

FRANCESCO GOISIS

**Professore associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano
Of Counsel, Baker And McKenzie, Milano**

Testo della relazione per

***Dialoghi sul procedimento per pratiche commerciali scorrette, seminario di studio AIPPI
Roma, 17 novembre 2011
Università Europea di Roma***

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.

1. Introduzione; 2. La natura penale delle sanzioni amministrative pecuniarie, secondo la giurisprudenza CEDU; 3. La rilevanza anzitutto procedimentale dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 e la compensazione *ex post* in sede di *full jurisdiction*; 4. I limiti della compensazione *ex post* a fronte di sanzioni gravi: il principio di presunzione di innocenza; 5. Altre vie di contemperamento tra garanzie e buon andamento dell'azione amministrativa nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso *Jusilla* e la sua attinezza, però, alle sole *minor offences*; 6. Il contemperamento tra garanzie ed efficienze amministrative è strettamente legato al profilo della gravità della sanzione; 7. I limiti del procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette: imparzialità dell'autorità decidente, parità delle armi; diritto al contraddittorio; rilevanza dei vizi procedurali 8. Caratteri della tutela giurisdizionale: verso una vera *full jurisdiction*?; 9. Conclusioni

1. Negli ultimi anni, particolarmente vivace è stato il contenzioso in tema di sanzioni inflitte dalla Autorità garante per la concorrenza ed il mercato in relazione a pratiche commerciali scorrette. Tale circostanza rende lo studio di questo ambito di potestà sanzionatoria specialmente interessante. Ciò non solo per l'intrinseco rilievo quantitativo e qualitativo delle sanzioni in esame, ma anche perché l'analisi di questa particolare esperienza¹ consente di indagare, più in generale, la conformità

¹ Su di cui, essenzialmente, SIMONE, *Le istruttorie dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali*, in *Obbl. contr.*, 2011, 675 ss. e BONACCORSI DI PATTI, *Le pratiche commerciali scorrette: prime*

della normativa e della giurisprudenza in tema di potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione ai principi oggi ricostruibili nel nostro ordinamento in punto di esercizio dei diritti di difesa in sede procedimentale e poi processuale.

Analizzeremo quindi il fondamento, essenzialmente rinvenibile nella Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo (CEDU), dei principi in tema di giusto procedimento e poi di effettiva tutela giurisdizionale in materia sanzionatoria². Alla CEDU, come da interpretarsi alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, del resto, è ormai consolidatamente riconosciuto rango, in sostanza, sovraprimario. In specie, come chiarito dalla Consulta a partire dal 2007³, essa è norma interposta *ex art. 117, co. 1, Cost.*; la CEDU, poi, è comunque destinata, grazie all'ingresso dell'Unione Europea nella CEDU in conformità a quanto prescritto dall'art. 6, par. 2, del Trattato di Lisbona⁴ e previsto dall'art. 59 CEDU⁵, ad acquisire (se già non posseduto, *ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*⁶) il sicuro rango di norma comunitaria⁷, con tutto ciò che

note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, in *Dir. econ. ass.*, 2008, 651 ss.

² Riprendo così molti dei temi già sviluppati in GOISIS, *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 ss. e, prima ancora, con specifico riguardo alle sanzioni della Autorità a tutela del risparmio, in VILLATA-GOISIS, *Procedimenti per l'emanazione di provvedimenti individuali, in La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario, commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262, e ai provvedimenti attuativi*, a cura di DE ANGELIS e RONDINONE, Torino, 2008, 554 ss.

³ Il riferimento è alle note pronunce della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, nella quale ultima si legge che: «Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire quest'Ca Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione. In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU). Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale».

⁴ «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

⁵ Come modificato dal Protocollo 14 del 17 Marzo 2010.

⁶ In specie, a tale Carta l'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea riconosce oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ebbene, l'art. 47 della Carta codifica il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale:

ne conseguirà in punto di diritto applicabile a fattispecie che, come quelle oggetto di nostro interesse, hanno indubbio e diretto rilievo comunitario, in quanto frutto dell'attuazione di direttive comunitarie⁸; direttive che, per di più, già prescrivono il necessario rispetto dei diritti fondamentali (venticinquesimo considerando alla direttiva 2005/29/CE: «La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»), sicchè, anche alla luce dell'art. 47 della Carta europea dei diritti dell'uomo, si potrebbe invero già ipotizzare un rango comunitario delle garanzie dell'art. 6.

In particolare, parleremo della qualificazione sostanzialmente penalistica delle sanzioni amministrative pecuniarie, ossia di come le garanzie del giusto processo si siano estese dalla materia penale a quella amministrativa sanzionatoria; del rilievo anzitutto procedimentale (invece che giurisdizionale) dei principi del giusto processo in materia amministrativa e però della possibilità di compensare *ex post*, in via di *full jurisdiction*, le carenze procedimentali, seppur con limiti derivanti dal rispetto del principio di presunzione di innocenza. Ci soffermeremo, infine, sulle carenze del procedimento oggi previsto per la sanzione delle pratiche commerciali scorrette, e sui

«Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste dal presente articolo ». Il par. 2 dispone: «Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare». In base a quanto indicato nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 14 dicembre 2007 (2007/C 303/C), tale disposizione corrisponde a (e cioè offre garanzie analoghe a quelle de) l'art. 6, par. 1, CEDU, anche se ha un ambito di applicazione più ampio, visto che «nel diritto dell'Unione, il diritto a un giudice non si applica solo a controversie relative a diritti e obblighi di carattere civile ». Del resto, in termini più generali, a tutti i diritti e i principi della Carta europea dei diritti dell'uomo, l'art. 52, par. 3, dispone che, in caso di corrispondenza tra i diritti riconosciuti da tale Carta e quelli garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il significato e la portata dei primi «sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione»; infine, l'art. 53, prevede il divieto di interpretare le disposizioni della Carta dei diritti dell'Unione europea come limitative o lesive dei diritti dell'uomo quali riconosciuti dalla CEDU

⁷ I negoziati per la partecipazione diretta dell'Unione europea alla CEDU, da tempo avviati (maggio 2010), non sono al momento ancora conclusi. In ogni caso, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte europea di Giustizia, quando l'Unione europea partecipa direttamente a un Trattato internazionale esso diviene parte integrante dell'ordinamento comunitario e dunque è direttamente applicabile nell'ordinamento degli Stati membri (per esempio, Corte europea di Giustizia 8 marzo 2011, C-240/09, relativa all'efficacia giuridica della Convenzione di Aarhus, nella quale espressamente si afferma, al punto 30, che: «La convenzione di Aarhus è stata sottoscritta dalla Comunità e poi approvata con la decisione 2005/370. Ne consegue, secondo una giurisprudenza costante, che le sue disposizioni formano ormai parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v., in particolare, sentenze 10 gennaio 2006, causa C-344/04, Iata e Elfaa, Racc. pag. I-403, punto 36, e 30 maggio 2006, causa C-459/03, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-4635, punto 82) »).

⁸ Come noto gli articoli da 18 a 27 del Codice del consumo sono stati introdotti nella formulazione attuale dal comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, intitolato «Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004».

modi per conformarsi con maggior certezza ai principi CEDU, anche alla luce di certe evoluzioni del processo amministrativo.

2. Uno dei principali ostacoli al riconoscimento della rilevanza dell'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo è probabilmente da individuare nella circostanza che quest'ultimo tutela il giusto processo solo nella materia penale e civile. Con apparente esclusione, dunque, delle controversie pubblicistiche-amministrative.

La mancata menzione della materia amministrativa, in effetti, potrebbe corrispondere, almeno per quanto concerne la materia della determinazione dei diritti (per l'appunto definiti civili)⁹, ad una scelta consapevole degli stati firmatari, che ritenevano improprio estendere all'azione amministrativa dei pubblici poteri garanzie che si temeva potessero limitarne l'efficacia¹⁰.

La Corte, però, ha rivendicato il carattere di «living instrument» della Convenzione, la quale, dunque, deve essere interpretata in modo dinamico, in coerenza con l'evoluzione sociale¹¹.

Il concetto di illecito penale (così come di determinazione dei diritti civili), quindi, specie per evitare facili elusioni, ha acquisito carattere sostanzialistico ed autonomo rispetto a quello proprio dei vari ordinamenti nazionali.

Più nel dettaglio, quanto alla materia penale, come fin dal 1976 sostenuto dalla Corte di Strasburgo¹², con una giurisprudenza sostanzialmente consolidatasi nel 1984 con la nota pronuncia

⁹ Sul punto, alcune riflessioni sotto il profilo del diritto internazionale dei diritti umani già in NEWMAN, *Natural justice, Due Process and the New Interpretational Covenants on Human Rights: Prospectus*, in *Public Law*, 1967, 276 ss.

¹⁰ Ne dubitano però VAN DIJK, VAN HOOFF, VAN RIJN E ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, Antwerpen-Oxford, 514 ss., secondo cui i lavori preparatori della Convenzione non offrirebbero alcuna indicazione conclusiva sul punto.

È tuttavia indubbio che la stessa Commissione presso il Consiglio di Europa abbia, inizialmente, teorizzato l'esclusione della materia amministrativa dall'ambito di applicazione dell'art. 6 per scelta dei redattori della Convenzione.

Sul tema, MORRISSON, *The dynamics of development in the european human rights convention system*, The Hague, 1981, spec. 115 ss. e

¹¹ Sentenza 12 luglio 2001, caso 44759/98, *Ferrazzini v. Italy*, § 26: « The Convention is, however, a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions (see, among other authorities, *Johnston and Others v. Ireland*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, pp. 24-25, § 53), and it is incumbent on the Court to review whether, in the light of changed attitudes in society as to the legal protection that falls to be accorded to individuals in their relations with the State, the scope of Article 6 § 1 should not be extended to cover disputes between citizens and public authorities as to the lawfulness under domestic law of the tax authorities' decisions.».

¹² Ciò a partire dalla sentenza 8 giugno 1976, caso 5100/71, *Engel c. Olanda*, in partic. §§ 82 e 83. Cfr., in Italia PALIERO, 'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici della distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 774 ss; FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione*

dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione, Padova, 2001; CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI, Padova, 2001, 256 ss.; MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007, 227 ss.; GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it, che osserva, quanto alle sanzioni alternative nel rito degli appalti, che l'intestazione al giudice amministrativo di competenze sanzionatorie suscita perplessità perché « i poteri istruttori, cognitori e decisori, che tali sanzioni implicano, fuoriescono di molto dal ruolo tipico del giudice amministrativo e dalla configurazione che di esso è data anche a livello costituzionale».

Sul tema delle categorie sostanziali CEDU, altresì, FINOCCHIARO, *Nozione di «civil rights and obligations» ai fini dell'art. 6.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con particolare attenzione alle contestazioni sollevate da «civil servants»*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2001, 469 ss. e per delle riflessioni su alcuni profili del rilievo anche procedimentale della CEDU, COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. fir. pubbl. com.*, 2010, 1127 ss.

In generale, in Italia, sulla rilevanza della Convenzione per il diritto amministrativo e processuale amministrativo, GRECO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2000, 25 ss.

Ben maggiore è la consapevolezza del tema dell'ambito sostanziale di applicazione dell'art. 6 CEDU in altri ordinamenti europei, nonché in sede comunitaria.

Fra i tanti, VAN DIJK, *The interpretation of "civil rights and obligations" by the European Court of Human Rights – One more Step to Take*, in MATSCHER AND PETZOLD, *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Köln, 1990, 131 ss.; WAELBROECK- FOSSELARD, *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge? The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedure*, in *Yearbook of European Law*, 1994, 111 ss., 117 ss.; CRAIG, *'The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights'*, 2003, in *Public Law*, 753 ss.; FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Law Rev.*, 2003, 244 ss.; RODRÍGUEZ PONTÓN, *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Cizur Menor, 2005; ANDREANGELI, *Toward an EU Competition Court: "Article-6-Proofing" Antitrust Proceeding before the Commission?*, in *World Comp.*, 2007, 30, 595 ss.; WILLS, *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, in *World Comp.*, 2005, 117 ss.; KTIENNECKE, *Procedural errors in the administrative procedure, in Tradition and Change in Administrative Law, An Anglo-German Comparison*, Berlin-Heidelberg, 2007, 137 ss.; PROSSER, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il controllo giurisdizionale delle decisioni di regolazione nel Regno Unito*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di FERRARI, RAMAJOLI e SICA, Torino, 2006, 227 ss., in partic. 233 ss.; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceeding*, Oxford, 2005, spec. 14 ss.; JACOBS e WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, 192 ss.; WERNHARD MOSCHEL, *Fines in European competition law*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2011, 32(7), 369 ss.; WEISS, *Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2011, 32(4), 186 ss.

Una complessiva riflessione sui rapporti tra un'esperienza di diritto amministrativo continentale non molto diverso da quello italiano e obblighi discendenti dall'art. 6 CEDU e sulla relativa giurisprudenza del locale Consiglio di Stato è offerta da un consigliere di Stato belga, LEMMENS, *The impact of Article 6, § 1, of the European Convention on Human Rights on the proceedings before the Belgian Council of State, Report al XVII. Colloquium between the Councils of State and the Supreme Administrative Judicial Bodies of the EEC, The impact of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights on the procedures of the Supreme Administrative Courts and State Councils*, in <http://193.191.217.21/colloquia/2000/belgium.pdf>. La sintesi dei lavori dell'incontro con interessanti rilievi sul modo in cui nei vari ordinamenti ci si raporta alla CEDU è offerto da KOHLER, *General Report of XVII. Colloquium between the Councils of State and the Supreme Administrative Judicial Bodies of the EEC, The impact of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights on the procedures of the Supreme Administrative Courts and State Councils*, in http://www.juradmin.eu/colloquia/2000/gen_report_en.pdf.

Si noti poi, per dare un'idea del dibattito in sede comunitaria, che l'intero volume 7, issue 1, del 2011 della rivista *Competition Law Review* è dedicata alla questione dei rapporti tra potestà sanzionatoria della Commissione e l'art. 6 CEDU. In particolare, ivi si leggono i seguenti contributi: RILEY, *Due Process and Innovation in EU Competition Law: At the Gates of Reform?*, 1 ss.; SCORDAMAGLIA, *Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling Effective Enforcement and Adequate Protection of Procedural Guarantees*, 5 ss.;

Öztürk v. Germany,¹³ due sono i principali criteri sostanziali (tra loro alternativi) per la qualificazione di una sanzione come penale. In primo luogo, la natura della sanzione, ossia, in particolare, la sua retributività (in altri termini, il carattere punitivo e non risarcitorio) e la funzione preventiva (ossia di deterrente)¹⁴; in secondo luogo, la severità e, cioè, nel caso di sanzione pecuniaria, la significatività, del sacrificio economico imposto. La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell'ordinamento nazionale è, viceversa, vincolante solo in senso estensivo, ossia, nell'ambito di quella che è stata definita una *one-way autonomy*¹⁵, (solo)per affermare l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, ove anche non siano integrati tutti i requisiti affermati dai giudici di Strasburgo, epperò la sanzione sia di carattere penale nel proprio diritto di appartenenza.

In sostanza, la classificazione formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è in alcun modo dirimente per negare l'applicabilità delle garanzie convenzionali, bastando che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità. Per usare le parole dell'ultima pronuncia della Corte europea sul tema « The Court's established case-law sets out three criteria, commonly known as the "Engel criteria" (see *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, Series A no. 22), to be considered in determining whether or not there was a "criminal charge". The first

FLATTERY, *Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law: Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing*, 53 ss.; Al-Ameen, *Antitrust Fines – Seeking Justice*, 83 ss.; NOWAG, *Due Process: The Exchange of Information and Risk of Hindering Effective Cross-border in Competition Cases*, 105 ss.; ZINGALES, *The Hearing Officer in EU Competition Law Proceedings: Ensuring Full Respect for the Right to Be Heard?* 129 ss.; HAKOPIAN, *Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A possibility after Lisbon?*, 157 ss.

Particolarmente inteso il dibattito in Francia, ordinamento che, come vedremo, alla luce della CEDU, ha innovato significativamente la propria organizzazione amministrativa, con riguardo alle autorità sanzionatorie.

Fra gli altri, FERRARI-BREEUR, *La Contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration*, in *RFDA*, 2001, 33 ss.; AUTIN, *Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative*, in *Rapport public CE pour 2001, Les autorités administratives indépendantes*, in *EDCE*, 52, 389 ss.; BONICHOT, *Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJDA*, 2001, numéro spécial, 73 ss.; BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. À propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation*, in *AJDA*, 1999, 847 ss.; COLLET, *Autorités de régulation et procès équitable*, in *AJDA*, 2007, 80 ss.; COSTA, *L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-jurisdiction ? pseudo-jurisdiction?*, in *RFDA*, 2005, 1174 ss.; DUFOUR, *La commission des sanctions de l'AMF joue la transparence*, in *Les Petites Affiches*, 2008, n° 216, 3 ss.; GLATT, *Contentieux administratif et convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Les Petites Affiches*, 2006, n° 237, 15 ss.; THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, Paris, 2003, in specie 519 ss.

¹³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 febbraio 1984, caso 8544/79, *Öztürk v. Germany*, § 49: «By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authorities are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions - which are numerous but of minor importance - of road traffic rules ».

¹⁴ La sanzione non deve però riguardare solo gli appartenenti a determinati ordinamenti, acquistando, altrimenti, natura «disciplinare».

¹⁵ Così si esprimono, VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN E ZWAAK, *op. cit.*, 543.

criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. The second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative...»¹⁶.

Questi criteri portano, senza incertezze, ad attrarre nell'orbita penalistica (almeno) le sanzioni amministrative pecuniarie, quali disciplinate in Italia dalla l. 689 del 1981, o da altre normative che a tale modello sanzionatorio si ispirino.

Tale lettura, del resto, ha ormai ricevuto sicura conferma.

Invero, la Corte europea di Strasburgo, pronunciandosi nel 1999, nel caso *Varuzza c. Italia*, non ha mostrato alcun incertezza nel qualificare quale di natura penale una banale sanzione amministrativa pecuniaria per eccesso di velocità, dall'ammontare di 62.000 lire¹⁷. Successivamente, la natura penale del sistema sanzionatorio di cui alla legge italiana sulla depenalizzazione è stata ribadita dalla Corte europea nel 2006: questa volta in relazione ad una sanzione pecuniaria per violazioni di vincoli paesaggistici¹⁸. Infine, da ultimo, e per quel che più ci interessa, la Corte ha qualificato come penale una sanzione dell'AGCM per intesa restrittiva¹⁹. A fronte degli argomenti del governo italiano che miravano a sostenere una natura amministrativa (invece che penale) delle sanzioni, in quanto, assieme ad alcuni profili formalistici (la natura puramente amministrativa dell'AGCM e dei suoi procedimenti secondo il diritto nazionale), in tesi, finalizzate più a tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza che a imporre una pena²⁰, i giudici di

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 ottobre 2011, caso 53785/09, *Tomasovic v. Croatia*, § 20.

¹⁷ Trattasi della pronuncia 9 novembre 1999, caso 35260/97, in cui la Corte si limita a ricordare (così dimostrando la sua assoluta convinzione sul tema) che «The Court recalls that the offence at issue is a “criminal” one within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention (see the *Öztürk v. Germany* judgment of 21 February 1984, Series A no. 73, p.21, § 53). The applicant was thus in principle entitled to have a court determine the charge against him.».

¹⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 marzo 2006, caso 70074/01, *Valico srl v. Italy*. Nella sentenza si osserva, in particolare, che la sanzione « does not seek to afford pecuniary reparation for damage but essentially to inflict punishment in order to prevent the repetition of breaches of the building conditions laid down by the Regional Authority ». Ne consegue che « the penalty was therefore both deterrent and punitive, the latter being the characteristic that ordinarily serves to distinguish criminal penalties ».

¹⁹ Sentenza 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini c. Italia*.

²⁰ « Quant aux premier des trois critères de la jurisprudence *Engel et autres c. Pays-Bas*, (8 juin 1976, série A n° 22), le Gouvernement affirme tout d'abord que les décisions de l'AGCM au niveau national sont classées parmi les « sanctions administratives » et non parmi les « sanctions pénales ». De plus, les comportements anticoncurrentiels sont sanctionnés non pas sur le fondement du droit pénal, mais sur celui de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales. 30. Quant au deuxième critère le Gouvernement observe que le but poursuivi par la loi n° 287 du 10 octobre 1990 est de préserver la libre concurrence sur le marché. Il rappelle que cette loi ne s'applique pas aux entreprises qui gèrent des services d'intérêt économique général ou exercent une activité en régime de monopole sur le marché. Elle n'affecte donc pas les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal. En outre, le Gouvernement rappelle que les règles procédurales prévues par ladite loi sont différentes des règles pénales. 31. Quant au troisième critère, concernant la nature et le degré de sévérité de la « sanction », le

Strasburgo hanno avuto buon gioco a notare che, premessa l'irrilevanza delle categorie interne per escludere la natura penale di una sanzione, i provvedimenti AGCM avevano in realtà proprio finalità repressive e preventive, nonché, comunque, un evidente carattere di gravità: «l'AGCM a prononcé en l'espèce une sanction pécuniaire de six millions d'euros, sanction qui présentait un caractère répressif puisqu'elle visait à sanctionner une irrégularité, et préventif, le but poursuivi étant de dissuader la société intéressée de recommencer.»²¹. Né la loro preordinazione a tutelare un interesse pubblico contrastava in alcun modo con il carattere penalistico, visto che, come noto, anche le sanzioni penali mirano a garantire interessi generali²².

È interessante notare come questa natura sostanzialmente penalistica delle sanzioni amministrative pecuniarie, seppure in genere del tutto ignorata dalla giurisprudenza sia civile che amministrativa, sia invece ben nota non solo alla Corte di giustizia dell'Unione Europea²³, ma,

Gouvernement soutient que le but principal de la mesure est d'empêcher la poursuite d'une activité particulière en violation de la concurrence et que l'application de la sanction est seulement éventuelle. Par ces raisons, le Gouvernement fait valoir que l'effet dissuasif de la sanction coexiste avec un effet réparateur. Quant à la gravité de la sanction, le Gouvernement est d'avis que celui-ci doit être proportionnel au poids économique de la société requérante, une entreprise multinationale, avec une grande envergure économique. 32. Selon le Gouvernement l'affaire *Société Stenuit c. France* (rapport de la Commission du 30 mai 1991, série A n° 232-A) n'est pas applicable au cas d'espèce. Il rappelle que dans plusieurs affaires contre la Russie (*OOO Neste St. Petersburg, ZAO Kirishiyavtoservice, OOO Nevskaya Toplivnaya, ZAO Transservice, OOO Faeton, OOO PTK-Service c. Russie*, n°s 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01, 69058/01, décision du 3 juin 2004) la Cour a estimé que l'article 6 ne s'appliquait pas.».

²¹ § 41.

²² §40 : «Quant à la nature de l'infraction, il apparaît que les dispositions dont la violation a été reprochée à la société requérante visaient à préserver la libre concurrence sur le marché. La Cour rappelle que l'AGCM, autorité administrative indépendante, a comme but d'exercer une surveillance sur les accords restrictifs de la concurrence ainsi que sur les abus de position dominante. Elle affecte donc les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal (*Stenuit c. France*, précité, § 62). En outre, il convient de noter que l'amende infligée visait pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés. On peut dès lors en conclure que l'amende infligée était fondée sè sur des normes poursuivant un but à la fois préventif et répressif (*mutatis mutandis, Jussila*, précité, § 38).»

²³ Al di là dell'ampia giurisprudenza in tema di sanzioni *antitrust* della Commissione, cfr. Corte eur. giust., 23 dicembre 2009, in causa C-45/08, *Spector Photo Group NV*, relativa a due sanzioni amministrative inflitte dalla *Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)* belga a un società ed un cittadino belgi, la Corte ha esattamente riconosciuto che le sanzioni previste dai vari ordinamenti nazionali per punire l'abuso di informazioni privilegiate sono, indipendentemente dalla loro qualificazione formale, comunque di natura penale ai sensi della CEDU, e così, pienamente sottoposte al principio di presunzione di innocenza: «È vero che l'art. 14, n. 1, della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali nei confronti degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad affermare che tali Stati sono tenuti a garantire che «possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione di [tale] direttiva», essendo gli Stati membri, inoltre, tenuti a garantire che queste misure siano «efficaci, proporzionate e dissuasive» ». Tuttavia, in una prospettiva CEDU, il regime di tali sanzioni non può essere inciso dalle particolari scelte nazionali sulla forma della potestà punitiva: «considerata la natura delle violazioni di cui trattasi, nonché dato il grado di severità delle sanzioni che esse possono comportare, siffatte sanzioni, ai fini dell'applicazione della CEDU, possono essere qualificate come sanzioni penali (v., per analogia, sentenza 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls/Commissione*, Racc. pag. I-4287, punto 150, nonché sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 8 giugno 1976, *Engel* e altri c. Paesi Bassi, serie A n. 22, par. 82; 21 febbraio 1984, *Öztürk* c. Germania, serie A n. 73, par. 53, e 25 agosto 1987, *Lutz* c. Germania, serie A n. 123, par. 54)». Detto

altresì, alla nostra Consulta. Essa, con una sentenza del 2010²⁴, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge in tema di confisca amministrativa di veicoli utilizzati da guidatori in stato di ebbrezza per violazione dell'art. 7 CEDU (principio di legalità in materia penale), quale norma interposta *ex art.* 117, co. 1, Cost., ha osservato, infatti, che «Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto ». Nella pronuncia, del resto, si legge un esplicito riferimento proprio alla legge sulla depenalizzazione²⁵.

Si può dunque con senz'altro concludere che, alla luce di questo consolidato insegnamento giurisprudenziale europeo ormai recepito anche dalla nostra Corte costituzionale, le sanzioni amministrative avverso pratiche commerciali scorrette rientrano, secondo le categorie CEDU, nel campo penalistico.

3. Un'altra ragione per cui, tradizionalmente, si è negata la rilevanza della Convenzione, con specifico riferimento alle garanzie procedurali, è la circostanza per cui l'articolo si riferisce alla materia processuale. Si è pensato così che il procedimento sanzionatorio (prima della fase giudiziale di opposizione) fosse, per ciò solo, estraneo al campo di applicazione dell'art. 6. In altri termini, l'art. 6 è stato visto come norma, unicamente, sul giusto processo, ossia con un ambito di applicazione non dissimile da quello dei principi costituzionali interni in tema di diritto di azione e giusto processo.

Per esempio, proprio con riguardo a sanzioni per pratiche commerciali scorrette, il Consiglio di Stato ha da ultimo espressamente negato ogni rilievo ai principi costituzionali in tema di diritto di difesa in relazione a pretese carenze nel contraddittorio procedimentale, in quanto «le norme

carattere penale implica il doveroso rispetto dell'art. 6 CEDU, *sub specie* di presunzione di innocenza: «Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ogni sistema giuridico contempla presunzioni di fatto o di diritto e la CEDU certamente non vi pone ostacolo in linea di principio, ma, in materia penale, essa obbliga gli Stati contraenti a non oltrepassare al riguardo una determinata soglia. Pertanto, il principio della presunzione d'innocenza sancito all'art. 6, n. 2, della CEDU non si disinteressa delle presunzioni di fatto o di diritto che si riscontrano nelle leggi penali. Esso ordina agli Stati di contenerle in limiti ragionevoli che tengano conto della gravità dell'offesa e che rispettino i diritti della difesa (v. sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia, serie A n. 141-A, par. 28, e 25 settembre 1992, Pham Hoang c. Francia, serie A n. 243, par. 33).».

²⁴ 4 giugno 2010, n. 196.

²⁵ «A ciò è da aggiungere che anche la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati – recata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) – ha stabilito che “Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione” (art. 1, primo comma), dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema».

costituzionali (articoli 24 e 111 Cost.) di cui si assume la violazione» sarebbero richiamate «in modo inconferente, atteso che nel caso di specie si fa questione della legittimità di un procedimento amministrativo di carattere sanzionatorio, mentre le norme di cui si assume la violazione attengono la ben diversa materia della tutela in sede giurisdizionale dei diritti»²⁶.

Tuttavia, che l'art. 6 riguardi la sola funzione giurisdizionale è vero in linea di principio, ma non nel nostro caso. Anzi, potremmo persino dire che tale affermazione vada, con riguardo all'esercizio della funzione amministrativa, ribaltata.

Veniamo qui ad un profilo fondamentale di tutto il nostro discorso e probabilmente anche all'aspetto più innovativo rispetto all'esperienza nazionale della giurisprudenza CEDU.

Invero, nella visione CEDU, anche il concetto di tribunale è autonomo, e può essere soddisfatto da un'autorità, secondo il diritto interno, amministrativa. Anzi, occorre dire con tutta chiarezza (specie a fronte di incertezze ancora presenti negli interpreti²⁷) che il concetto convenzionale di tribunale è, in materia penale come del resto civile, in buona sostanza meramente funzionale. Ciò che conta, per esigere il rispetto delle garanzie del giusto processo (salva poi la possibilità, a certe condizioni, di una correzione *ex post*), non sono profili organizzatori ovvero il modo di esercizio del potere (cioè la indipendenza ed imparzialità dell'autorità) ma la sola circostanza che un dato organo pubblico eserciti determinati poteri: nel nostro caso, quelli di inflizione di sanzioni sostanzialmente penali. Poi è ovvio che la CEDU esige anche la indipendenza e l'imparzialità. Ma sarebbe paradossale pensare che ove un organo sia palesemente privo di questi caratteri perché schiettamente amministrativo, ciò lo affranchi dalle garanzie convenzionali.

Peraltro, per la soddisfazione delle garanzie convenzionali in relazione a sanzioni amministrative la giurisprudenza CEDU ha mostrato fin da subito un significativo livello di flessibilità.

In particolare, la CEDU non si oppone in modo assoluto al fenomeno, non solo italiano, del crescente ricorso alla sanzione amministrativa pecuniaria, al posto di quella, secondo le categorie nazionali, penale. Pretende, tuttavia, che tale scelta sia circoscritta, almeno in linea di principio, alle «minor offences», ossia agli illeciti e quindi sanzioni meno gravi e, poi, soprattutto, che, alla fase

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4392.

Per una simile impostazione quanto alle sanzioni CONSOB, RODORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, 981 ss.

Una maggior consapevolezza della portata degli obblighi CEDU, invece, si nota in TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1227 ss.

²⁷ MIRATE, *op. cit.*, 468 ss.

amministrativa (in genere inadeguata ad assicurare un effettivo giusto processo) segua una fase giudiziale di c.d. piena giurisdizione (*full jurisdiction*). Ossia un giusto processo in linea di principio senza riserve investente, sia in fatto sia in diritto, il merito della pretesa punitiva, con potere di piena sostituzione rispetto alla decisione amministrativa. Ciò al fine di garantire (seppure *ex post*), in via correttiva (rispetto ad un procedimento amministrativo in ipotesi non pienamente soddisfattivo delle garanzie convenzionali), completa soddisfazione al diritto di difesa: «Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6»²⁸.

Quindi potremmo dire che la regola dovrebbe essere quella della soddisfazione fin da subito, nel procedimento, delle garanzie del giusto processo. Ove ciò non sia possibile, nei limiti delle *minor offences*, sembrerebbe possibile anche una soddisfazione *ex post*, in sede giurisdizionale, purché di *full jurisdiction* davvero si tratti.

4. Il rilievo dell'art. 6 nella fase procedimentale non deriva dunque solamente dalla ovvia circostanza che la sanzione viene, in effetti, inflitta a conclusione del procedimento sanzionatorio e quindi le garanzie difensive dovrebbero, in una prospettiva ideale, ritrovarsi proprio in questa fase (in cui, come spiegato, si è comunque di fronte ad un tribunale, in senso funzionale).

Il problema – tipico della materia penale - è anche quello del carattere minore dell'illecito (e quindi della sanzione) che dovrebbe circoscrivere, secondo quanto, come si è visto, fin dal 1984 chiarito dalla Corte di Strasburgo, il fenomeno della depenalizzazione, ossia della inflizione in via amministrativa di sanzioni di natura penale²⁹.

In particolare, tale limite sembra, come successivamente emerso nella giurisprudenza di Strasburgo, da spiegare con esigenze di rispetto del principio della presunzione di innocenza: esso rischierebbe di risultare compromesso, laddove taluno fosse costretto, in attesa di una decisione che ne accerti la colpevolezza a seguito di un giusto processo, a farsi carico di una (pesante) sanzione immediatamente esecutiva, con il rischio di subire subito un perturbamento, un'afflizione, spesso irrimediabili, anche laddove poi la sanzione venga annullata o ridotta in sede giudiziale. Così, in

²⁸ Sentenza 21 febbraio 1984, caso 8544/79, *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, cit., § 56.

tema di sanzioni tributarie (ritenute di natura penale), i giudici di Strasburgo hanno ripetutamente notato come: «A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny».³⁰ Nel 2008, poi, sempre alla luce del principio di presunzione di innocenza, la Corte europea ha ricordato che «Restraints is thus called for when enforcement measures are decided and implemented and the consequences of early enforcement are to be taken into account when a request for stay of execution is examined»³¹, mentre nel 2009 ha ribadito che «an enforcement of tax surcharges prior to a court determination of the liability to pay the taxes and surcharges in question should be confined within reasonable limits that strike a fair balance between the interests involved»³².

La questione è controversa e non ancora ben chiarita nella stessa giurisprudenza CEDU.

Certo è che la scelta legislativa di affidare ad un procedimento amministrativo (invece che ad un giudice) l'imposizione di sanzioni amministrative di significativa gravità è senza dubbio conforme agli obblighi CEDU, allorché e a condizione che lo stesso procedimento amministrativo risulti rispettoso delle garanzie del giusto processo: in tal caso, infatti, il diritto ad essere giudicati da un tribunale imparziale, operante secondo i principi della parità delle armi e del contraddittorio trova soddisfazione (almeno in massima parte) già nella fase procedimentale, senza alcun rischio che la pena sia subita prima che le garanzie del giusto processo vengano offerte.

5. L'opportunità di distinguere con chiarezza tra sanzioni minori e sanzioni più gravi, per queste ultime realizzando il più possibile le garanzie difensive già in sede procedimentale, trova ulteriore conferma in una più recente giurisprudenza CEDU. In particolare, nel caso *Jussila v. Finland* del 2006, la Corte di Strasburgo ha osservato che non sempre l'udienza pubblica ove controinterrogare i testi di accusa (in specie un ispettore fiscale) deve ritenersi necessaria. Difatti, per le *minor offences*, non comportanti alcun «significant degree of stigma» e quindi non appartenenti al c.d. *hard core* del diritto penale (come nel caso in questione, una sanzione tributaria

²⁹ Osserva peraltro WERNHARD MOSCHEL, *op. cit.*, 373, che, in Germania, la necessaria inflizione di sanzioni gravi da parte dell'Autorità giudiziale (e non amministrativa) costituisce principio costituzionale.

³⁰ Così nelle sentenze 23 luglio 2002, caso n. 3461/97, *Janosevic c. Svezia*, §. 108 e 23 luglio 2002, *Vastberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia*, caso n. 36985/97, §. 120.

Si veda peraltro le *Opinion* dei giudici *Thomassen* e *Casadevall*, che ritengono troppo morbida la posizione della Corte, preferendo una chiara statuizione nel senso dell'incompatibilità del meccanismo dell'immediata esecuzione con la presunzione di innocenza.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 giugno 2008, caso 44298/02, *Synnelius v. Sweden*, § 1.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 gennaio 2009, caso 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, § 50.

di modesta entità, ossia pari a circa 300,00 euro, per di più non convertibile, ove non pagata, in pena detentiva), le garanzie dell'art. 6 non debbono necessariamente operare tutte, cumulativamente, ma, sembra di capire, solo in quanto realmente funzionali alla garanzia dell'incolpato³³.

Un simile orientamento, poi seguito da almeno altre tre sentenze³⁴, si espone a intuitive obiezioni. Anzitutto, come rileva la *dissenting opinion* di due giudici del collegio, è perlomeno

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 2006, caso 73053/01, *Jussila v. Finland*, § 43: «Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly "criminal charges" of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a "criminal charge" by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (Öztürk, cited above), prison disciplinary proceedings (Campbell and Fell v. the United Kingdom, 28 June 1984, Series A no. 80), customs law (Salabiaku v. France, 7 October 1988, Series A no. 141-A), competition law (Société Stenuit v. France, 27 February 1992, Series A no. 232-A), and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (Guisset v. France, no. 33933/96, ECHR 2000-IX). Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see Bendenoun and Janosevic, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body, and, a contrario, Findlay, cited above) ».

Su tale giurisprudenza, cfr. GREGGI, *The Protection of Human Rights and the Right to a Fair Tax Trial in the Light of the Jussila Case*, in *Intertax*, 2005, 35, 610 ss.

³⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 novembre 2010, caso 17604/05, *Goldmann and Szénászky v. Hungary*, riguardante un caso di pena detentiva, nella quale la sentenza *Jussila* è richiamata a contrario: «The Court is however convinced that the present application does not concern the exception set out in the case of Fejde and that the general rule obliging the second-instance courts to hold a hearing must be applied. This consideration holds true even for the retrial in question, since the merits of the case were again embarked on and new evidence was being taken. The Court takes this view notably because the charges against the applicants – aggravated embezzlement – indisputably belong to the hard core of criminal law. Furthermore, what was at stake for the applicants was imprisonment, and they were actually sentenced to a suspended prison term, which obviously carried a significant degree of stigma (see, a contrario, *Jussila v. Finland* [GC], § 43, ECHR 2006-XIII) » (§ 20).

Cfr., inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 Maggio 2011, caso 57655/08, *Suhadolc v. Slovenia*, ove si nega di nuovo la necessità di un'udienza pubblica nella quale controinterrogare i testi dell'accusa sulla base di due argomenti: il carattere minore della sanzione (eccesso di velocità con applicazione di un'ammenda di circa 400,00 Euro), nonché il carattere automatico dell'accertamento della violazione (avvenuto tramite autovelox) che avrebbe reso concretamente inutile effettuare l'interrogatorio: « While the requirements of a fair hearing are strictest concerning the hard core of criminal law, the guarantees of the limb of Article 6 applying to criminal law do not necessarily apply with their full stringency to other categories of cases falling under that head and which do not carry any significant degree of stigma. The Court therefore accepted that an oral hearing may not be required in all cases in the criminal sphere (ibid., § 43). Drawing a parallel with its approach in civil cases, the Court considered that the character of the circumstances which may justify dispensing with an oral hearing essentially comes down to the nature of the issues to be dealt with by the competent court – in particular, whether these raise any question of fact or law which could not be adequately resolved on the basis of the case file. An oral hearing may not be required where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate an oral presentation of evidence or cross-examination of witnesses and where the accused was given an adequate opportunity to put forward his case in writing and to challenge the evidence against him (see *Jussila*, cited above, §§ 41-2, 47-48, and, mutatis mutandis, *Helmers v. Sweden*, 29 October 1991, § 32, Series A no. 212-A). In this connection, it is legitimate for the national authorities to have regard to the demands of efficiency and economy (*Jussila*, cited above, § 42). Aside from the nature of the issues before the competent national court, the Court has attached importance to domestic regulations concerning the right to an oral hearing. Problems under Article 6 have arisen in a situation where the absence of an oral hearing flows from domestic law itself or is the result of a direct and automatic application of some of its provisions (see, for example, *Karahanoğlu v. Turkey*, no. 74341/01, §§ 36-9,

problematico, se non impossibile, distinguere con certezza tra ciò che ricade nell'*hard core* della materia penalistica e ciò che, invece, ne è estraneo³⁵.

In secondo luogo, non è chiaro se tutte le garanzie possano essere pretermesse, ovvero solo alcune, e soprattutto, quali tra quelle di cui all'art. 6. Ad oggi, in base alla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, si può soltanto dire che esclusivamente l'udienza pubblica e il diritto di controinterrogare i testi di accusa possano rientrare con relativa sicurezza tra le garanzie sacrificabili.

Peraltro, la Corte sembra aver altresì precisato, nei suoi due ultimi interventi del 2011, che perché le garanzie siano rinunciabili non basta che la sanzione sia mite. Occorre altresì che il controinterrogatorio dei testi appaia concretamente inutile. In altri termini, ove anche l'illecito sia del tutto minore, il diritto a controinterrogare permane, a fronte di fatti incerti. È il caso di elementi costitutivi dell'illecito amministrativo meramente verbalizzati da funzionari di polizia, invece che accertati automaticamente tramite autovelox o alcoltest³⁶.

3 October 2006; *Súsanna Rós Westlund v. Iceland*, no. 42628/04, § 40, 6 December 2007; and *Hüseyin Turan v. Turkey*, no. 11529/02, §§ 34-5, 4 March 2008). Furthermore, when accepting that a hearing has not been necessary in the circumstances of a particular case, the Court has also had regard to the minor sum at stake or the minor character of the offence (*Jussila*, cited above, § 48; see also, *mutatis mutandis*, *Kammerer v. Austria*, no. 32435/06, §§ 28-9, 12 May 2010; and *Fejde v. Sweden*, 29 October 1991, § 33, Series A no. 212-C 33). Finally, the Court has acknowledged that, having regard to the above considerations, they do not mean that a refusal to hold an oral hearing might be justified only in rare cases (*Jussila*, cited above, § 42) » e Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 settembre 2011, caso 3127/09, *Flisar v. Slovenia*, § 35: « The Court has accepted such exceptional circumstances in cases not belonging to the traditional categories of criminal law, such as tax-surcharge proceedings (see *Jussila*, cited above) and proceedings concerning traffic offences such as speeding and driving under the influence of alcohol (see *Suhadolc*, cited above), where issues at stake were of a rather technical nature. In finding that the hearing was unnecessary the Court had regard to the fact that there had been no issues of credibility or contested facts which had necessitated an oral presentation of evidence or cross-examination of witnesses and that the accused had been given an adequate opportunity to put forward his case in writing and to challenge the evidence against him (see *Jussila*, cited above, §§ 41-42 and 47-48, and *Andrija Oy and Kari Karanko v. Finland* (dec.), no. 61557/00, 13 March 2007).»

³⁵ « I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the “hard core of criminal law” and others which fall outside that category. Where does one draw the line? In which category does one place those offences which on their face value do not appear severe, but if committed by a recidivist may lead to serious sanctions? ». Nella *Partly Dissenting Opinion of Judge Loucaides joined by Judges Zupančič and Spielmann*, ulteriormente si osserva che « I believe that the guarantees for a fair trial envisaged by Article 6 of the Convention apply to all criminal offences. Their application does not and cannot depend on whether the relevant offence is considered as being in “the hard core of the criminal law” or whether “it carries any significant stigma”. For the persons concerned, whom this provision of the Convention seeks to protect, all cases have their importance. No person accused of any criminal offence should be deprived of the possibility of examining witnesses against him or of any other of the safeguards attached to an oral hearing. Moreover, to accept such distinctions would open the way to abuse and arbitrariness »

³⁶ Ciò emerge con nettezza nella contrapposizione che la Corte europea introduce, nella sua pronuncia 29 settembre 2011, caso 3127/09, *Flisar v. Slovenia*, cit., § 38, tra la utilità della udienza in questa vicenda e, rispettivamente, la sua inutilità nel caso *Suhadolc* citato: «As regards the nature of the issues that were to be decided by the local court in the present case, the Court notes that unlike the case of *Suhadolc*, which concerned evidence obtained by means of an objective method, namely the use of a speed measuring device and an alcohol test, the present case

In ogni caso, una cosa è certa: questa linea giurisprudenziale trova una sua, dichiarata, spiegazione nella oggettiva mitezza delle sanzioni in questione. Sarebbe dunque sbagliato pensare (come sembra talvolta farsi a livello comunitario, in relazione alle sanzioni *antitrust*³⁷) che tutte le sanzioni formalmente amministrative siano, in quanto tali, da ritenere estranee all'*hard core of criminal law*, e quindi sottoposte in modo (non si sa bene quanto) “minore” alle tutele dell’art. 6 CEDU. Invero, una tale lettura, in singolare contrasto con l’impostazione sostanzialistica della Corte di Strasburgo, non rifletterebbe affatto l’obiettivo distanza che vi è, nella realtà, tra sanzioni amministrative minori e sanzioni maggiori; queste ultime talvolta anche ben più temibili, sul piano del *malum* che infliggono, rispetto a sanzioni penali.

6. Volendo adesso fornire una sintesi delle posizioni emergenti in sede convenzionale europea, potremmo dire che la nozione di sanzione penale è antielusiva e, per tale ragione, sostanzialistica.

Allo stesso modo, non è *tribunal* solo l’autorità che è tale in senso formale/organizzatorio o funzionale (nel senso di agire nell’ambito di un procedimento giurisdizionale, con le relative, minime, garanzie): lo è qualunque organo statale che eserciti il potere di inflizione di sanzioni

concerns an offence of alleged violent and aggressive behaviour which was personally observed by the police officers. These observations by the officers were the sole basis of the applicant’s conviction. The Court also notes that the entire summary procedure under the MOA was conducted by the officers at the time of the offence. Subsequently, the applicant received a payment order, which is equivalent to a conviction, with a very brief statement of facts. No written exchange of arguments was conducted before the case was brought to the local court, or later in the proceedings. The local court upheld the police’s decision on the basis of the file forwarded by the police, which contained the payment order, the statement of facts and the applicant’s request for judicial review (see paragraph 10 above).»

³⁷ Si pensi solo alla conclusione dell’Avvocato generale Mengozzi presentate il 17 febbraio 2011, in causa C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA contro Commissione europea*, ove, alla luce del corretto riconoscimento della natura penale delle sanzioni *antitrust* comunitarie, nel ricercare una linea di convergenza con l’art. 6 CEDU, essenzialmente basata sulla sentenza *Jussila* (ossia sulla distinzione tra *core of criminal law* e sua periferia) e, poi, sul concetto di piena giurisdizione, si osserva che: « Come più volte sottolineato dalla Commissione nelle sue memorie, nella sentenza *Jussila*, resa dalla *Grande Chambre*, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha confermato quanto in parte già desumibile da alcuni precedenti, vale a dire che, nell’ambito delle procedure che conducono all’applicazione di sanzioni da considerarsi come penali in base all’art. 6 CEDU, una distinzione può essere tracciata tra le procedure (e sanzioni) che rientrano nel cosiddetto “nocciolo duro” del diritto penale e quelle che invece si collocano al di fuori dello stesso ».

Sulla rilevanza dell’art. 6 CEDU in materia sanzionatoria della Commissione, particolarmente chiare, tra le tante, le pronunce del Tribunale di primo grado 3 marzo 2011, in causa T-110/07, *Siemens AG c. Commissione europea*: «il principio della presunzione di innocenza, quale risulta in particolare dall’art. 6, n. 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950...fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, peraltro riaffermata dall’art. 6, n. 2, TUE, costituiscono principi generali del diritto comunitario». È proprio dai caratteri intrinseci della potestà sanzionatoria della Commissione che si deriva la soggezione a tale principio: «Considerata la natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse, il principio della presunzione d’innocenza si applica in particolare alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende».

penali, in qualsivoglia forma. Naturalmente, poi, in quanto *Tribunal*, dovrà adeguarsi ai caratteri di indipendenza e imparzialità propri della funzione giurisdizionale.

Dunque, quanto all'Italia, sono senza dubbio penalistiche e soggette fin dalla fase procedimentale alle garanzie dell'art. 6 CEDU le sanzioni inflitte nel contesto del sistema sanzionatorio disciplinato (in tutto o in parte) dalla legge 689 del 1981; tra queste, le sanzioni qui in questione e le altre dell'AGCM.

In linea di principio, trovano quindi applicazione tutte le garanzie dell'art. 6 CEDU in punto di giusto processo penale. Tra esse, la presunzione di innocenza, la parità delle armi, il diritto all'udienza pubblica in cui anche controinterrogare i testi a carico, il pieno accesso alle prove d'accusa e ad essere messo in condizioni di difendersi con piena cognizione di causa, nell'ambito di un *adversarial procedure*, ossia di un procedimento davvero in contraddittorio.

Proprio perché la nozione di penale è così ampia e quindi i campi in cui vi è pretesa di garanzie sono così estesi, la Corte di Strasburgo, rendendosi conto della necessità, comunque, di trovare un qualche compromesso con le esigenze di efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa, ha proposto alcune precisazioni. Tali precisazioni sono ancora, si direbbe, *in fieri* e tuttavia già emergono come strettamente legate al grado di gravità dell'illecito.

Intanto il *leading case* in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, ossia il caso *Öztürk* del 1984, ammetteva la depenalizzazione solo in caso di sanzioni meno gravi, ossia in presenza di *minor offences*. Ciò a condizione che la carenza di garanzie in fase procedimentale potesse essere compensata in sede giurisdizionale (ovviamente eventuale ed *ex post*), attraverso un giusto processo pienamente sostitutorio, di *full jurisdiction*. In base a questo insegnamento, allora, le garanzie del giusto processo devono essere tutte soddisfatte, pur in presenza di un illecito amministrativo e obiettivamente minore. Però questa soddisfazione si colloca non nella sua fase più naturale, ossia quella della concreta inflizione della sanzione, ma in quella, successiva ed eventuale, del ricorso di *full jurisdiction*. La funzione giurisdizionale costituisce dunque, nella sostanza, momento di riesercizio del potere, attraverso un riesame pieno.

Con la giurisprudenza sul caso *Jussila* del 2006, il discorso si complica, con l'emersione della incerta categoria dell'*hard core of criminal law*. Si tratta di una linea giurisprudenziale che non si limita a consentire, come nella sentenza *Otzurk*, la posticipazione delle garanzie alla fase giurisdizionale, ma addirittura ipotizza una rinuncia alle stesse.

Tuttavia, anche qui, permane il limite del carattere minore dell'illecito. Sarebbe dunque un errore pensare che illeciti di significativa portata, come quelli qui in questione, possano giovare di tale giurisprudenza.

D'altra parte, come emerge dalla sentenza *Janosevic* del 2002, per gli illeciti (amministrativi) più significativi, è persino dubbio che vi possa essere una compensazione *ex post* delle garanzie del giusto processo, in sede di opposizione di *full jurisdiction*. Al contrario, la immediata esecutività di una sanzione grave è vista come, almeno tendenzialmente, incompatibile con il principio di presunzione di innocenza.

Insomma, al di là della generale appartenenza alla materia penalistica delle sanzioni amministrative pecuniarie, la Corte appare consapevole che non apparirebbe sufficientemente equilibrato e comunque funzionale un sistema che non riflettesse l'obiettiva e profonda differenza che intercorre tra sanzioni più o meno severe. Una modesta sanzione tributaria o per violazione del codice della strada non è, non può essere, parificata ad una importante sanzione, di decine di migliaia di euro, inflitta da un'autorità amministrativa indipendente.

7. Dato che le sanzioni qui in questione certo non possono dirsi minori, sia per la loro obiettiva entità economica (potendo giungere fino a 500.000,00 euro)³⁸, sia perché idonee a creare un significativo danno alla credibilità commerciale del trasgressore (anche come effetto della pubblicazione del provvedimento sul bollettino ufficiale dell'AGCM³⁹ o addirittura sui quotidiani⁴⁰), la conclusione è che queste non solo sono di natura penale, ma altresì che, per esse, le garanzie del giusto processo dovrebbero, almeno di regola o comunque in massima parte, trovare realizzazione fin da subito, ossia nel procedimento.

Si impone allora, in conclusione, qualche osservazione sulla conformità ai principi CEDU del procedimento sanzionatorio, che, ai sensi dell'art. 27, co. 11, d.lgs. 206 del 2005, l'AGCM era

³⁸ Art. 27, co. 9, d.lgs. 206 del 2005: «Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro».

³⁹ Art. 17 del Regolamento.

⁴⁰ Art. 27, co. 8, d.lgs. 206 del 2005: «L'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti».

chiamata a disciplinare in via regolamentare, «in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione»⁴¹.

Naturalmente, non ci si prefigge qui di fornire una compiuta ricostruzione di tutti i profili critici del procedimento. L'ambizione, è, più modestamente, quella di riflettere su alcune questioni principali, e, probabilmente, esemplificative di altri profili di inadempimento degli obblighi convenzionali europei. Per dare al discorso una maggior concretezza, si cercherà di partire da quanto già direttamente suggerito dai giudici di Strasburgo in tema di procedimenti sanzionatori di autorità amministrative indipendenti. Si proporrà poi qualche più generale conclusione sul rilievo (negativo) che in materia può presentare l'art. 21 *octies* della l. 241 del 1990.

Sul punto, si segnalano per importanza nonché per specifico rilievo per le questioni di nostro interesse una serie di pronunce che, anche recentissimamente, hanno interessato le autorità amministrative francesi poste a presidio del risparmio. La Corte europea ha qui affermato regole di grande interesse, specie perché – data la gravità delle sanzioni in questione - relative direttamente alla fase del procedimento amministrativo, nonostante che le sanzioni fossero poi impugnabili avanti ad istanze giurisdizionali. Invero emerge bene, in queste vicende, come «Article 6 § 1 is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective.... This is particularly relevant with regard to Article 6 § 1, in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial...»⁴².

Anzitutto, il problema della separazione tra accusa e organo giudicante, ossia di una delle condizioni che la giurisprudenza di Strasburgo richiede perché si possa parlare di un'effettiva imparzialità dell'organo decisorio e comunque di un'accettabile parità delle armi, come in particolare chiarito dalla Corte nel 2000⁴³. Nella sentenza del 2009 *Dubus c. France*, la Corte europea ha ritenuto che l'organizzazione interna della *Commission bancaire* francese (autorità amministrativa indipendente, a cui peraltro il Consiglio di Stato francese già aveva correttamente

⁴¹ Art. 27, co. 11, d.lgs. 206 del 2005: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria, in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione».

Tale regolamento è stato emanato con delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17589.

⁴² Così, da ultimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 febbraio 2009, caso 55707/00, *Andrejeva v. Latvia*, § 98.

⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 luglio 2000, casi 24954/94, 24971/94 e 24972/94, *Tierce and others v. San Marino*, § 83: «Having regard to the *Commissario della Legge's* dual role as the investigating and trial judge in the impugned proceedings and, in particular, to the extent of his powers in preparing the case file, the Court concludes that the first applicant's misgivings as to the *Commissario della Legge's* impartiality may be regarded as objectively justified. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.».

riconosciuto natura di *tribunal*, ai sensi della CEDU⁴⁴), pur presentando una certa distinzione tra organi d'accusa (segretario generale) e decisori (commissione), dato che il primo non partecipava alle deliberazioni del secondo, non fosse tuttavia sufficientemente allineata ai principi convenzionali. Mancava difatti una sufficiente separazione organica tra funzioni istruttorie e decisorie: «En résumé, la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement sur l'existence d'une séparation organique au sein de la Commission bancaire. Elle estime que la requérante pouvait nourrir des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions». In particolare, gli organi istruttori apparivano, in sostanza, serventi rispetto a quelli decisori, da cui, tra l'altro, potevano ricevere istruzioni⁴⁵.

Nel riformare, nel 2010, l'organizzazione amministrativa in materia di vigilanza bancaria in modo da conformarsi alle richieste dei giudici di Strasburgo, in Francia si è ritenuto quindi di dover creare due organi nettamente distinti (seppure incardinati presso una medesima autorità), ossia la commissione con funzioni decisorie-sanzionatorie (*commission des sanctions*), ed un collegio, con

⁴⁴ Section du contentieux - Séance du 6 octobre 2000, lecture du 20 octobre 2000, n. 180122, *Habib Bank Limited*.

Per una sintesi, in Italia, delle questioni dibattute in Francia, si rimanda a DUCOULOUX-FAVARD – PERNAZZA, *Le procedure sanzionatorie della COB e il diritto di difesa*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 1003 ss., e, degli stessi Autori, *Sanzioni e procedure sanzionatorie alla luce della direttiva europea n. 6/2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 159 ss.

In Francia, PRALUS-DUPUY, *L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires: état des lieux*, in *Rev. franc. droit admin.*, 2/2008, 317 ss.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. France*, § 60: «60. De cet enchaînement d'actes pris au cours de la procédure juridictionnelle, il résulte, de l'avis de la Cour, que la société requérante pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée. En témoigne particulièrement la phase d'ouverture de la procédure disciplinaire et de la notification des griefs où la confusion des rôles conforte ladite impression (paragraphes 12 et 13 ci-dessus). La requérante a pu nourrir des doutes sur la prise de décision par la Commission bancaire dès lors que celle-ci décida de la mise en accusation, formula les griefs à son encontre et finalement la sanctionna. La Cour s'accorde avec l'analyse du Conseil d'Etat, qui n'a pas remis en cause la faculté d'autosaisine de la Commission bancaire, mais qui l'a subordonnée au respect du principe d'impartialité (paragraphe 27 ci-dessus), mais elle croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure. A cela, il faut ajouter que le rôle du secrétaire général accentue la confusion soulignée ci-dessus, même s'il n'apparaît pas être intervenu dans la prise de décision de la sanction (voir, en sens inverse, paragraphe 28 ci-dessus, CE n° 238169). En effet, aux termes de l'article L. 613-6 du CMF, le secrétariat général effectue les contrôles sur instruction de la Commission bancaire, et la procédure disciplinaire est précisément engagée au vu des irrégularités constatées dans le cadre du contrôle administratif; le secrétariat général, par son secrétaire, intervient ensuite dans la procédure juridictionnelle en adressant des observations en réponse aux écritures de la partie poursuivie. Enfin, c'est bien au nom de la Commission bancaire qui, au final prononcera la sanction, que l'inspection a été diligentée».

funzioni di vigilanza e di istruttoria-promuovimento delle contestazioni avanti alla commissione delle sanzioni⁴⁶.

V'è da chiedersi allora se l'organizzazione interna dell'AGCM quanto all'esercizio delle funzioni sanzionatorie sia diversa e più conforme al principio di una reale distinzione tra accusa e organo decisorio rispetto a quella censurata nel caso *Dubus*. Vi è da dubitarne: come in fondo emerge dalla stessa lettera dell'art. 27 del Codice del consumo, in cui si parla sempre, indistintamente, di Autorità (quale soggetto a cui è attribuita, contemporaneamente, la responsabilità dell'istruttoria e della successiva decisione) il responsabile del procedimento, cioè colui che avvia il procedimento con l'atto che, nella sostanza, rappresenta l'accusa e che trasmette poi, al termine del procedimento, gli atti al collegio, è certamente un funzionario subordinato al collegio, visto che quest'ultimo è composto dai vertici della Autorità. Inoltre, il responsabile del procedimento svolge più una funzione di preparazione della decisione del collegio, che una funzione sua propria, chiaramente distinta, sia sul piano procedimentale che organizzatorio, rispetto a quella del collegio. È cioè certamente un funzionario estraneo al collegio, che non è previsto (ma nemmeno vietato) che partecipi alle relative deliberazioni⁴⁷. Tuttavia, non è realmente separato dal

⁴⁶ *Ordonnance* n° 2010-76 del 21 gennaio 2010, il cui art. L. 612-4. stabilisce che «L'Autorité de contrôle prudentiel comprend un collège et une commission des sanctions. Sauf disposition contraire, les attributions confiées à l'Autorité de contrôle prudentiel sont exercées par le collège, qui statue en formation plénière, en formation restreinte, en sous-collège sectoriel ou, le cas échéant, en commission spécialisée». Ai sensi dell'art. L. 612-38, «Lorsque l'une des formations du collège décide l'ouverture d'une procédure de sanction, son président notifie les griefs aux personnes concernées. Il transmet la notification des griefs à la commission des sanctions. « La commission des sanctions veille au respect du caractère contradictoire de la procédure. Elle procède aux communications et convocations à l'égard de toute personne visée par la notification de griefs. Toute personne convoquée a le droit de se faire assister ou représenter par un conseil de son choix. La commission des sanctions dispose des services de l'Autorité pour la conduite de la procédure. « Le membre du collège désigné par la formation qui a décidé de l'ouverture de la procédure de sanction est convoqué à l'audience. Il y assiste sans voix délibérative. Il peut être assisté ou représenté par les services de l'Autorité. Il peut présenter des observations au soutien des griefs notifiés et proposer une sanction».

Si è così realizzata una coraggiosa riorganizzazione dell'Autorità nel segno di una reale distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie ritenuta invece praticamente impossibile, quanto alla Consob, da RODORF, *op. cit.*, nonostante che il principio sia imposto anche legislativamente, dall'art. 24, l. 262 del 2005 («Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le notizie sottoposte per iscritto da soggetti interessati possono essere valutate nell'istruzione del procedimento. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione »).

⁴⁷ Nel senso della legittimità della sua partecipazione alle deliberazioni del collegio sulla base della pretesa estraneità della procedura sanzionatoria ai principi del giusto processo, però, CIATTI, commento all'art. 27, in *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO e ZACCARIA, Padova, 2010, 209 ss., 213.

collegio e ad esso pariordinato. Semmai, pare chiamato ad una funzione, se vogliamo, ausiliare, rispetto alle attività di quest'ultimo.

Nel caso *Vernes v. France* del 2011, la conformità della procedura sanzionatoria della COB (Commissione della borsa francese) all'art. 6 CEDU è stata invece analizzata con riferimento alla questione del rispetto del principio di pubblicità dell'udienza: poiché all'epoca dei fatti il regolamento interno della COB non prevedeva ancora la possibilità per l'accusato di richiedere un'udienza pubblica, la Corte europea ha ritenuto che fosse violato l'art. 6 CEDU. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno statuito che, viste le conseguenze particolarmente pregiudizievoli delle sanzioni irrogate dalla COB, il controllo del pubblico rappresentasse « une condition nécessaire à la transparence et à la garantie du respect de ses droits, nonobstant la technicité des débats ». La possibilità di far valere successivamente il vizio davanti al Consiglio di Stato non poteva ritenersi sufficiente a sanare la violazione perpetrata nella fase procedimentale⁴⁸.

Ebbene, è noto come proprio nel procedimento per l'infrazione delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette manchi (a differenza che nel procedimento per pratiche anticoncorrenziali) una qualsivoglia "udienza" avanti all'organo decidente. Non è riconosciuto nemmeno, secondo la giurisprudenza (che, teorizzando un contraddittorio essenzialmente scritto, così interpreta l'uso del verbo potere da parte dell'art. 12 del Regolamento⁴⁹), il diritto di essere personalmente ascoltati dal

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes v. France*, § 31 ss, in partic. § 32: «...Il lui suffit de constater que le Gouvernement n'invoque comme motif parmi ceux qu'énumère l'article 6 § 1 permettant de justifier l'absence d'audience publique que celui de la réticence que pourraient avoir les professionnels de la finance de voir leur gestion contrôlée par le public. Or, compte tenu des pouvoirs de sanction de la COB, et des conséquences de celle prononcée en l'espèce, la Cour juge compréhensible que l'on puisse voir dans le contrôle du public une condition nécessaire à la transparence et à la garantie du respect de ses droits, nonobstant la technicité des débats (*mutatis mutandis*, *Martinie*, précité, §§ 43 et 44). La Cour prend acte à cet égard de la modification par la commission elle-même de son règlement intérieur, quelques mois après la fin de la procédure de l'espèce, et de l'ajout de la possibilité pour la personne mise en cause de demander la tenue d'une séance publique, possibilité qui a d'ailleurs été reprise par l'entité qui lui a succédé (paragraphes 18 et 20 ci-dessus) et dont le requérant n'a donc pas bénéficié. En conséquence, la Cour estime que compte tenu de l'importance de pouvoir solliciter la tenue de débats publics devant la COB, le seul contrôle ultérieur du Conseil d'Etat n'était pas suffisant en l'espèce. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 du fait de l'impossibilité pour le requérant de solliciter la tenue de débats publics devant la COB. ».

⁴⁹ Art. 12, co. 2, del Regolamento: «Il responsabile del procedimento, ove ciò sia necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori, o venga richiesto da almeno una delle parti, può disporre che le parti siano sentite in apposite audizioni nel rispetto del principio del contraddittorio, fissando un termine inderogabile per il loro svolgimento.».

Da ultimo, in giurisprudenza, TAR Lazio, sez. I, 12 settembre 2011, n. 7182: «Giova, peraltro, in proposito ricordare che il procedimento amministrativo, secondo quanto stabilito dalla *legge n. 241 del 1990*, si ispira al principio generale del contraddittorio scritto, e non a quello dell'oralità, come emerge chiaramente dall'art. 10 della citata legge, e tale principio costituisce indubbiamente anche il criterio informatore del procedimento in materia di *pratiche commerciali scorrette* come delineato dal citato Regolamento. La circostanza che l'audizione debba essere sempre correlata alla sussistenza di esigenze istruttorie non interferisce con i diritti partecipativi e le prerogative difensive delle parti, che si compendiano nella possibilità di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie e

responsabile del procedimento (peraltro una tale audizione, ove anche fosse garantita, non sostituirebbe comunque il diritto ad un'udienza davanti a chi infligge la sanzione). Quindi una violazione dell'art. 6 *sub specie* di diritto ad un'udienza pubblica appare, *a fortiori* rispetto alla vicenda francese, ipotizzabile.

Particolarmente importante è poi il caso *Messier v. France* del 2011, ancora riguardante la procedura di irrogazione di una sanzione da parte della COB. Qui la Corte europea ha affermato alcuni importanti principi in ordine al diritto di difesa dell'accusato, e in specie alla parità delle armi. La regola del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU impone che il processo penale nel suo complesso, compresa la fase procedimentale «revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense»⁵⁰. Soffermandosi sul diritto dell'accusato di accedere al fascicolo, i giudici di Strasburgo hanno in particolare precisato che « Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie »⁵¹: di conseguenza, le autorità inquirenti hanno l'obbligo di comunicare alla difesa tutte le prove a carico e a discarico in loro possesso («De surcroît, l'article 6 § 1 exige que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge»⁵²). Soprattutto, la Corte ha affermato che gli elementi di prova devono in linea di principio essere prodotti davanti all'accusato in udienza pubblica, in vista di un contraddittorio orale, sicché « Pour ce qui est de l'audition des témoins, la Cour rappelle que les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire.»⁵³.

È facile constatare che, al contrario di quanto richiesto in sede europea, alla società incolpata non sia affatto garantita la possibilità di un reale contraddittorio quanto alla formazione delle prove.

documenti. Ed infatti, il procedimento in materia di *pratiche commerciali scorrette* è caratterizzato da un compiuto sistema partecipativo, nel cui ambito il diritto di difesa dei soggetti coinvolti viene garantito e concretamente esercitato attraverso una pluralità di strumenti, cui vanno correlati specifici obblighi di comunicazione incombenti sull'Autorità, che mirano ad assicurare un pieno contraddittorio procedimentale. Se, dunque, è rimessa alla discrezionale valutazione del responsabile del procedimento la decisione di disporre l'audizione, sia d'ufficio che su richiesta della parte del procedimento, deve ulteriormente osservarsi che la prospettazione del vizio relativo alla irregolarità procedimentale, connessa alla mancata audizione, deve necessariamente assumere una specifica rilevanza causale sul contenuto del provvedimento conclusivo, dovendo il professionista dimostrare in che misura la mancata audizione abbia interferito sulla decisione finale, esplicitando come il mancato espletamento dell'incombente istruttorio abbia impedito l'acquisizione di elementi determinanti o abbia dato causa ad un'errata valutazione delle circostanze di fatto».

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2011, caso n. 25041/07, *Messier v. France*, § 52.

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Messier v. France*, cit., § 52.

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Messier v. France*, cit., § 52.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Messier v. France*, cit., § 64.

E ciò nonostante che, proprio in materia penale, il diritto di controinterrogare i testi a proprio carico e di far sentire, a condizione di parità, quelli a propria difesa sia specificamente tutelato dall'art. 6, co. 3, d)⁵⁴.

L'unico profilo in cui un certo contraddittorio è assicurato direttamente in sede istruttoria è quello delle consulenze tecniche⁵⁵. Peraltro, a differenza di quanto da ultimo opinato dal TAR Lazio, sulla base del mero dato della necessaria competenza oggettiva del consulente⁵⁶, sembra anche qui a ben vedere mancare un consulente terzo ed imparziale, in dialettica con quelli di accusa e difesa. Vi è solo un consulente, significativamente, definito, dal Regolamento, dell'Autorità (e la cui nomina è autorizzata dal collegio). In tal modo, tra l'altro, si conferma di nuovo la assenza di una vera separazione tra accusa e organo decidente, invero organicamente riuniti (invece che distinti) dalla medesima appartenenza all'Autorità, ed insieme coinvolti nella istruttoria e formazione dell'accusa.

Quanto al più generale diritto ad un procedimento in contraddittorio, esso non significa, come emerge anche dalla sentenza *Messier*, solamente che alla parte deve essere riconosciuto il diritto all'accesso al fascicolo dell'accusa (comprensivo di tutte le prove a favore o a carico dell'accusato), ove ne faccia richiesta. Questo è certamente il primo e più minimale significato del principio: «It is in any event a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced

⁵⁴ «Ogni accusato ha diritto di:.... d esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

⁵⁵ Art. 13 del Regolamento «1. In ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria, il Collegio autorizza le perizie e analisi statistiche ed economiche, nonché la consultazione di esperti, proposte dagli uffici. 2. La scelta dei periti e dei consulenti viene effettuata dall'Autorità tra le persone iscritte negli albi istituiti presso i tribunali ovvero affidata ad università o centri di ricerca, che designano le persone ritenute professionalmente più idonee a compiere l'accertamento tecnico richiesto. 3. Nel caso in cui l'Autorità disponga perizie e consulenze, ne è data comunicazione alle parti del procedimento. 4. I risultati delle perizie e delle consulenze sono comunicati dal responsabile del procedimento alle parti. 5. I soggetti ai quali è stato comunicato l'avvio del procedimento e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 10, possono nominare, dandone comunicazione al responsabile del procedimento, un loro consulente, il quale può assistere alle operazioni svolte dal consulente dell'Autorità e presentare, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione di cui al comma 4, scritti e documenti in cui svolgere osservazioni sui risultati delle indagini tecniche.»

⁵⁶ TAR Lazio, sez. I, 11 ottobre 2011, n. 7870: «Siffatta forma di contraddittorio presuppone congenitamente la terzietà del consulente tecnico, tant'è che esso, secondo l'art. 13, comma 2, del regolamento in parola, viene si prescelto

by the other party (ibid., § 51). In addition, Article 6 § 1 requires that the prosecution authorities should disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused (ibid.).»⁵⁷. Vi è in realtà un onore molto più stringente, ossia il dovere (non meramente passivo, ma altresì attivo) di dare comunicazione, d'ufficio, alla parte degli elementi rilevanti, mettendolo in condizioni di esercitare un effettivo contraddittorio, e così di influire sull'esito della decisione: «In the Court's view, even though the applicant could have sought access to the prosecution file in due time, that did not release the prosecution from its obligation to inform the accused promptly and in detail of the full accusation against him. That duty rests entirely on the prosecuting authority's shoulders and cannot be complied with passively by making information available without bringing it to the attention of the defence»⁵⁸. E così, anche la astratta possibilità di accesso al fascicolo di ufficio non basta ad escludere una violazione del principio del contraddittorio, ove l'opinione del pubblico ministero non sia stata comunicata d'ufficio all'accusato prima dell'udienza⁵⁹.

Insomma, il diritto al contraddittorio non riguarda solo la (attiva) conoscenza del fascicolo d'accusa, ma in realtà si estende al dovere di tempestiva messa disposizione attiva di tutti gli altri atti e documenti rilevanti, implicando «in principle the opportunity for the parties to a criminal or civil trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court's decision»⁶⁰.

Ebbene, l'art. 11 del Regolamento garantisce proprio unicamente l'accesso al fascicolo, peraltro con alcune significative eccezioni dirette a garantire la riservatezza di altri soggetti nonché

discrezionalmente dall'Autorità, ma in base ad una valutazione di tipo oggettivo, che tenga conto esclusivamente delle competenze tecniche e professionali richieste dalla consultazione.».

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 ottobre 2004, casi 39647/98 and 40461/98, *Edwards and Lewis v. United Kingdom*.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 luglio 2000, caso 23969/94, *Mattoccia v. Italy*, § 65.

⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, caso 36590/97, *Goc v. Turkey*, § 57: «As to the argument that the applicant could have consulted the case file at the Court of Cassation and obtained a copy of the Principal Public Prosecutor's opinion, the Court is of the view that this of itself is not a sufficient safeguard to ensure the applicant's right to an adversarial procedure. In its view, and as a matter of fairness, it was incumbent on the registry of the Court of Cassation to inform the applicant that the opinion had been filed and that he could, if he so wished, comment on it in writing. It appears to the Court that this requirement is not secured in domestic law. The Government have contended that the applicant's lawyer should have known that consultation of the case file was possible as a matter of practice. However, the Court considers that to require the applicant's lawyer to take the initiative and inform himself periodically on whether any new elements have been included in the case file would amount to imposing a disproportionate burden on him and would not necessarily have guaranteed a real opportunity to comment on the opinion since he was never made aware of the timetable for the processing of the appeal (see, *mutatis mutandis*, *Brandstetter v. Austria*, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, pp. 27-28, § 67).».

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 febbraio 1996, caso 19075/91, *Vermeulen v. Belgium*, § 33.

della stessa attività del collegio, i verbali della cui deliberazioni possono essere sottratte all'accesso. Sono poi sempre inaccessibili le proposte e gli atti preparatori rispetto alla deliberazione del collegio⁶¹. Infine, l'accesso non è affatto immediato, ma avviene tramite un'istanza diretta al responsabile del procedimento (ossia chi dovrebbe rappresentare la controparte, l'accusa)⁶². È dunque l'accusa, in ultima analisi, a governare, tramite scelte di carattere parzialmente discrezionale, la concreta possibilità per l'impresa di avere pieno accesso ai fatti rilevanti.

Tutto ciò appare, tra l'altro, in contrasto con il ripetuto insegnamento della Corte per cui, alla luce del principio della parità delle armi, alcuni documenti dell'accusa possono sì essere sottratti all'accesso della difesa; ma (pur in vicende attinenti alla sicurezza nazionale) solo ove ciò sia realmente giustificato da imperative ragioni di pubblico interesse da valutare in concreto (quindi senza che determinate categorie di atti siano escluse *ex se*), non vi sia un eccessivo detrimento per le difese dell'incolpato e, soprattutto, il diniego sia deciso da un organo terzo (non certo dalla stessa accusa), all'esito di un procedimento in contraddittorio⁶³.

⁶¹ Art. 11, commi 2-6 del Regolamento: « Qualora i documenti di cui al comma 1 contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone e professionisti coinvolti nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio. 3. I documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso. Qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un professionista, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi. 4. Nel consentire l'accesso nei casi di cui ai commi 2 e 3 e nel rispetto dei criteri ivi contenuti, gli uffici tengono conto, adottando tutti i necessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e dei professionisti a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati. 5. Sono sottratte all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti. 6. Possono essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del Collegio, nonché i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, nonché tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione.».

⁶² Art. 12, co. 10, del Regolamento: «Il diritto di accesso si esercita mediante richiesta scritta e motivata, sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni».

⁶³ Ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 dicembre 2008, caso 6293/04, *Mirilashvili v. Russia*, §§ 206 ss.: « 206. The Court notes that the essential point in the reasoning of the domestic court was that the materials at issue related to the OSA and, as such, could not have been disclosed to the defence. It appears that the court did not analyse whether those materials would have been of any assistance for the defence, and whether their disclosure would, at least arguably, have harmed any identifiable public interest. The court's decision was based on the type of material at issue (material relating to the OSA), and not on an analysis of its content. 207. The military court probably had no other choice in the situation at hand, having regard to the Operational and Search Activities Act, which prohibited in absolute terms the disclosure of documents relating to the OSA in such situations and did not provide for any "balancing exercise" by a judge. Still, the fact remains that the court's role in deciding on the disclosure request lodged by the defence was very limited. 208. Having regard to the above the Court finds that the decision-making process was seriously flawed. As regards the substantive justification for the decision, the Court notes that the impugned decision was vague; it did not specify what kind of sensitive information the court's order of 11 July 2000, and other materials relating to the operation could have contained. The court accepted the blanket exclusion of all the materials from the adversarial examination. Furthermore, the Court observes that the surveillance operation did not target the applicant or his co-accused. 209. In sum, the Court concludes that the decision to withhold materials relating to the surveillance operation was not accompanied by adequate procedural guarantees, and, furthermore, was not sufficiently justified. The Court will take this aspect of the case into consideration when analysing the overall fairness of the proceedings.».

Approfondendo il problema del rispetto dell'*adversarial procedure* nella esperienza giurisprudenziale nazionale, va detto che il TAR Lazio, nell'escludere la illegittimità della mancata comunicazione, in materia, alla società incolpata di un atto che sintetizzi le conclusioni della istruttoria, ha recentemente osservato che questa differenziazione rispetto alla disciplina in tema di sanzione antitrust sarebbe «pienamente compatibile con la natura dei due diversi procedimenti.». Inoltre, secondo i giudici di primo grado, «Le norme del regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette...assicurano comunque una piena garanzia del contraddittorio, riconoscendo alle parti un'ampia facoltà di presentare scritti difensivi e documentazione a supporto delle argomentazioni proposte, sicché il procedimento è del tutto conforme ai principi sottesi alla l. 241/1990, mentre, nei procedimenti antitrust, la previsione della comunicazione delle risultanze istruttorie è da ricondurre alle peculiarità tipiche dei relativi procedimenti, caratterizzati dalla particolare complessità degli accertamenti istruttori (Tar Lazio, I, 9 dicembre 2009, n. 12593; 20 luglio 2009, n. 7122; 6 aprile 2009, n. 3701)»⁶⁴. Lo stesso Consiglio di Stato, nel 2010, ha ritenuto che le previsioni dell'art. 16 del Regolamento in materia di contenuto dell'avviso di conclusione dell'istruttoria siano soddisfacenti, in quanto vi sarebbe comunque «ampia disponibilità di informazioni ed alla partecipazione»⁶⁵.

Del resto, il Consiglio di Stato, sempre nel 2011, nell'occuparsi del contenuto minimo dell'atto di avvio dell'istruttoria per pratiche commerciali scorrette, ha citato adesivamente una giurisprudenza della Cassazione, che disconosce nettamente il diritto al contraddittorio, quale inteso in sede CEDU. Si ricorda difatti che «Autorevole giurisprudenza ha ritenuto perfettamente legittimo detto *modus procedendi* ("in tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative, previsto dall'art. 187 septies del d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58, postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; pertanto, non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'ufficio sanzioni amministrative della Consob e la sua mancata personale audizione innanzi alla Commissione, non trovando d'altronde applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo di procedimento giurisdizionale." - Cassazione civile, sez. un., 30 settembre 2009, n. 2093):»⁶⁶.

⁶⁴ TAR Lazio, sez. I, Sent., 28 febbraio 2011, n. 1811.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4905.

⁶⁶ Cons. Stato sez. VI, 24 marzo 2011, n. 1809.

D'altra parte, quanto al connesso tema degli impegni che possono porre fine, in via consensuale, al procedimento sanzionatorio, ove l'AGCM non intenda accoglierli, non è obbligata, ai sensi del Regolamento, ad instaurare alcun preventivo contraddittorio con l'impresa (a differenza di ciò che è previsto in sede di procedimento sanzionatorio *antitrust*⁶⁷). Ciò, oltre ad apparire incompatibile con l'art. 10 *bis*, l. 241 del 1990, conferma come, in sintesi, in giurisprudenza non sembra esservi consapevolezza del significato e della portata del principio CEDU dell'*adversarial procedure*.

Un ultimo profilo, poi, rischia di travolgere le già fragili garanzie difensive del cittadino: il Consiglio di Stato, nel 2011, ha 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»⁶⁸.

In termini simili, con riguardo a sanzioni CONSOB, si erano espresse le sezioni unite della Cassazione nel 2009, seguite poi dalle sezioni semplici⁶⁹.

⁶⁷ Delibera n. 645/06/CONS Regolamento di attuazione dell'articolo 14bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ove, all'art. 4, si legge che «All'esito dell'istruttoria la direzione competente, valutate le risultanze acquisite, segnala all'operatore proponente le criticità eventualmente emerse, ed assegna al medesimo un termine per formulare le sue controdeduzioni o eventuali modifiche della proposta. Indi la direzione sottopone all'organo collegiale la proposta con uno schema di provvedimento.»

⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256.

⁶⁹ 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 nazionale per la società e la borsa, non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto.

A così, ragionare, però, non solo le garanzie procedurali diventano secondarie e diciamo così, facoltative, mere *leges imperfectae*, ma altresì ci si pone in contrasto con uno specifico e consolidato insegnamento della Corte di Strasburgo, secondo cui, nella prospettiva CEDU, è irrilevante la circostanza che le violazioni dell'art. 6 siano state, o meno, tali da aver concretamente influito sull'esito della decisione: «...an award of just satisfaction can only be based on the fact that the applicant did not have the benefit of the guarantees of Article 6 of the Convention. The Court cannot speculate as to the outcome of the trial had the position been otherwise...»⁷⁰. Il che significa, che violazioni dell'art. 6 *sub specie*, ad esempio, di mancata garanzia della parità delle armi per omessa segnalazione da parte della Corte dell'avvenuto deposito di una memoria dell'avvocatura erariale si hanno comunque, senza che il privato debba dimostrare la concreta lesione delle sue facoltà difensive: esse hanno valore assoluto («the principle of equality of arms does not depend on further, quantifiable unfairness flowing from a procedural inequality»), anche perché solo alla parte lesa spetta di valutare se sarebbe stata o meno opportuna una certa attività defensionale, una volta resa edotta dei fatti o dei documenti su cui non è stato instaurato il contraddittorio («It is a matter for the parties to assess whether a submission deserves a reaction»)⁷¹. Sicché, come ancora precisato nel 2009, ove anche il documento depositato dalla controparte fosse stato in realtà neutro rispetto all'esito della controversia o perfino favorevole per chi non ne ha avuto accesso, sussisterebbe comunque una violazione del principio della parità delle armi («This position is not altered when the observations are neutral on the issue to be decided by the court...The Court considers that this

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.

⁷⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 luglio 2000, caso 23969-IX, *Mattoccia c. Italia*, § 85.

In termini identici, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 febbraio 1985, caso 9024/80, *Colozza c. Italia*, § 38; 19 dicembre 1990, caso 11444/85; *Delta*, § 43; 25 marzo 1999, caso 25444/94, *Pélissier and Sassi c. France*, § 80; 28 ottobre 1999, casi 24846/94, 34165/96 e 34173/96, *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others c. France*, § 79; 20 luglio 2006, caso 42780/98, *I.H. c. Austria*, § 43 e, da ultimo, 20 giugno 2011, caso 34869/05, *Sebeh El Leil v. France*, § 72.

Sul punto, GRANATA, *op. cit.*, 57.

⁷¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 ottobre 2000, caso 32367/96, *APEH Üldözötteinek Szövetsége and Others v. Hungary*, § 42: «As regards the failure to notify the applicants of the submissions by the Attorney-General's Office at second instance, the Court notes the Government's assertion that these submissions had no bearing on the merits of the case. However, it is to be recalled that the principle of equality of arms does not depend on further, quantifiable unfairness flowing from a procedural inequality. It is a matter for the parties to assess whether a submission deserves a reaction and it is inadmissible for one party to make submissions to a court without the knowledge of the other and on which the latter has no opportunity to comment».

principle does not lose its importance when the submissions in question appear to be favourable to the defence.»⁷²). Egualmente, sussiste in ogni caso una violazione del principio del contraddittorio (*adversarial procedure*) quando non sia stato realizzato il contraddittorio in relazione a difese avversarie, in quanto «the effect they actually had on the decision is of little consequence»⁷³.

Una simile prospettiva, di rilievo dei vizi relativi alla violazione del principio del contraddittorio nel corso del procedimento sanzionatorio a prescindere dal prevedibile esito dello stesso, sembra del resto essere stata fatta propria, in un caso del 2009, dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea, che si è pronunciata in tema di sanzioni *antitrust* della Commissione⁷⁴.

In sostanza, la logica della CEDU sembra chiaramente incompatibile con quella dell'art. 21 *octies*, l. 241 del 1990: le garanzie procedurali valgono di per sé stesse, non sono subordinate all'esito prevedibile del procedimento.

8. La menzionata assenza di adeguate garanzie in sede procedimentale rende necessaria la realizzazione, almeno, di un'effettiva *full jurisdiction* in sede processuale.

Come si è detto, è dubbio (ed anzi smentito dalle sentenze che abbiamo analizzato in tema di autorità amministrative indipendenti francesi) che, anche ove realizzata, una *full jurisdiction* basterebbe, da sola, a correggere *ex post* i limiti del procedimento di inflizione di sanzioni di carattere non minore.

Trattasi di un insegnamento ricorrente. Da ultimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 Maggio 2010, caso. 23152/05, *Nasteska v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*.

⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 gennaio 2009, n. 8927/02, *Sharomov v. Russia*, § 44.

⁷³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 febbraio 1997, caso 18990/91, *Nideröst-Huber v. Switzerland*, § 27.

⁷⁴ Corte eur. giust., 3 settembre 2009, in cause C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, *Papierfabrik August Koehler AG*, punti 41 ss., ove, nell'annullare una sentenza del Tribunale, ha ritenuto che la circostanza che un determinato presupposto di responsabilità non indicato nell'atto di contestazione iniziale non fosse essenziale per giungere alla sanzione (perché *ad abundantiam* rispetto ad un'altra invece correttamente contestata), non comportasse la irrilevanza del vizio. Osserva difatti la Corte che la circostanza che il contenuto dispositivo della sanzione sarebbe stato identico nonostante il vizio non basta ad escludere l'illegittimità e quindi annullabilità della sanzione: «Il Tribunale ha dunque correttamente considerato, al punto 79 della sentenza impugnata, che la comunicazione degli addebiti non aveva consentito alla Bolloré di essere informata della censura vertente su un tale coinvolgimento e nemmeno dei fatti adottati dalla Commissione nella decisione controversa a sostegno di tale censura, per cui tale impresa non ha potuto assicurare la propria difesa, durante il procedimento amministrativo, in merito a tale censura e a tali fatti». Il Tribunale ha, secondo la Corte, però errato nel collegare la rilevanza del vizio al dispositivo della sanzione, invece che alla violazione in sé dei diritti di difesa: «il Tribunale ha considerato che il vizio constatato comporta l'annullamento della decisione controversa solo se le allegazioni della Commissione non possono essere dimostrate sufficientemente sulla base di altri elementi contenuti in tale decisione e nei confronti dei quali le imprese interessate hanno avuto l'occasione di illustrare il loro punto di vista. Esso ha aggiunto che, se dall'esame del merito dovesse emergere che la Commissione ha correttamente ritenuto responsabile la Bolloré per la partecipazione della sua controllata Copigraph al cartello, l'illegittimità commessa dalla Commissione non basta a giustificare l'annullamento di detta decisione in quanto essa non avrebbe potuto avere un'influenza determinante sul dispositivo della medesima». È insomma identificabile «un errore di diritto», per il fatto di non aver fatto «derivare alcuna conseguenza giuridica dalla sua decisione secondo cui i diritti della difesa della Bolloré non sono stati rispettati».

Tuttavia, è altresì evidente che una *full jurisdiction* mitigherebbe la gravità del complessivo inadempimento agli obblighi convenzionali.

La *full jurisdiction*, per quanto concetto ancora sotto certi profili di incerto significato, tende a richiedere, per la sua stessa logica interna (garantire *ex post* delle garanzie che, però, per essere rilevanti, devono riguardare, in linea di principio, una fase di vero e proprio, possibile, riesercizio del potere) che al giudice sia dato di sindacare, punto su punto, l'intrinseco di tutte le scelte amministrative impugnate. In questo contesto, il concetto di merito amministrativo è destinato, tendenzialmente, a soccombere o comunque ad essere significativamente ridimensionato, ossia, ad esempio, ad essere confinato alle scelte discrezionali pianificatorie-politiche, di *policy*⁷⁵; quelle cioè più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse⁷⁶. La *full jurisdiction*, almeno in linea di principio, esige invero «a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter»⁷⁷. Quantomeno con riguardo alla valutazione di fatti anche opinabili (tra cui, primi fra tutti, nel nostro caso, la circostanza della

⁷⁵ Secondo alcune pronunce, difatti, va salvaguardata la spettanza all'Amministrazione dello «exercise of administrative discretion pursuant to wider policy aims», nell'ambito di procedimenti già significativamente garantistici. Sul punto, cfr. ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 Novembre 2006, caso n. 60860/00, *Tsfayo v. The United Kingdom*, §§ 40 ss.

Per la estensione della *full jurisdiction* anche al profilo della *expediency* (ossia della intrinseca opportunità della scelta), sembrerebbe Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 2011, caso 33776/96, *Potoka v. Poland*, §§ 56 ss. ove tra l'altro si legge che « In the present case the court first examined, under Article 107 § 3 of the Code of Administrative Procedure, whether the administrative authorities, when ruling on the applicants' 1990 application, had complied with their procedural obligations as specified by the Code. Those obligations were, *inter alia*, to point out in their decision the facts on which they had relied and to refer to the evidence which had served as a basis for their findings. The court found that the administrative authorities had fallen short of these obligations by failing to give adequate reasons for their conclusion that returning the property to the applicants and granting them the right to perpetual use of it would not be compatible with the continued public nature of the property. In the Court's view, this reasoning of the Supreme Administrative Court shows that in fact it did examine the expediency aspect of the case, contrary to the applicants' argument that its examination of the case was strictly limited to points of law.»

⁷⁶ Sul collegamento con il principio democratico, cfr. di nuovo Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 Novembre 2006, caso 60860/00, *Tsfayo v. The United Kingdom*, § 32: «It was argued before the House of Lords that when, as in *Bryan and Alconbury*, the decision turned upon questions of policy or "expediency", it was not necessary for the appellate court to be able to substitute its own opinion for that of the decision-maker; that would be contrary to the principle of democratic accountability. However, where, as in *Runa Begum*, the decision turned upon a question of contested fact, it was necessary either that the appellate court should have full jurisdiction to review the facts or that the primary decision-making process should be attended with sufficient safeguards as to make it virtually judicial.»

⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 1987, caso n. 9749/82, *W. V. United Kingdom*, § 82: «In a case of the present kind, however, there will in the Court's opinion be no possibility of a "determination" in accordance with the requirements of Article 6 § 1 (art. 6-1) of the parent's right in regard to access, as analysed in paragraph 77 above, unless he or she can have the local authority's decision reviewed by a tribunal having jurisdiction to examine the merits of the matter. And it does not appear from the material supplied by the Government or otherwise available to the Court that the powers of the English courts were of sufficient scope to satisfy fully this requirement during the currency of the parental rights resolution.»

scorrettezza della pratica, ovvero della sua gravità⁷⁸, ossia dei principali presupposti oggettivi per l'applicazione e quantificazione della sanzione), la potestà di riesame giudiziale deve dunque essere piena e sostitutiva: «The Court reiterates that, in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts...». Non è dato parlare di *full jurisdiction* quando, al contrario, «the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently...», ossia allorché «the applicant could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by an administrative authority acting within its discretionary power.... ».⁷⁹ Insomma, almeno ogni «fundamental question of fact»⁸⁰ deve poter essere comunque pienamente ed intrinsecamente sindacabile da parte della corte di *full jurisdiction*. E ciò, secondo la CEDU, ove pure tale questione attenga a interessi supremi dello Stato, quali, ad esempio, quelli della sicurezza nazionale. Anche in tal caso, difatti, la corte non può limitarsi a prestar fede al mero «*ipse dixit* of the executive»⁸¹.

⁷⁸ Come noto presupposto fattuale essenziale sia per la quantificazione della sanzione (art. 27, co. 9, Codice Consumo: «Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione»), sia per l'ammissibilità di impegni, e dunque per lo stesso *an* della sanzione (art. 27, co. 7, Codice Consumo: « Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità.»).

⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Druzstevni v. The Czech Republic*, § 111.

⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 giugno 2011, casi 32181/04 and 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, § 166.

⁸¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 luglio 1998, caso 62/1997/846/1052-1053, *Tinnelly & Sons*, § 77, che a fronte della mancata ammissione ad una procedura di appalto per pretesi rischi per la sicurezza nazionale discendenti dalle persone dei titolari dell'impresa, si nota che: «As noted above, the conclusive nature of the section 42 certificates had the effect of preventing a judicial determination of the merits of the applicants' complaints that they were victims of unlawful discrimination. The Court would observe that such a complaint can properly be submitted for an independent judicial determination even if national security considerations are present and constitute a highly material aspect of the case. The right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive...».

Riprende esplicitamente questo insegnamento, sempre a fronte della indisponibilità di una Corte inglese di sindacare il merito del giudizio di pericolosità per la sicurezza nazionale di cittadini britannici (in questi casi, aspiranti all'assunzione nel pubblico impiego) la sentenza 30 Ottobre 2001, caso n. 29545/95, *Devlin v. The United Kingdom*, § 31 e la sentenza 19 marzo 2002, caso 24265/94, *Devenney v. United Kingdom*, § 28.

Ebbene, l'espressa introduzione di una giurisdizione (non solo esclusiva, ma anche) di merito del giudice amministrativo su larga parte della materia sanzionatoria amministrativa⁸² ed anche sulle sanzioni qui in questione, potrebbe in effetti realizzare la *full jurisdiction*. In altri termini, il giudice oggi potrebbe, in astratto, estendere il suo sindacato sul merito non solo del *quantum* della sanzione (il che peraltro era, secondo la giurisprudenza, fino al 2010, escluso con riguardo alle sanzioni qui in questione) ma anche all'*an* della stessa.

Altro discorso è se, superando assetti tradizionali, vorrà effettivamente procedere in tal senso.

Si può solo notare che in una prima pronuncia in tema di pratiche commerciali scorrette il TAR Lazio osserva sì che «Nell'ambito dei poteri di giurisdizione di merito attribuiti al giudice amministrativo dal combinato disposto degli artt. 7 comma 6 e 134 comma 1 lettera c) del cod. proc. amm., è...ormai acquisito che la misura della sanzione pecuniaria possa essere rideterminata direttamente dal giudice amministrativo.»⁸³, ma nulla dica in ordine al potere di riesaminare nel merito non solo l'intrinseco delle scelte di quantificazione della sanzione (dai giudici amministrativi ritenute di natura altamente discrezionale⁸⁴), ma anche di quelle discrezionali o di valutazione tecnica complessa attinenti *all'an* della responsabilità⁸⁵ (tra cui, come già notato, il giudizio in

⁸² Art. 133, co. 1, lett. l), cod. proc. amm. che devolve in giurisdizione esclusiva amministrativa «le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209» e 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 ».

⁸³ Così, TAR Lazio Roma, sez. I, 18 aprile 2011, n. 3363.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4392: «Ad ogni modo, mette conto richiamare il principio generale secondo cui, anche nella materia delle pratiche commerciali scorrette, l'Autorità dispone di un ampio potere discrezionale sia in sede di determinazione dei criteri in base ai quali determinare gli importi delle sanzioni, sia in sede di sussunzione al caso specifico dei criteri determinativi in tal modo prefissati.»

⁸⁵ Certamente riconosciute in giurisprudenza. Ad es., in termini generali, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256: « Ancora dal punto di vista generale, deve essere nel caso di specie richiamato il consolidato - e qui condiviso - orientamento secondo cui l'attività determinativa del quantum della sanzione irrogata (nonché, più a monte, il giudizio di sussunzione delle peculiarità del caso di specie entro i criteri determinativi normativamente indicati) costituisce esplicitazione di una lata discrezionalità, con la conseguenza che l'operazione valutativa in tal modo posta in essere non possa essere sindacata in sede di giudizio di legittimità, laddove risulti congruamente motivata e scevra da vizi logici (Cass. Civ., I, 16 aprile 2003, n. 6020).».

ordine alla gravità della infrazione, ritenuto in giurisprudenza di carattere discrezionale⁸⁶; ovvero la scelta di accogliere o meno gli impegni, a cui i giudici amministrativi attribuiscono addirittura caratteri di «ampia discrezionalità»⁸⁷).

Solo un'effettiva evoluzione in tal senso, però, sembra poter condurre ad un sistema in grado, almeno, di realizzare la *full jurisdiction*.

8. Si è cercato di dimostrare come la materia della potestà sanzionatoria della Amministrazione sia destinata a profonde modificazioni, a seguito del riconoscimento alla CEDU di rango di norma interposta *ex art. 117, co. 1, Cost.*, a cui dovrà presto seguire, nelle controversie di interesse comunitario, quello di norma comunitaria.

Invero, la CEDU pretende che dalla scelta del regime amministrativistico per una sanzione non derivi una riduzione di tutele, rispetto ad una qualificazione penalistica. Dunque le garanzie procedurali debbono essere prese sul serio, fino a giungere ad un procedimento davvero paragiurisdizionale, caratterizzato dalla effettiva realizzazione del principio del contraddittorio e da una sostanziale parità delle armi.

Alla mancanza di un simile, garantistico, procedimento si può, almeno a certe condizioni, ovviare tramite una *full jurisdiction*. Ossia una funzione giurisdizionale capace, in linea di principio, di superare i limiti del c.d. merito amministrativo.

In quest'ottica, l'art. 134 cod. proc. amm. può rappresentare, a fronte di un diritto vivente tutt'altro che attento ai diritti di difesa del cittadino nel procedimento, un importante (anche se, per

⁸⁶ Così, ad es., da ultimo, TAR Lazio, sez. I, 28 febbraio 2011, n. 1811: «In disparte i commenti extranormativi, la censura è priva di fondamento, in quanto fondata su un elemento (lievità dell'infrazione) autonomamente assunto dal ricorrente in palese contraddittorietà con la qualificazione discrezionale operata dal provvedimento (gravità dell'infrazione). Inoltre, risulta per tabulas che l'Autorità ha apprezzato espressamente sia la brevità della durata dell'infrazione, sia il ravvedimento operoso posto in essere dalla società.».

⁸⁷ Così da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3511: «E' noto infatti, ed anche per questa parte del ricorso vanno condivise le considerazioni dei giudici di primo grado, che l'Autorità gode di ampia discrezionalità nell'accogliere o nel respingere le offerte di impegno a cessare dal comportamento scorretto da parte dei soggetti che risultano destinatari della apertura di una procedura di infrazione.».

Cfr. anche TAR Lazio, sez. I, 5 ottobre 2011, n. 7735: «Né può versarsi in dubbio che l'atto contenente siffatto impegno deve essere espressivo di una chiara e compiuta volontà, idonea, secondo le circostanze e la discrezionale valutazione dell'Autorità, a determinare la cessazione della pratica scorretta nonché la eliminazione dei suoi effetti, o comunque dei suoi profili d'illegittimità.» e TAR Lazio, sez. I, 12 settembre 2011, n. 7182: «Con riferimento agli impegni previsti dall'art. 14 ter della legge n. 287 del 1990, questo Tribunale ha già avuto modo di precisare che l'accettazione degli impegni rispecchia valutazioni di ampia discrezionalità e che può essere rifiutata quando l'Autorità ritenga di dover comunque disporre l'irrogazione di una sanzione amministrativa in ragione della natura ed entità dell'infrazione, arguendo dal "considerando" di cui al punto 13 del Reg. (CE) n. 1/2003, secondo il quale "Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda" (cfr. T.A.R. Lazio - Roma - Sez. I - 6 giugno 2008, n. 557; 13 luglio 2010, n. 24991).»

la gran parte delle sanzioni delle autorità indipendenti, non di per sé risolutivo) momento di evoluzione.

Nel campo delle sanzioni contro le pratiche commerciali scorrette come in tutto il resto della esperienza della potestà sanzionatoria della Amministrazione, occorre però superare un ritardo si direbbe anzitutto culturale. Ritardo che ha portato la giurisprudenza a negare, a differenza che in altri ordinamenti europei, ogni effettivo rilievo ad una giurisprudenza CEDU che risale almeno alla prima parte degli anni 80 dello scorso secolo e la dottrina a non criticare, ma anzi spesso a ritenere condivisibili e quasi naturali, tali approcci.

Tuttavia, da ultimo, l'acquisita consapevolezza da parte della Consulta dei corretti termini della questione, nonché la prossima incorporazione della CEDU nel diritto comunitario con la conseguente intensità del dibattito che, in tale sede, sta fiorendo sulla potestà sanzionatoria della Commissione, hanno, mi pare, creato le condizioni per profondi ripensamenti. Ambizione di questo scritto era quella di offrire un qualche contributo in vista di una tale, auspicata, evoluzione.