della Commissione. Da ultimo, nelle pronunce **18 luglio 2013, n. 501, sul**

caso Schindler Holding Ltd e 24 ottobre 2013 sul caso Kone, i giudici comunitari di appello hanno preso atto che perché il giudice europeo goda di *full jurisdiction*, esso deve avere " *il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore. L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito*". Alla luce di tale premessa (si noti: la Commissione è organo inferiore, rispetto alla Corte, che su di essa esercita una funzione appellatoria e non meramente cassatoria) hanno tratto la conseguenza che " *competenza estesa al merito conferitagli dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003*", va intesa nel senso di conferire al giudice europeo il potere di " *sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta*". Anche laddove sia stabilita una giurisdizione di mera legittimità (come per il sindacato sull'ammissione a programmi di *leniency* o comunque per i profili diversi da quelli sull'*an* e sul *quantum* della sanzione una volta accertato l'illecito), il giudice " *non può far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione - al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto*".

- Come già notato dal giudice *Pinto* nella sua *dissenting opinion* nel caso *Menarini*, **l'espressa introduzione di una giurisdizione di merito del giudice amministrativo sulle sanzioni ricadenti nella propria giurisdizione, può oggi in effetti consentire la realizzazione di una *full jurisdiction* sia sull'*an* che sul *quantum* della pretesa sanzionatoria**. E ciò pur ove a questi ultimi siano ritenuti propriamente discrezionali.

- **inutilità di una tradizionale impostazione che, attraverso la negazione di una discrezionalità in senso proprio nelle sanzioni, mirava a giustificare, sul piano sistematico, le scelte peculiari (quanto al sindacato sostitutivo sul *quantum*) del legislatore della depenalizzazione del 1981: l'art. 6 CEDU ci dice che proprio perché la potestà sanzionatoria è autoritativa, fino a ledere in modo particolarmente intrusivo, quale manifestazione sostanziale del diritto penale, la sfera giuridica del cittadino, essa esige (specie ove la parità delle parti non sia pienamente realizzata in sede procedimentale, come è la norma nei sistemi di diritto amministrativo) una riesame giudiziale del tutto pieno; solo così è dato realizzare, almeno *ex post*, il principio fondamentale *nulla poena sine iudicio*.**

La giurisprudenza della Cassazione.

In una nota sentenza del **1987**, ancor oggi espressiva dell'orientamento dominante presso i giudici civili, la Cassazione¹ osservava come in sede di commisurazione della sanzione pecuniaria *ex art. 11, l. n. 689 del 1981*², all'Amministrazione sarebbero spettate

¹ Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489.

Si richiamano poi espressamente a questa pronuncia, Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240 e Cass., sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246: «come chiaramente si desume dall'art. 11 della legge n. 689/81, l'autorità amministrativa determina la sanzione dovuta sulla base di criteri diversi che prescindono dalla valutazione di qualsiasi interesse pubblico».

² Art. 11, l. n. 689 del 1981: «Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera

«valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati». I criteri di quantificazione di cui all'art. 11 cit., pur non pienamente coincidenti con quelli di cui all'art. 133 c.p.³, sarebbero stati, difatti, «coerenti con il modello di sanzione punitiva di tipo essenzialmente penalistico adottato dal legislatore». Questa ultima circostanza avrebbe giustificato l'attrazione del potere di commisurazione nella natura del corrispondente potere del giudice penale. In particolare, l'autorità amministrativa, pur godendo di «un potere [si noti] molto ampio di valutazione», si sarebbe vista affidare un potere (addirittura) «ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi»; ciò non certo per assenza di effettivi spazi liberi di scelta, ma perché «l'ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all'amministrazione» avrebbe dovuto essere «esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria».

Ma la posizione delle S.U. ha subito mostrato la sua debolezza specie con riguardo alle sanzioni (direttamente o indirettamente) di Autorità indipendenti. Con riguardo a sanzioni (ministeriali, ma comminate su proposta dell'ISVAP) nel settore assicurativo, si è sottolineata così, ad esempio, una presunta speciale connessione con la funzione regolatoria. In particolare, si è prospettato un peculiare «momento autoritativo», «immanente nell'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori propri all'attività di vigilanza», che si manifesterebbe «non solo nell'accertamento della sussistenza dell'illecito, nell'identificazione dell'autore e del responsabile di esso, nell'applicazione della relativa sanzione - id est nell'attività consequenzialmente correlata all'esercizio della funzione di controllo e disciplina sull'attività assicurativa, che si traduce nella formazione, tra l'altro ma non soltanto, del titolo per la percezione della somma corrispondente alla sanzione applicata», ma anche - si noti - «nella determinazione della misura della sanzione, che, pur prestabilita ex lege nel tipo e nei due estremi quantitativi, rimane, non di meno, rimessa, per ciascun caso concreto, all'ampia discrezionalità della P.A. nella scelta tra il minimo ed il massimo edittali

svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

³ Art. 133 c.p.: «Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1. dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2. dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3. dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1. dai motivi a delinquere e dal carattere del reato; 2. dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3. dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4. dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.»

in ragione della gravità dell'illecito e delle altre circostanze suscettibili d'esser valutate a tal fine (cfr. art. 133 c.p.)...»⁴.

Similmente, la Corte regolatrice si è espressa in tema di **sanzioni antitrust**, sostenendo che «*nelle fattispecie di illecito di maggior rilievo l'atto medesimo non è di mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto ex lege in conseguenza della operazione vietata*»; vi sarebbe, al contrario, «*un contenuto complesso*», capace di attribuire (anche, direttamente) alla sanzione «*i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti*»⁵. Nel 2009, poi, le Sezioni Unite hanno espressamente definito la sanzione dell'**AGCM** quale atto «*espressione della funzione pubblica, adottato nell'esercizio di un potere di supremazia*», ossia «*nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato (non dalla posizione di parità dei soggetti, secondo lo schema privatistico diritti-doveri, ma) da una relazione asimmetrica sintetizzata nella formula potere-soggezione*»⁶.

Un sospetto che si tratti di argomenti volti a razionalizzare *ex post* scelte legislative di riparto di giurisdizione sembrerebbe trovare conferma nella circostanza che, senza alcuno sforzo di (almeno apparente) coordinamento logico, le stesse Sezioni Unite non abbiano mostrato alcun imbarazzo nell'affermare, invece, la consueta lettura *sub specie* di discrezionalità giudiziale con riguardo a sanzioni **Consob** (che, è quasi superfluo osservare, esercita anch'essa, con speciale indipendenza, rilevanti funzioni regolatorie e di vigilanza, epperò, al tempo, vedeva legislativamente prescelta la giurisdizione ordinaria); ivi, difatti, è riemersa subito la più consueta idea per cui vi sarebbe giurisdizione ordinaria «*...atteso che l'art. 196 del citato D.Lgs. n. 58 del 1998....stabilisce che la scelta della sanzione applicabile deve essere effettuata in base alla gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva*»; ossia, in tesi, «*sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa*»⁷, essendo, in specie, asseritamente escluso ogni rilievo de «*l'interesse generale del mercato*»⁸.

Da ultimo, la stessa Consulta, nel dichiarare costituzionalmente illegittima per violazione dei limiti della delega legislativa la devoluzione in giurisdizione esclusiva delle

⁴ Cass., sez. un., 29 novembre 2007, nn. 24816, 24817 e 24818.

⁵ Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52.

⁶ Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667.

⁷ Cass., sez. un., 15 aprile 2003, n. 5994.

⁸ Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383: «La scelta della sanzione, allora, secondo la espressa previsione normativa, non tiene conto di interessi pubblici diversi, come l'interesse generale del mercato (affermato dal ricorrente), e non è perciò espressione di discrezionalità amministrativa. Il criterio legale che la detta scelta deve seguire è soltanto la commisurazione della sanzione all'entità della violazione, conformemente al contenuto tipico di ogni potere punitivo, sia di tipo penale che di carattere amministrativo (per quest'ultimo v. l'art. 11 della legge n. 689 del 1981). ».

controversie sulle sanzioni Consob, ha richiamato questi interventi della Cassazione, ritenendo quindi violato il precetto della legge delega di attenersi agli arresti giurisprudenziali delle giurisdizioni superiori⁹.

Un po' - sia consentito - frettolosamente, quindi, la Corte costituzionale ha ritenuto consolidata una giurisprudenza della Corte regolatrice che, per quanto espressasi univocamente con riguardo alla Consob, è però, nelle sue basi teoriche, tutt'altro che ben definita, e, difatti, risulta contraddetta da precedenti che, pur riguardanti sanzioni di altre Amministrazioni, affrontavano però problemi del tutto coincidenti. **Anzi, pare lecito ipotizzare che sia proprio la particolare incertezza che ha di fatto caratterizzato (anche per effetto del riferimento nell'art. 33, co. 1, d.lgs. 80 del 1998 ad una giurisdizione esclusiva amministrativa sulla «vigilanza...sul mercato mobiliare») la questione della giurisdizione sulle sanzioni Consob ad aver suggerito alla Corte regolatrice di difendere qui gli ambiti della giurisdizione ordinaria con interventi tanto perentori, quanto poco argomentati.**

La Consulta e i giudici amministrativi.

D'altra parte, i giudici costituzionali hanno, nel 1996¹⁰, hanno espressamente contestato l'assunto per cui l'Amministrazione, nel commisurare la sanzione amministrativa pecuniaria, dovrebbe agire come un giudice. Nel ritenere costituzionalmente legittimo l'affidamento ad organi dell'**impresa pubblica di trasporti** della competenza alla determinazione delle sanzioni amministrative previste per mancanza del titolo di viaggio (sanzioni poi dall'impresa stessa incassate), il giudice delle leggi, a fronte del richiamo da parte del giudice *a quo* nella sostanza della tesi della discrezionalità giudiziale (ossia della circostanza per cui dal «*sistema della legge n. 689 del 1981*», si sarebbe desunto che «*la funzione del soggetto investito del potere deve essere calibrata secondo una verifica imparziale della legittimità dell'accertamento dell'infrazione e deve tendere all'applicazione della relativa sanzione, dopo aver accertato la responsabilità del trasgressore, secondo i criteri - di impronta penalistica - dettati nella legge stessa, graduando altresì la sanzione tra un minimo ed un massimo in base ad una valutazione complessa che tiene conto della gravità del fatto, dell'opera susseguente dell'autore e delle condizioni economiche di questi.*»),

⁹ Corte cost., 27 giugno 2012 n. 162, ove si legge che «La citata giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della CONSOB sia espressione di mera discrezionalità amministrativa...» determinerebbe la incostituzionalità della devoluzione in giurisdizione esclusiva, dato che il legislatore delegato avrebbe profondamente inciso sul precedente assetto «discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega...».

¹⁰ Così, Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 28.

hanno, in senso contrario, osservato che *«E' nella logica della "depenalizzazione" operata con la legge n. 689 del 1981 che le sanzioni amministrative, un tempo di natura penale e quindi di competenza dell'autorità giudiziaria, essa si collocata in posizione disinteressata di "terzietà", siano oggi di competenza dell'autorità amministrativa alla quale, per definizione, non è estraneo l'interesse al rafforzamento, tramite l'applicazione delle sanzioni, delle prescrizioni alla cui osservanza essa è preposta»*. La conclusione è stata così netta: *«Il concetto stesso di "terzietà", tipico della posizione del giudice, non è dunque bene evocato a proposito dell'amministrazione, quand'anche essa sia chiamata ad agire nell'ambito di procedimenti strutturati secondo regole di contraddittorio»*. Essendo quindi la potestà sanzionatoria di natura (anche) sostanzialmente amministrativa, per assicurare l'imparzialità della scelta di commisurazione sarebbe sufficiente che *«il soggetto titolare della potestà sanzionatrice debba operare, secondo la legge, al solo fine del perseguimento del pubblico interesse, senza mescolanze o indebite interferenze di interessi di natura privatistica»*. Inutile chiosare che la Consulta ha in tal modo riconosciuto, senza ambiguità, che la commisurazione ex art. 11, l. 689 del 1981 può (ed anzi deve) avvenire nel concreto perseguimento del pubblico interesse; interesse che (come in particolare del tutto evidente nel caso oggetto della sentenza costituzionale) può ben essere "sogettivato" in capo alla Amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa - che opera ormai con riguardo a sempre più ampie e significative fattispecie sanzionatorie affidate alla propria giurisdizione esclusiva - **non sempre affronta in modo diretto o comunque approfondito la questione**. Tuttavia, in essa, appare attualmente dominante l'idea del **carattere discrezionale-amministrativo** della quantificazione della sanzione, fino a parlarsi, in relazione a sanzioni amministrative pecuniarie, di *« di un tasso di discrezionalità coessenziale alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione.»*¹¹. Si menziona anzi, insistentemente, una discrezionalità particolarmente lata.

In particolare, il Consiglio di Stato, in sede di sindacato sulla commisurazione di sanzioni *antitrust*¹² e dell'Autorità per l'energia¹³, non ha mancato di espressamente

¹¹ Così, in tema di sanzioni di Banca d'Italia, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542:

¹² Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575, ove si legge che: «che il richiamato approccio concettuale non appare lesivo né del diritto comunitario derivato (il quale, in verità, non si occupa *funditus* della scelta fra modelli sanzionatori fondati sulla logica della linearità, ovvero sulla logica della progressività/degressività per gruppi), né degli Orientamenti applicativi delineati dalla Commissione dell'U.E. (i quali, come è noto, sono volti - secondo un principio di civiltà giuridica - a predeterminare i criteri concreti per l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella materia sanzionatoria).»

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507: « Al riguardo va rilevato, in primo luogo, che la legge attribuisce all'AEEG un ampio margine di discrezionalità nel quantificare la sanzione pecuniaria da applicare e che a tal proposito il sindacato giurisdizionale è di legittimità e non è esteso al merito, sicché la pretesa della suddetta società di ottenere un'eventuale riduzione della sanzione irrogata non può

qualificare il potere in questione quale espressione di discrezionalità amministrativa. Ciò, si noti, pur nella convinzione (dichiarata nel caso delle sanzioni in materia energetica) che la loro quantificazione dovesse avvenire *ex art. 11, l. 689 del 1981*.

Del resto, se così non fosse, non si capirebbe come mai tale giudice abbia interpretato la **attribuzione alla cognizione di merito delle sanzioni amministrative *ex art. 134, lett. c), c.p.a.*, come essenzialmente diretto proprio a consentire un sindacato sostitutivo in relazione al *quantum della sanzione***. Se una cognizione estesa al merito è ritenuta necessaria per conoscere l'intrinseco dell'apprezzamento in punto di commisurazione della sanzione, evidentemente la relativa scelta dell'Amministrazione è, nella visione del Consiglio di Stato, di tipo propriamente discrezionale o, comunque, è pienamente riconducibile al relativo regime giuridico e alla conseguente limitata possibilità di sindacato in sede di giurisdizione di legittimità, rientrando così parimenti, nel suo intrinseco, nella nozione di merito amministrativo.

Critica al concetto di discrezionalità giudiziale.

Le tesi dottrinali, sulla scia di un noto contributo di Capaccioli degli anni 70, svolgono, con alcune variazioni, l'assunto che la finalità della sanzione sarebbe di giustizia, in tal modo distinguendosi da quella di cura concreta dell'interesse pubblico; senonché tale punto di partenza non appare persuasivo.

Pur a voler accettare e valorizzare al massimo il parallelismo tra determinazione giudiziale, e, rispettivamente, amministrativa, della sanzione, il concetto di discrezionalità giudiziale (come in tesi ontologicamente diverso da quello di discrezionalità vera e propria, ossia di discrezionalità amministrativa), una volta applicato ad una scelta (non giurisdizionale, ma) della Amministrazione, appare messo in crisi, e quindi, a parere di chi scrive, inappagante, per alcune principali ragioni che appare opportuno, sinteticamente, elencare:

a. se esso si ricollega (sulla scia dell'insegnamento del **Bellavista** del 1930) ad una pretesa **maggior prevedibilità** o soggezione a principi giuridici della scelta amministrativa di commisurazione, ciò è smentito, da un lato, dalla genericità della formulazione dell'art. 11, l. 689 del 1981, che, sul modello dell'art. 133 c.p., rende semmai particolarmente ampio ed imprevedibile il potere di scelta dell'Amministrazione e, dall'altro, dalla generale soggezione

fondarsi sulla semplice deduzione della eccessività dell'importo, ma deve basarsi su specifici vizi di legittimità. E nel caso in esame la discrezionalità amministrativa è stata esercitata dall'Autorità certamente in modo legittimo, secondo quanto può evincersi dalla motivazione della delibera impugnata, che ha tenuto conto che l'onere di motivare non può spingersi, per quanto precisato dalla giurisprudenza, fino al

della discrezionalità amministrativa a vari e potenzialmente assai incisivi principi giuridici, ivi compreso il dovere di motivazione, e quindi dall'ormai da tempo realizzatosi affrancamento della stessa dalla qualità di *arbitrium plenum* (ossia dal concetto a cui il Bellavista riconduceva la discrezionalità amministrativa in genere);

b. se invece esso ricerca fondamento nel perseguimento di mere finalità di giustizia-retributiva (o comunque di giustizia), come contrapposte a interessi soggettivati in capo all'Amministrazione, a tacere del fatto che la funzione sanzionatoria potrebbe in non pochi casi invece vedersi come direttamente funzionale all'interesse sussidiato (come sembra senza incertezze riconoscere la Consulta) e che il diritto comunitario (come noto alla base di numerose ipotesi sanzionatorie nazionali) reclama la necessaria effettività del regime sanzionatorio a preservare l'interesse pubblico protetto, ciò contrasta, di nuovo, con il dato positivo offerto dall'art. 11, l. 689 del 1981, che, sul solco dell'art. 133 c.p. quale interpretato alla luce dell'art. 27, co. 3, Cost., semmai impone di perseguire anche (e forse soprattutto) **finalità special-preventive nella commisurazione della sanzione; finalità che, evidentemente, si concretizzano ancora in una tutela preventiva del bene protetto dalla norma sanzionatrice**; detto altrimenti, questa impostazione trascura che la "repressione", l'inflizione di un *malum*, non è mai fine a stessa, ma è sempre funzionale ad uno scopo di miglior cura dell'interesse pubblico, *sub specie* di prevenzione di sue future lesioni;

c. se, infine, ci si affida (Travi) alla **ipotizzata assenza di una piena e libera ponderazione di interessi pubblici e privati**, al di là di ogni dubbio sulla circostanza che davvero i vincoli di cui all'art. 11 l. 689 del 1981 siano in grado di restringere in modo peculiare (rispetto a tanti poteri pacificamente discrezionali, specie ove comunitariamente configurati) l'apprezzamento degli interessi rilevante, si rischia di **sovrapporre due piani distinti: un conto è il miglior modo di apprezzare e ponderare gli interessi nell'ambito di una scelta in vista della massimizzazione dell'interesse pubblico; altro è l'essenza del fenomeno**, che non pare mutare (specie nella prospettiva delle garanzie da predisporre a beneficio del destinatario diretto) a seconda che (per vincolo legislativo, ovvero per deficit del concreto processo decisionale) in concreto vi sia stata una sola parziale considerazione degli interessi coinvolti (l'interesse del singolo viene difatti comunque sacrificato, sulla base di una scelta complessa di interessi della Amministrazione, all'interesse pubblico concreto).

punto di indicare il calcolo matematico seguito nell'adottare il provvedimento, essendo sufficiente ai fini di un'adeguata motivazione il rispetto dei criteri stabiliti dall'art.11 L. n.689/1981 e l'indicazione delle ragioni della concreta applicazione di tali criteri.»

Conclusioni

In conclusione, va recuperata (anche sulla scorta dell'insegnamento della giurisprudenza costituzionale ed europea) la consapevolezza del rilievo dell'interesse pubblico concreto nelle scelte sanzionatorie amministrative.

E' ora di soffermarsi brevemente sulle conseguenze della diversa impostazione qui preferita, nel senso del riconoscimento di spazi di possibile discrezionalità amministrativa in capo all'Amministrazione sanzionatrice quanto alla tutela giurisdizionale. Non che sfuggano possibili rilevanti conseguenze anche sul piano del diritto sostanziale: ad es., una presa d'atto della discrezionalità amministrativa sul *quantum* della sanzione dovrebbe permettere di superare con sicurezza i dubbi relativi alla **negoziabilità ex art. 11, l. 241 del 1990** delle scelte sanzionatorie di commisurazione della sanzione, aprendo così, almeno concettualmente, la strada a "patteggiamenti" nel settore sanzionatorio¹⁴. D'altra parte, il tentativo che, purtroppo, sempre più spesso si legge in giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa, di porre nel nulla le (già fragili) garanzie procedimentali del cittadino incolpato sulla base di una radicale applicazione dell'art. 21 *octies*, l. 241 del 1990 dovrebbero, a rigore, perdere (ulteriore) fondamento, ove ci si convinca (come da ultimo sembra sostenere anche il Consiglio di Stato¹⁵) che la sanzione amministrativa è, almeno nel *quantum*, propriamente discrezionale, e quindi il suo contenuto dispositivo non può certo dirsi predeterminato¹⁶.

¹⁴ L'art. 11 cit. parla di scelte discrezionali e la opinione giurisprudenziale per cui sarebbero negoziabili anche scelte discrezionali-tecniche o comunque non propriamente discrezionali non appare particolarmente argomentata (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344: «Deve anzitutto precisarsi che, contrariamente a quanto postulato dall'appellante, anche nel caso di procedimenti finalizzati alla adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'Amministrazione deve esercitare poteri chiaramente discrezionali - come appunto si è verificato nel caso di cui si tratta - quanto meno sotto il profilo tecnico, attinenti al "quantum", al "quomodo" ed al "quando" degli adempimenti da eseguire, e quindi risulta pienamente configurabile la stipulazione di un opportuno accordo procedimentale, trattandosi di un vero e proprio strumento di semplificazione, idoneo a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe consentita dal provvedimento finale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636).»).

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542: «In ogni caso, non appare rilevante nella specie quanto osservato dalla Cassazione (con argomenti fatti propri dalla difesa della odierna parte appellata) a proposito della irrilevanza dei vizi formali nei provvedimenti a contenuto vincolato o comunque immodificabile, ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge generale sul procedimento amministrativo. Infatti, i provvedimenti sanzionatori - quale appunto quello di specie - non possono di certo essere qualificati come 'vincolati'. Essi sono dotati di un tasso di discrezionalità coesistente alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione. La sussistenza di tali poteri discrezionali rende per ciò solo inapplicabile il richiamato art. 21 *octies*.».

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256, ha, ad esempio, osservato che, nei procedimenti per pratiche commerciali scorrette, la stessa comunicazione di avvio del procedimento, ove in contrasto con il paradigma legale, potrebbe non comportare l'annullabilità del provvedimento sanzionatorio «conformemente alla previsione di cui al secondo periodo di cui al comma 2 dell'art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990, 241 - come introdotto ad opera dell'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15, a tenore del quale "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"». In sostanza, la stessa mancata adeguata instaurazione del contraddittorio procedimentale sarebbe irrilevante, ogniqualvolta «le ragioni in fatto e in diritto poste a fondamento dei provvedimenti sanzionatori impugnati» apparissero, nella valutazione giudiziale, condivisibili, fino a potersi dirsi «provato che il contenuto dispositivo dei provvedimenti sanzionatori non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello adottato neppure laddove le società appellanti fossero state poste fin dall'inizio di rappresentare nella sede procedimentale gli argomenti di doglianza trasfusi nei propri scritti difensivi».

In termini simili, con riguardo a sanzioni Consob, si erano espresse le sezioni unite della Cassazione nel 2009, seguite poi dalle sezioni semplici. In specie, secondo Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929: « In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dall'art. 195 d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58, che si svolge innanzi alla Commissione

Una specifica attenzione al profilo della tutela giurisdizionale pare però trovare giustificazione se non altro nella circostanza che, come si è tentato di mostrare, la tesi della pretesa non riconducibilità del potere sanzionatorio alla discrezionalità amministrativa sembra ricollegabile (se non esclusivamente, perlomeno anche) **alla volontà, da parte della giurisprudenza e della dottrina prevalenti, di giustificare la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni e i particolari poteri di "merito", ex art. 23, l. 689 del 1981, in capo al giudice ordinario.**

Ebbene, quanto al riparto di giurisdizione, in verità, il riconoscimento della discrezionalità amministrativa (almeno) sul *quantum* impone di concludere che giudice della potestà sanzionatoria (di cui si contesti la commisurazione) dovrebbe essere, se non altro di regola, **il giudice amministrativo**. Con il che, scelte del legislatore nel senso della riserva al giudice ordinario della giurisdizione in materia appaiono discutibili: per quanto si sia da tempo sostenuto in dottrina che ai sensi dell'art. 113, ult. co., Cost.¹⁷ gli interessi legittimi potrebbero essere devoluti in giurisdizione ordinaria, non sfugge come nella **sentenza 204 del 2004**, la Consulta abbia invece avuto modo di accennare al fatto che l'art. 103, co. 1, Cost. riserverebbe al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi, sicché la questione appare in realtà meritevole di approfondimenti¹⁸. A fronte, quindi, di una opzione poco chiara in punto di giurisdizione, dovrebbe prevalere il principio per cui il giudice amministrativo è, come notato nel 2006, «**giudice naturale** della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica»¹⁹, ossia, con un'espressione forse ancor più significativa, «giudice naturale della funzione amministrativa non paritetica»²⁰.

Insomma, ammettere che una discrezionalità amministrativa in senso proprio e pieno sia qui in questione **consente in effetti di superare la singolare visione per cui la funzione sanzionatoria sarebbe in qualche modo paritetica, e quindi di naturale spettanza del**

nazionale per la società e la borsa, non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immutabilità del suo contenuto. Tale disposizione, introdotta dall'art. 14 l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha carattere processuale, ed è pertanto applicabile con effetto retroattivo anche ai giudizi di opposizione in corso, ancorché promossi in epoca successiva alla sua emanazione». Da ultimo, riprende questo insegnamento in punto di sanzioni Consob, Cass., sez. II, 19 luglio 2011, n. 15849. Per ulteriori analisi e riflessioni critiche su questo filone giurisprudenziale della Cassazione, rimando a F. GOISIS, *Sanzioni*, cit. e a P. CERBO, *Giudice ordinario e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 741 ss., 763 ss..

¹⁷ In tale senso, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1978, 877-878, secondo cui appunto l'art. 113 Cost. legittimerebbe la devoluzione, in relazione alle sanzioni amministrative, della relativa cognizione al giudice ordinario, nonostante le posizioni coinvolte siano di interesse legittimo; nel senso della sussistenza di interessi legittimi anche A.M. SANDULLI, *Le sanzioni*, cit., spec. 239 ss.. Nel senso di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, altresì, seppur con qualche maggior dubbio di piena coerenza con l'art. 103 Cost., almeno alla luce degli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla l. 689 del 1981, sembrerebbe MARZUOLI, *op. cit.*, 138.

¹⁸ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204: « Si è detto della chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice: riconoscimento per il quale milita, oltre e più che l'apprezzamento, più volte espresso nell'Assemblea costituente, per l'indipendenza con la quale il Consiglio di Stato aveva operato durante il regime fascista, la circostanza che l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi – la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare.»

¹⁹ La definizione si ritrova in Corte cost., 11 maggio 2006, n. 196, e, identicamente, in Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

²⁰ Così si esprime, Cons. Stato, sez. IV, 30 agosto 2011, n. 4870.

giudice ordinario. Sembra vero il contrario: è proprio nelle sanzioni amministrative che, con particolare nettezza, si manifesta un potere amministrativo riduttivo della sfera giuridica del destinatario. Se il nostro sistema (art. 103 Cost.) vede, in via generale, riconosciuto un ruolo del tutto prevalente (se non esclusivo) al giudice amministrativo ove un simile potere sia in gioco, tale giudice dovrebbe coerentemente avere, almeno di norma, competenza anche in materia di sanzioni.

Quanto al **profilo della giustificazione sistematica dei poteri di riesame nel merito delle scelte amministrative sull'*an* e sul *quantum* della sanzione, occorre richiamare qui quanto già accennato in punto di evoluzione in corso nel diritto comunitario, sulla scia degli obblighi discendenti dall'art. 6 CEDU**: il giudice deve avere, come ormai chiaramente delineato anche in contributi dottrinali nazionali²¹, una c.d. *full jurisdiction* sull'*an* e sul *quantum* della sanzione. Proprio in materia penale, più che in quella civile, tale pretesa, come ricordato da ultimo nel 2012 nel caso *Steininger*, è particolarmente sentita²².

A seguito della sentenza *Menarini*, sta iniziando ad acquisirne consapevolezza anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea in relazione al sindacato sulle sanzioni *antitrust* della Commissione. Da ultimo, nelle pronunce 18 luglio 2013, n. 501, sul caso *Schindler Holding Ltd* e 24 ottobre 2013 sul caso *Kone*, i giudici comunitari di appello hanno preso atto che perché il giudice europeo goda di *full jurisdiction*, esso deve avere " *il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore. L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito*". Alla luce di tale premessa (si noti: la Commissione è organo inferiore, rispetto alla Corte, che su di essa esercita una funzione appellatoria e non meramente cassatoria) hanno tratto la conseguenza che " *competenza estesa al merito conferitagli dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003*", va intesa nel senso di conferire al giudice europeo il potere di " *sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta*". Anche laddove sia stabilita una giurisdizione di mera legittimità (come per il sindacato sull'ammissione a programmi di *leniency* o comunque per i profili diversi da quelli sull'*an* e sul *quantum* della sanzione una volta accertato l'illecito), il giudice " *non può*

²¹ M. ALLENA, *op. cit.*, spec. 101 ss.

²² Cfr. sul punto da ultimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, § 52, in cui espressamente si nota, in contrapposizione a vicende in cui erano in gioco poteri amministrativi incidenti su diritti civili, che « In the present case, however, the criminal head of Article 6 § 1 applies to the proceedings at issue and in its case-law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal sanctions imposed by administrative authorities ».

far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione - al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto"».

Orbene, come già notato dal giudice *Pinto De Albuquerque* nel caso *Menarini*²³, l'espressa introduzione di una giurisdizione di merito del giudice amministrativo sulle sanzioni ricadenti nella propria giurisdizione²⁴, può oggi in effetti consentire la realizzazione di una *full jurisdiction* sia sull'*an* che sul *quantum* della pretesa sanzionatoria. E ciò pur ove a questi ultimi siano ritenuti propriamente discrezionali.

Se questo è vero, uno studio, quale quello qui abbozzato, dei caratteri fondamentali della potestà sanzionatoria amministrativa anche alla luce delle prospettive che ci vengono dal diritto europeo e, in specie, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sembra suggerire, al di là di ogni altra considerazione, **la inutilità di una tradizionale impostazione che, attraverso la negazione di una discrezionalità in senso proprio nelle sanzioni, mirava a giustificare, sul piano sistematico, le scelte peculiari (quanto al sindacato sostitutivo sul *quantum*) del legislatore della depenalizzazione del 1981: l'art. 6 CEDU ci dice che proprio perché la potestà sanzionatoria è autoritativa, fino a ledere in modo particolarmente intrusivo, quale manifestazione sostanziale del diritto penale, la sfera giuridica del cittadino, essa esige (specie ove la parità delle parti non sia pienamente realizzata in sede procedimentale, come è la norma nei sistemi di diritto amministrativo) una riesame giudiziale del tutto pieno; solo così è dato realizzare, almeno *ex post*, il principio fondamentale *nulla poena sine iudicio*²⁵.**

Se è così, però, la strada da percorrere in vista di una miglior tutela giurisdizionale del cittadino nel rispetto dei canoni europei del giusto processo non pare quella del (difficile, in particolare nelle fattispecie di interesse comunitario) disconoscimento di ogni discrezionalità autoritativa nelle sanzioni amministrative pecuniarie. Sull'esempio dell'evoluzione in corso presso la Corte europea di giustizia a seguito della sentenza *Menarini* della Corte di Strasburgo, è necessario, piuttosto, realizzare la *full jurisdiction*.

Il giudice naturale della funzione amministrativa, ormai dotato di poteri di sindacato estesi al merito con riguardo a tutte le sanzioni amministrative ricadenti nella sua

²³ *Opinion dissidente*, § 12: «Une note optimiste pour terminer : l'interprétation « faible » des pouvoirs de contrôle des tribunaux administratifs sur les sanctions appliquées par les autorités administratives a été finalement supprimée par le nouveau code de procédure administrative, qui prévoit explicitement dans son article 134 alinéa c) la « juridiction étendue au fond » (*giurisdizione estesa al merito*) des tribunaux administratifs sur les sanctions administratives pécuniaires, y compris celles imposées par les autorités administratives indépendantes. Dès l'entrée en vigueur du nouveau code, les juges administratifs italiens pourront contrôler *in totum* les décisions d'application des sanctions administratives. Le législateur italien a reconnu l'erreur et s'est mis dans le droit chemin».

²⁴ Art. 134, co. 1, lett. c, che introduce una giurisdizione estesa al merito « nelle controversie aventi ad oggetto: c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti ».

giurisdizione (esclusiva come di legittimità) e quindi, in astratto, di poteri pienamente coerenti con il canone della *full jurisdiction*, pare allora candidato a realizzare un percorso di sostanziale rafforzamento delle garanzie giurisdizionali del cittadino. Ciò secondo principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e, come tali, fonti integratrici del parametro costituzionale di cui all'art. 117, co. 1, della Carta costituzionale²⁶.

²⁵ Principio già richiamato da M. A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol XXXII, Roma, 1994, 18, a fondamento della scelta, a giudizio della Studiosa compiuta dal legislatore della l. 689 del 1981, di consentire un diretto riesame della pretesa sanzionatoria in sede di opposizione al giudice civile.

²⁶ Cfr. ad es. Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303: « Sui rapporti tra l'art. 117, primo comma, Cost. e le norme della CEDU, nella ricostruzione ermeneutica della Corte europea dei diritti dell'uomo, questa Corte ha più volte ribadito i principi fissati con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, che devono intendersi in questa sede richiamati. Alla stregua di tali principi, qualora il contrasto tra la disciplina censurata e le norme della CEDU non possa essere risolto in via interpretativa, questa Corte deve accertare se le disposizioni interne in questione siano compatibili con quelle della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo ed assunte quali fonti integratrici dell'indicato parametro costituzionale e, nel contempo, verificare se le norme convenzionali interposte, sempre nell'interpretazione fornita dalla medesima Corte europea, non si pongano in conflitto con altre norme conferenti dell'ordinamento costituzionale italiano.».

Del resto, la CEDU è comunque destinata, grazie all'ingresso dell'Unione Europea nella Convenzione in conformità a quanto prescritto dall'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione Europea e previsto dall'art. 59 CEDU, ad acquisire (se non già in sostanza posseduto, *ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il quale, secondo Corte eur. giust., 8 dicembre 2011, in causa C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commissione europea*, punto 5, «...attua nel diritto dell'Unione la tutela sancita dall'art. 6, n. 1, della CEDU») il sicuro rango di norma comunitaria, con tutto ciò che ne conseguirà, nella materie di interesse comunitario, in punto di prevalenza sul diritto nazionale contrastante. Quantomeno in virtù della primazia del diritto comunitario, dunque, occorrerà prima o poi prendere sul serio le garanzie *ex art. 6 CEDU*. Sul tema, M. ALLENA, *op. cit.*, spec. 15 ss.