

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

NUOVE FRONTIERE DELLA REGOLAZIONE
CONFORMATIVA DEI MERCATI: ESPERIENZE A
CONFRONTO

NUMERO MONOGRAFICO

A CURA DI M. CAPPAL, A. DAVOLA, U.
MALVAGNA, S. VACCARI

OTTOBRE / DICEMBRE

2025

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI,
ALESSANDRA CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, EDOARDO
CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO DAVOLA, ANGELA
GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA
SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO,
UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA
MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA
PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA
ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNAZI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INViate AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE. QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

IL PRESENTE FASCICOLO RACCOGLIE GLI ATTI DEL
CONVEGNO «NUOVE FRONTIERE DELLA
REGOLAZIONE CONFORMATIVA DEI MERCATI:
ESPERIENZE A CONFRONTO» TENUTOSI PRESSO
L'UNIVERSITÀ DI TRENTO IL 6 E IL 7 FEBBRAIO
2025

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Appunti sul potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti: tra procedimento e processo

SOMMARIO: 1. Le sanzioni amministrative: atti ‘dell’amministrazione’ o ‘di amministrazione’? Le opposte ricostruzioni riguardo alla natura sostanziale della funzione sanzionatoria. – 2. Il sindacato giudiziale sulle sanzioni amministrative ‘punitive’: modello *confutatorio* o *sostitutivo*? Le diverse interpretazioni del canone convenzionale della c.d. *full jurisdiction*. – 3. Incertezza e opinabilità residua nelle valutazioni dell’autorità amministrativa: la presunzione di innocenza e lo *standard* del c.d. *in dubio pro reo* come regola decisoria fondamentale in materia (sostanzialmente) penale.

1. *Le sanzioni amministrative: atti ‘dell’amministrazione’ o ‘di amministrazione’? Le opposte ricostruzioni riguardo alla natura sostanziale della funzione sanzionatoria.*

La natura sostanziale della funzione amministrativa sanzionatoria è oggetto di diverse, se non opposte, ricostruzioni teoriche.

Secondo una prima impostazione, tale funzione si esplica attraverso atti non riconducibili ai provvedimenti amministrativi in senso stretto¹. Si tratterebbe, infatti, di atti vincolati di accertamento dei presupposti soggettivi e oggettivi dell’illecito tipizzati *ex ante* dal legislatore², come tali privi di discrezionalità in senso ‘puro’³. Per essi, risulterebbe

¹ Nell’ambito della più generale riflessione sulle sanzioni amministrative, come atti ‘della’ amministrazione o atti – anche – ‘di’ amministrazione, si v. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative ‘punitive’ tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2022, 76 ss., secondo cui l’«atto di accertamento dell’illecito amministrativo si configura, sul piano strutturale e funzionale, in termini diversi dalla nozione di ‘provvedimento’», in ragione della natura interpretativa dell’attività di accertamento dell’illecito (p. 77).

² In questi termini, in giurisprudenza, C. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, in *Foro amm.*, 2022, 623 ss., ove si sostiene che la «sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del ‘mercato rilevante’) è una attività intellettiva ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa».

³ Cfr. R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 388 ss., oggi in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 274, ad avviso del quale, rispetto alle sanzioni

dunque più appropriata la riconduzione alla categoria della ‘decisione amministrativa’⁴.

In altri termini, in base a questo indirizzo interpretativo⁵, gli atti di esercizio della funzione amministrativa sanzionatoria si distinguono per

amministrative pecuniarie, in linea di massima «non c’è spazio per la discrezionalità; la legge ne stabilisce le condizioni, il tipo e la misura, lasciando margini solo per valutazioni tecnico empiriche: l’ammontare della somma è il risultato di criteri di giudizio posti per l’adeguamento della decisione alle caratteristiche del caso, non per tutelare interessi». L’a. aderisce, dunque, alla tesi già autorevolmente espressa da E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 138 s., secondo cui, nell’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, «[s]enza dubbio, non vi può essere discrezionalità dell’*an*: se ricorrono i presupposti di legge, la sanzione deve essere applicata; non sta all’amministrazione di valutare se convenga piuttosto omettere l’applicazione della pena pecuniaria». Ma «neppure in ordine alla misura della pena pecuniaria può ammettersi discrezionalità», in quanto la «determinazione in concreto non si compie mediante apprezzamento discrezionale-amministrativo» (tutt’al più una siffatta valutazione potrà essere denominata ‘discrezionalità del giudice’). In senso analogo si v., anche, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 114, nella parte in cui si rileva che la natura di ‘decisioni’ degli atti di applicazione delle sanzioni consente di escludere dal relativo procedimento «ogni margine di discrezionalità amministrativa: nel procedimento rilevano solo la cognizione del fatto [...], la valutazione del fatto sulla base del precezzo [...], la valutazione dell’infrazione sulla base della sanzione del precezzo» (ossia, nella prospettiva dell’a., valutazioni e non ‘scelte’ in senso tecnico). Da ultimo, si v. F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Diritto amministrativo*, 2025, 13, ove si nega perentoriamente che il «potere sanzionatorio (o, se si preferisce, l’attività di applicazione della sanzione) abbia carattere discrezionale in senso proprio», ritenendosi che esso non integri una ‘funzione amministrativa’, bensì una ‘funzione punitiva’ attribuita all’amministrazione (p. 14).

⁴ Così F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 262 e 264. In proposito si v., più di recente, D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative ‘punitive’*, cit., 79, ove si chiarisce che la ‘decisione amministrativa’ ricomprende gli «atti amministrativi, a carattere non dispositivo, bensì dichiarativo, aventi la funzione di accertare i presupposti e le conseguenze previsti dalla legge come reazione alla violazione di un precezzo, accertando l’applicabilità della legge ad un caso concreto».

⁵ Ampi riferimenti e considerazioni critiche in F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 79 ss., cui si fa rinvio anche per la principale dottrina e giurisprudenza.

un'efficacia dichiarativa, finalizzata a determinare l'applicabilità della legge al caso concreto. Di conseguenza, mancherebbe loro il carattere dell'«imperatività»⁶, assumendo maggiore rilievo la c.d. esecutività, intesa come la possibilità di formare un titolo esecutivo stragiudiziale senza la necessità di un previo accertamento giudiziale sulla fondatezza della pretesa amministrativa⁷.

Con riferimento alla fattispecie normativa sanzionatoria, l'orientamento in esame evidenzia un'accezione forte e particolarmente stringente del principio di legalità, cui si collegano corollari di matrice garantistica, quali la tassatività e la sufficiente precisione del preceitto. Per l'effetto, viene esclusa ogni possibilità per l'amministrazione di integrare la fattispecie legale modificando il perimetro della liceità delle condotte, sia ampliandolo sia restringendolo, in base a valutazioni discrezionali o di opportunità⁸. Anche l'eventuale presenza di concetti giuridici indeterminati nella struttura della norma incriminatrice non consentirebbe comunque al soggetto «applicatore» di esercitare margini di discrezionalità amministrativa, limitandosi quest'ultimo a svolgere una mera attività interpretativa.

Sempre secondo la suddetta impostazione teorica, la fase di commisurazione della sanzione non comporterebbe l'esercizio di discrezionalità amministrativa, potendo essere considerata – al più – come una manifestazione di discrezionalità «giudiziale»⁹. Anche in

⁶ Cfr., ancora, R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale*, cit., 279: «[s]e si accetta la prospettiva di una potestà sanzionatoria pecuniaria necessariamente afflittiva e separata dal potere di governo dell'area sussidiaria, si comprende come si possa ipotizzare, proprio per l'estraneità alla cura di interessi pubblici specifici, che si tratti di una potestà unilaterale sì, ma non imperativa: nel senso che l'Amministrazione determina da sola la misura afflittiva, ma siffatta misura non ha l'efficacia di degradare le situazioni giuridiche del destinatario, che mantengono la consistenza di diritto soggettivo».

⁷ Per ogni approfondimento sull'esecutorietà cfr., da ultimo, M. MAZZAMUTO, *Il diritto al primo colpo: unilateralità degli effetti e della esecuzione delle pretese amministrative*, in *Dir. economia*, 2024, 219 ss.

⁸ Cfr. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 75.

⁹ Aderisce a questa impostazione P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 123, alla stregua della tesi che non ravvisa nella sanzione l'esercizio di un potere amministrativo volto alla cura di un interesse pubblico, assegnando invece maggiore centralità alla finalità «punitiva» del trasgressore, nell'ottica della prevenzione speciale e generale (così ID., voce «*Sanzioni amministrative*», in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), VI, Milano, 2006, 5428). Secondo l'a., in particolare, la

questo caso, l'accento è posto sulla natura interpretativa di tale momento applicativo, che si fonda su parametri ordinamentali volti a determinare in concreto la ‘giusta sanzione’¹⁰, senza che assumano rilevanza eventuali interferenze legate al perseguitamento – almeno in via diretta – di specifici interessi pubblici¹¹.

In termini generali, adottando la prospettiva qualificatoria sommariamente descritta, l'asserito trasgressore sarebbe titolare – rispetto al potere di comminazione di sanzioni amministrative – di una situazione giuridica soggettiva che si configura come un diritto soggettivo¹² alla ‘giusta pena’ o all’integrità patrimoniale, con la

sanzione amministrativa è una «pena collegata, per fini di prevenzione, ad una violazione astrattamente prefigurata dalla legge e non uno strumento graduabile, in base ad una valutazione dell’amministrazione, in rapporto all’interesse pubblico da curare nel caso concreto».

¹⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 1111, secondo cui il giudice – quando fissa la misura corretta delle sanzioni amministrative – non fa altro che «trarre le conseguenze logiche dalla soluzione della controversia, riconoscendo al ricorrente ciò che gli spetta».

¹¹ Sul punto, si v. M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, 28, ove si sostiene che il ‘fine immediato’ delle sanzioni amministrative è quello di «colpire (punire) l’autore della trasgressione», esulando tale effetto dalla «soddisfazione diretta (inteso quest’ultimo aggettivo in senso finalistico e non contenutistico) dell’interesse (del soggetto pubblico o privato) specificamente pregiudicato». In giurisprudenza, è possibile richiamare il tradizionale orientamento relativo all’art. 11 della l. 24 novembre 1981, n. 689, in forza del quale «[p]er la determinazione delle pene pecuniarie l’amministrazione deve effettuare delle valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati». In altri termini, l’«autorità amministrativa, e successivamente il giudice [...] hanno un potere molto ampio di valutazione che è ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi, mentre in tema di sanzioni, l’ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all’amministrazione dev’essere esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell’autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria» (così, *ex multis*, Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, in *Giust. civ.*, 1987, 2837 ss.).

¹² Su un piano più generale, autorevole dottrina (il riferimento è a F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit., 261), a proposito dell’esercizio delle funzioni delle autorità c.d. neutrali (includendo tra queste l’AGCM), ha sostenuto che (i) con i loro atti «non vengono perseguiti interessi pubblici specifici, né vengono attuati indirizzi di politica amministrativa» (non ravvisando, pertanto,

conseguente tendenza a considerare il giudice ordinario quale giudice ‘naturale’ per il sindacato sulle sanzioni amministrative (pecuniarie).

A questo primo inquadramento si contrappone una diversa lettura, secondo cui non sussisterebbe alcuna rigida incompatibilità¹³ tra la finalità punitivo-repressiva, propria delle sanzioni amministrative, e la loro (contestuale) funzionalizzazione alla cura diretta di interessi pubblici¹⁴. Ciò appare particolarmente evidente rispetto all’attività delle autorità amministrative indipendenti, preposte alla tutela della

profili di discrezionalità amministrativa); che (ii) al cospetto di tali funzioni è «ingiustificato ritenere che le imprese, che li auspicano o li subiscono, siano titolari di interesse legittimi»; che (iii) tali atti «incidono su diritti soggettivi (e non su interessi legittimi)», potendosi ipotizzare che il provvedimento amministrativo – in siffatte ipotesi – sia tale «soltanto nella forma, ma non nella sostanza»: di talché, l’eventuale giudizio avrebbe a oggetto «non tanto l’atto (la legittimità dell’atto) quanto direttamente la situazione soggettiva, che ha natura [...] di diritto soggettivo». Il medesimo a., in F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 51, ribadisce la propria impostazione secondo cui «[l]e sanzioni amministrative proprie, essendo atti punitivi, impingono (direi, esclusivamente) su situazioni soggettive pienamente e direttamente tutelate, ossia su diritti soggettivi». In senso adesivo, riguardo alla titolarità di situazioni di diritto soggettivo in capo agli operatori economici ‘incriminati’ nell’ambito di procedimenti sanzionatori, si v. G. GRECO, *L’illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 473, il quale giustifica così la previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹³ In favore della c.d. complementarietà tra la funzione di amministrativa attiva e la funzione sanzionatoria cfr., per tutti, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 243, secondo cui i processi di depenalizzazione hanno «innescato fenomeni di aggregazione della funzione sanzionatoria nell’ambito di potestà amministrativa di cura di interessi, contribuendo ad accentuare la prevalenza di un modello della sanzione amministrativa qualificabile come mezzo dell’azione amministrativa».

¹⁴ Contra F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 10 s., secondo cui «[s]e la funzione delle sanzioni in generale, e di quelle amministrative in specie, è prettamente punitiva, l’interesse che con esse viene curato non è l’interesse specifico dato in cura volta a volta all’amministrazione, ma un interesse più generale, l’interesse alla effettività dell’ordine giuridico, un interesse per così dire ‘ordinamentale’». Ad avviso dell’autorevole a., infatti, è solo l’effetto di deterrenza che può esprimere un collegamento con gli interessi pubblici specifici curati dall’amministrazione (nt. 18, 19 e 22): ma si tratta di un effetto psicologico e non giuridico (essendo ravvisabile il carattere giuridico della sanzione nella ‘punizione’, intesa come comminazione di effetti sfavorevole per il trasgressore). Sicché, si sostiene che la funzione punitiva sia «ontologicamente diversa dalla funzione di cura di interessi pubblici (nel senso di interessi specifici attribuiti alla cura dell’amministrazione)» (p. 12).

concorrenza o di altri mercati vigilati¹⁵, che sono titolari di rilevanti funzioni di regolazione strettamente correlate a quelle sanzionatorie¹⁶. Del resto, analoghe conclusioni sono raggiunte – oltre che da una parte della giurisprudenza domestica¹⁷ – anche dal diritto convenzionale¹⁸ ed europeo, in particolare quando sottolinea che le sanzioni amministrative in materia *antitrust* irrogate dalla Commissione europea¹⁹ rappresentano uno strumento di ‘politica della concorrenza’²⁰.

¹⁵ Si pensi, ad esempio, al settore finanziario o bancario, ma anche a quelli dell’energia o delle telecomunicazioni.

¹⁶ Con riferimento a Consob cfr. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, *passim*; e, più in generale, R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, *passim*.

¹⁷ Si v., quantomeno, Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1978, n. 926, in *Foro It.*, 1978, c. 1177 ss.; ma anche C. Cost., 14 aprile 1988, n. 447, in *Foro It.*, 1990, c. 3364 ss., lì dove si ravvisa nelle sanzioni amministrative un «momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all’Amministrazione».

¹⁸ Si v., per tutte, C. Dir. Uomo, 27 settembre 2011 (‘*Menarini c. Italia*’), § 40: «[p]er quanto riguarda la natura dell’infrazione sembra che le disposizioni, la cui violazione è stata contestata alla società ricorrente, mirassero a tutelare la libera concorrenza del mercato».

¹⁹ Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 103: «la Commissione non solo gode di discrezionalità amministrativa sull’*an* e sul *quantum* della sanzione, ma può decidere di non iniziare nemmeno il procedimento sanzionatorio, pur quando un illecito appaia ipotizzabile; niente di più lontano, insomma, dall’idea italiana di una discrezionalità giudiziale, da, doverosamente esercitare in funzione della giustizia nel caso concreto».

²⁰ In questi termini, molto chiaramente, C. Giust. UE, 11 settembre 2014, in C-382/12, § 156, a proposito dell’intensità del sindacato giudiziale pur in presenza di profili di discrezionalità dell’autorità amministrativa investita delle funzioni *antitrust*: «il Tribunale non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto». Sul piano domestico, si v. C. Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giur. Cost.*, 2019, 94 ss., ove si sostiene che l’AGCM, «al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale». In senso analogo, già Cass., Sez. Un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Giur. it.*, 1994, 380 ss., ove – sempre con riferimento alle sanzioni comminate dall’autorità *antitrust* – si rileva che «nelle fattispecie di illecito di maggior rilievo l’atto medesimo non è di mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto *ex lege* in conseguenza della operazione vietata, ma ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri

La critica rivolta ai sostenitori del primo orientamento muove dall'assunto che, con larga frequenza, l'inquadramento teorico dell'attività sanzionatoria come funzione meramente intellettuale e rigidamente vincolata risponda a esigenze di razionalizzazione a posteriori di scelte politico-legislative relative al riparto di giurisdizione²¹, ossia per giustificare (anche sul piano costituzionale) la devoluzione al giudice ordinario della tutela nei confronti della maggior parte delle sanzioni amministrative depenalizzate. In sintesi, si verificherebbe sovente un'inversione logica nella ricostruzione giuridica tra dato processuale (che rappresenta un '*posteriorius*') e dato sostanziale (che esprime, invece, un '*prius*').

In particolare, secondo l'orientamento in esame, è necessario riconoscere l'esistenza di spazi o momenti di discrezionalità amministrativa²², sia nella fase di determinazione del '*quantum*' sanzionatorio, sia nel previo accertamento del c.d. '*an*' della pretesa punitiva.

Rispetto alla commisurazione del *quantum*, l'interesse pubblico sussidiato entrerebbe nell'ambito delle valutazioni svolte dall'amministrazione nell'applicare il parametro della 'gravità della violazione'²³, insieme ad altri criteri finalizzati ad assicurare la

del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti»; e Cass., Sez. Un., 9 novembre 2009, n. 23667, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2515 ss.

²¹ Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 84.

²² Sul punto, è evidente la distanza rispetto ai sostenitori del primo indirizzo, i quali propendono per la natura totalmente vincolata della funzione amministrativa sanzionatoria, o quantomeno per la presenza di valutazioni ascrivibili alla discrezionalità 'giudiziaria', ontologicamente distinta da quella amministrativa o 'pura'.

²³ Sulla relazione tra interessi sussidiati e parametro della gravità della violazione si v. le riflessioni di C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce «*Sanzioni amministrative*», in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 370, i quali tuttavia escludono ogni apprezzamento 'libero' finalizzato alla migliore realizzazione degli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione (risolvendosi la valutazione nella determinazione della lesione o della messa in pericolo degli interessi). *Contra*, F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 120, secondo cui «sarebbe del tutto irrealistico pensare che l'istituzionale finalizzazione dell'Amministrazione alla cura dell'interesse pubblico non si manifesti anche in sede di quantificazione della severità della risposta sanzionatoria».

proporzionalità (o, se si vuole, la ‘giustizia’) della commisurazione concreta della risposta sanzionatoria, in relazione alle caratteristiche personali del trasgressore. Il che dà origine a una ponderazione tra le esigenze obiettive di tutela dell’interesse pubblico e la proiezione soggettiva della misura sanzionatoria. Si noti, peraltro, che una parte autorevole della dottrina²⁴ ha da tempo osservato che anche la commisurazione delle sanzioni (formalmente) penali, alla stregua dei parametri di cui all’art. 133 c.p.²⁵, non rappresenta una valutazione giudiziaria di carattere vincolato, evidenziando profili di discrezionalità ampia in capo al giudicante²⁶, più affini alla nozione amministrativistica che non a quella (maggiormente neutra e oggettiva) di natura giudiziaria²⁷.

Rispetto al c.d. *an*, a differenza dell’impostazione più diffusa che, come anticipato, rimarca – per esigenze di imparzialità e di buon andamento²⁸ – il carattere vincolato e la doverosità della funzione di

²⁴ Il richiamo è, in particolare, a G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell’applicazione della pena*, Milano, 1939, 21 ss., ma anche *passim*.

²⁵ Gli indici di gravità del reato, soggetti ad apprezzamento discrezionale del giudice penale, richiamano i criteri di commisurazione delle sanzioni amministrative depenalizzate previsti dall’art. 11 della l. n. 689/1981 («[n]ella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell’applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all’opera svolta dall’agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche»).

²⁶ La giurisprudenza penale, in alcuni arresti, arriva ad affermare che l’adeguatezza della pena in concreto costituisce più un’‘intuizione’ del giudicante che un processo logico di natura analitica (così, *ex multis*, Cass. Pen., sez. II, 28 maggio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 2841 ss.; Cass. Pen., sez. VI, 15 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, 1808 ss.; Cass. Pen., sez. II, 18 gennaio 1985, in *Riv. pen.*, 1985, 1080).

²⁷ Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 115, ad avviso del quale «ipotizzare una discrezionalità giudiziale nella determinazione delle sanzioni come qualcosa di oggettivamente diverso dalla discrezionalità amministrativa ha (forse) senso in una visione meramente retributivistica della sanzione» (si evidenzia, in particolare, la rilevanza della finalità rieducativa della pena, che necessariamente condiziona l’attività di determinazione in concreto della sanzione).

²⁸ Così M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 199.

applicazione delle sanzioni amministrative²⁹, sarebbe altrettanto possibile riconoscere la presenza di discrezionalità amministrativa.

In primo luogo, si consideri che già l'ammettere spazi di discrezionalità amministrativa nella fase di commisurazione della sanzione (il c.d. *quantum*) implica – allo stesso tempo – riconoscere la presenza di discrezionalità anche nell'*an* della pretesa punitiva.

Invero, la decisione di irrogare una sanzione pecuniaria di importo pari a zero o di entità simbolica è espressione di una scelta discrezionale a favore dell'opzione (tra le alternative astrattamente possibili) di non sanzionare, o comunque di non sanzionare in misura afflittiva. Inoltre, la rimeditazione del tradizionale inquadramento del potere sanzionatorio trova una giustificazione nella (sempre più ampia) ammissibilità di forme di ‘negoziabilità’ della pretesa punitiva.

A tale proposito, è possibile richiamare, come rilevanti esempi³⁰:

(i) la facoltà di definire il procedimento sanzionatorio senza accertamento dell'infrazione, ma con impegni – reputati ‘idonei’ (di qui, la discrezionalità dell'autorità amministrativa) – che pongano obblighi a carico dell'impresa³¹;

²⁹ Riscontrati i presupposti oggettivi e soggettivi integralmente tipizzati dal legislatore.

³⁰ Si v., *amplius*, M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), 2013, 89 s., secondo cui – disposizioni come quelle richiamate *infra* nel testo – consentono di «desumere che l'ordinamento non è interessato tanto a punire chi commette l'illecito quanto a ristabilire l'ordine concorrenziale violato». Di conseguenza, anche nel procedimento sanzionatorio, l'«interesse istituzionalmente affidato all'Autorità è preminente rispetto a quello a punire il trasgressore». Sebbene l'a. precisi (p. 94 e s.) – alla luce della fisiologica ‘plurifunzionalità’ delle sanzioni amministrative – l'imprecisione di ogni classificazione rigidamente incentrata sul solo criterio ‘funzionale’, concludendo che «non è scorretto sostenere che le Autorità indipendenti, minacciando e applicando la sanzione, perseguitano l'obiettivo di rendere effettivi i valori della regolazione; ma sarebbe certamente parziale ritenere che, in virtù di ciò, tali sanzioni siano prive del carattere afflittivo nei confronti del trasgressore e non svolgano funzione di prevenzione; e, al tempo stesso, sarebbe irragionevole negare che le sanzioni amministrative ‘ordinarie’ spesso costituiscano strumenti di cura indiretta dell'interesse affidato all'amministrazione».

³¹ Con riferimento all'AGCM cfr. l'art. 14-ter della l. n. 287/1990 (in proposito si v., quantomeno, G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive.*, G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di),

(ii) la possibilità, in materia *antitrust*, di comminare sanzioni di importo ‘simbolico’³²;

(iii) l’adozione di programmi di clemenza (c.d. *leniency program*)³³ che consentono la riduzione o, addirittura, l’esclusione della sanzione;

(v) infine, la possibilità di concludere – in esito a discussioni informate al principio del contraddittorio – transazioni con l’AGCM a seguito dell’apertura di istruttorie per presunti illeciti concorrenziali³⁴.

Stando quantomeno agli esempi prospettati, il riconoscimento di forme (più o meno ampie) di ‘transattibilità’ o ‘negoziabilità’ della pretesa punitiva comporta l’inserimento nella funzione sanzionatoria di valutazioni dell’autorità pubblica, espressione di discrezionalità amministrativa³⁵. Ciò dovrebbe contribuire a superare il tradizionale timore del danno erariale derivante dalla rinuncia a un credito sanzionatorio, beninteso laddove si adotti la tradizionale ricostruzione

Padova, 2013, 123 ss.; e C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012); rispetto all’AGCOM cfr. l’art. 14-bis del d.l. n. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006; per quanto concerne l’ARERA cfr. l’art. 45, co. 3, del d.lgs. n. 93/2011. Più di recente, l’art. 196-ter T.U.F. ha previsto la possibilità di definire con impegni anche i procedimenti sanzionatori di competenza della Consob, tenendo conto della ‘gravità delle violazioni’ e della ‘tutela degli interessi lesi’.

³² Cfr. il punto 33 delle Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’art. 15, co. 1, della l. n. 287/1990 (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

³³ Cfr. l’art. 15-bis della l. n. 287/1990. Si v., per tutti, M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), Milano, 2007, 57 ss. e P. ZIOTTI, *Programmi di clemenza nel diritto della concorrenza*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2012, 575 ss.

³⁴ Cfr. l’art. 14-quarter della l. n. 287/1990, introdotto dall’art. 34, co. 1, della l. 5 agosto 2022, n. 118.

³⁵ Salvo ritenere che l’attività di irrogazione della sanzione conservi una natura vincolata e, come tale, priva di discrezionalità (in senso amministrativo), limitando le valutazioni sull’interesse pubblico sussidiato alle sole modalità di definizione alternativa del procedimento. Tuttavia, desta non poche perplessità sul piano teorico una ricostruzione che fondi la distinzione tra poteri vincolati o discrezionali sulla possibile conclusione del procedimento sanzionatorio. Per una critica cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 141, secondo cui risulterebbe artificioso «‘scomporre’ la fattispecie in due atti (decisione sugli impegni o sull’ammissione al programma di *leniency* – discrezionale – e poi sanzione – in tesi vincolata), quando in realtà gli atti sono ricompresi nel medesimo procedimento sanzionatorio».

che ne ravvisa la genesi nella fonte legale, secondo lo schema di dinamica giuridica ‘norma-fatto-effetto’³⁶.

L’impostazione ora sintetizzata trova un’ulteriore conferma sul piano processuale. Rispetto alle sanzioni devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tenendo conto dell’interpretazione dell’art. 103 Cost. fornita dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204/2004³⁷, occorre ammettere l’esistenza di un collegamento con il potere autoritativo dell’amministrazione, nonché di situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, pur ‘intrecciate’ a diritti soggettivi, pena l’incostituzionalità delle suddette assegnazioni³⁸.

Assumendo in via teorica questa seconda impostazione, ne discende che l’asserito trasgressore sarebbe titolare, rispetto al potere sanzionatorio, di un interesse legittimo³⁹. Di conseguenza, il giudice amministrativo dovrebbe essere il giudice naturale per il sindacato di tali sanzioni, comprese quelle comminate da Consob e da Banca d’Italia, le quali – per scelta politico-legislativa – risultano attualmente devolute al giudice ordinario, dando luogo ai noti problemi di difetto ‘nomofilattico’ negli standard di sindacato applicati dai due plessi giurisdizionali.

³⁶ Secondo questa prospettiva, l’amministrazione si limiterebbe a rendere ‘operativa’ ed ‘esecutiva’ in concreto un’obbligazione *ex lege* da fatto illecito.

³⁷ Cfr. C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 214 ss., nella parte in cui si è chiarito che le ‘particolari materie’ *ex art. 103 Cost.* «devono essere ‘particolari’ rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo».

³⁸ Solleva dubbi a proposito dell’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva *ex art. 133, co. 1, lett. I*, c.p.a. sulle sanzioni delle autorità indipendenti F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 51. Ad avviso del chiaro a., infatti, sembra «fuori luogo averne fatto materia di giurisdizione esclusiva, considerato che non si ravvisa alcuna commistione di diritti e interessi che la possa rendere costituzionalmente legittima».

³⁹ Cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017, 383 ss., ma anche *passim*; nonché C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 130 ss., in part. 138; e M.A. SANDULLI, voce «*Sanzioni amministrative*», in *Enc. Giur.*, Roma, 1992, 18.

2. Il sindacato giudiziale sulle sanzioni amministrative ‘punitive’: modello confutatorio o sostitutivo? Le diverse interpretazioni del canone convenzionale della c.d. full jurisdiction.

Il progressivo riconoscimento di uno spazio di discrezionalità amministrativa nell'*an* e nella commisurazione della risposta sanzionatoria, unitamente alla natura strumentale di quest’ultima rispetto all’*enforcement* di determinati interessi pubblici⁴⁰, sembra implicare – al contempo – l’esistenza di ambiti di valutazione ‘riservati’ all’amministrazione. Si tratta della logica del c.d. *ipse dixit*, giustificata dalla particolare *expertise* delle autorità incaricate, dall’elevata complessità tecnica della materia trattata o, ancora, dal principio democratico e della sovranità popolare⁴¹.

In altri termini, secondo la tradizionale struttura della relazione giudice-amministrazione, laddove vi sia discrezionalità (amministrativa o tecnica⁴²), il giudice è tenuto a rispettare il ‘merito’ delle valutazioni fornite dall’amministrazione in esito al procedimento, senza potersi sostituire a essa, salvo che nelle forme e nei limiti di un

⁴⁰ Si pensi, ad esempio, alla tutela della concorrenza o dei mercati regolamentati.

⁴¹ Si può richiamare l’autorevole impostazione di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 151 ss. nonché 220 ss., in merito alla configurazione di un ‘potere’ di valutazione tecnica in capo all’amministrazione, tale da precludere un sindacato ‘sostitutivo’ da parte dell’organo giurisdizionale. *Contra*, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 1627, ove si traccia la seguente alternativa: «o si tratta davvero di scelte che non coinvolgono gli interessi pubblici ma solo il sapere specialistico, e allora i valori democratici di sovranità popolare non sembrerebbero avere, per definizione, nulla da dire in proposito [...]; oppure, al contrario, occorrerebbe accettare che, anche in tali scelte tecniche, vi sia una componente di valutazione (o pre-valutazione) degli interessi, ma questo è, a ben vedere, esattamente l’assunto che tale tesi, persuasivamente, nega, laddove distingue con limpidezza tra valutazioni tecniche complesse e discrezionalità amministrativa».

⁴² Tanto che la locuzione ‘discrezionalità tecnica’ dipende storicamente dall’esigenza di estendere le tecniche e i limiti di sindacato sull’eccesso di potere (anche) all’accertamento di fatti complessi, ossia implicanti l’utilizzo di criteri tecnico-scientifici opinabili. Del resto, come condivisibilmente osservato in chiave critica da G. GRECO, *L’illecito anticoncorrenziale*, cit., 480, è senz’altro più semplice per il giudice «trattare la c.d. discrezionalità tecnica come fosse una discrezionalità amministrativa, onde evitare accertamenti complessi e istruttorie non facili da gestire».

sindacato c.d. debole o estrinseco sugli accertamenti, valutazioni e decisioni espresse nell'atto impugnato⁴³.

Tuttavia, la significativa influenza del diritto sopranazionale, *in primis* convenzionale⁴⁴, ma anche europeo, ha messo in discussione tale assunto, indipendentemente dalle richiamate riflessioni teoriche nazionali sulla natura dell'attività amministrativa sanzionatoria. In particolare, l'applicazione dell'art. 6 della CEDU⁴⁵ alle sanzioni c.d.

⁴³ Si v., ad esempio, C. Stato, sez. VI, 14 marzo 2001, n. 1348, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 367 ss. (con nota di M. De Benedetto), ove si sostiene che «[a]llorché [...] viene dedotto, avverso i provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate». Un siffatto tipo di sindacato si traduce in una 'presunzione di esattezza' della ricostruzione tecnico-scientifica dell'autorità amministrativa (nel senso che il «giudice si attiene ad essa se non sia stata smentita, e non invece a condizione che sia stata verificata con esito positivo» - A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 443). In proposito, F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 54, ritiene che – a tutt'oggi – il giudice amministrativo sia legato al proprio schema 'ideologico-processuale': «sindaca il modo in cui l'amministrazione esercita il suo potere, ritiene rilevanti i vizi procedimentali, svolge un sindacato limitato (di ragionevolezza, anzi, di non manifesta irragionevolezza e sproporzionalità) sul contenuto dell'atto sanzionatorio, e ha molte remore, nonostante la chiara disposizione del codice processuale sui poteri spettantigli nella giurisdizione estesa al merito, a sostituirsi pienamente all'amministrazione».

⁴⁴ Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 685 ss.

⁴⁵ Art. 6 CEDU ('Diritto a un equo processo'): «1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. Ogni accusato ha più specialmente diritto a: a) essere informato, nel più

punitive⁴⁶ (ossia, le ‘*criminal offences*’⁴⁷) comminate da soggetti amministrativi⁴⁸, sulla base di procedure sostanziali non conformi alle garanzie convenzionali, ha comportato – come è noto – la necessità di un loro recupero *ex post*, mediante il sindacato giudiziale nella forma ‘compensativa’ della c.d. *full jurisdiction*. Non da ultimo, perché una piena conformità delle procedure amministrative sostanziali ai canoni e alle garanzie dell’‘equo processo’⁴⁹ avrebbe richiesto l’adozione di riforme significative da parte degli Stati firmatari della CEDU⁵⁰.

breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile, e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa; c) difendersi da sé o avere l’assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia; d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l’interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell’udienza».

⁴⁶ Cfr. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative ‘punitive’*, cit., 47, ove si chiarisce che le sanzioni amministrative ‘punitive’ rappresentano le «misure afflittive che, per quanto applicate da organi di natura amministrativa e non giurisdizionale, sono attratte, per impulso degli impegni assunti a livello internazionale, nell’alveo protettivo delle principali garanzie riconosciute in ‘materia penale’, al di là della loro formale qualificazione giuridica». La qualificazione di una sanzione formalmente amministrativa come illecito penale ai sensi della CEDU dipende dall’applicazione dei c.d. criteri ‘Engel’ (C. Dir. Uomo, 8 giugno 1976, ‘*Engel e altri c. Paesi Bassi*’, § 82; fondamentale anche la successiva sentenza della C. Dir. Uomo, 21 febbraio 1984, ‘*Oztürk c. Germania*’, annotata da C.E. PALIERO, ‘*Materia penale’ e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione ‘classica’ a una svolta radicale*’, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 893 ss.), ossia la classificazione giuridica effettuata dall’ordinamento nazionale, la natura dell’infrazione e il grado di severità della sanzione.

⁴⁷ Come è noto, la nozione di ‘materia penale’ è stata elaborata dalla Corte EDU in funzione anti-elusiva, assumendo così un significato autonomo rispetto alla corrispondente nozione domestica (sul punto, si rinvia per tutti a G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2012, 21 ss.).

⁴⁸ Per ogni approfondimento, si v. quantomeno M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*; e F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, *passim*.

⁴⁹ Cfr., *amplius*, F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 1775 ss.

⁵⁰ Si v. M. ALLENA, *La full jurisdiction tra sindacato di ‘maggiore attendibilità’ del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in *L’applicazione*

Come più volte chiarito dalla Corte EDU⁵¹, l'espressione 'full jurisdiction' indica un sindacato pieno, 'point by point'⁵², sia in fatto sia in diritto, riguardante tanto l'*an* che il *quantum* della sanzione sostanzialmente penale. La pretesa sanzionatoria e, in via correlata, la situazione giuridica soggettiva dell'asserito trasgressore entrano così direttamente nell'oggetto del giudizio di opposizione alle sanzioni⁵³, pur mantenendo una struttura formalmente impugnatoria, in ragione dell'imprescindibile necessità di un 'atto' che applichi la sanzione al trasgressore⁵⁴.

A causa dell'approccio marcatamente casistico e anti-dogmatico del diritto convenzionale – la CEDU è infatti considerata un 'living

dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei, A. CARBONE (a cura di), Napoli, 2020, 26, dove si evidenzia che, nella maggior parte degli Stati europei aderenti alla CEDU, i procedimenti amministrativi presentano (i) carattere inquisitorio, (ii) un modello di contraddittorio di tipo 'verticale' e (iii) una distinzione significativa – sul piano delle forme – rispetto al processo.

⁵¹ Cfr., per tutte, C. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, 'Grande Stevens v. Italy, § 139, ove si precisa che «[f]ra le caratteristiche di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore». In particolare, «esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito».

⁵² Nella giurisprudenza domestica, cfr. l'interpretazione della formula offerta da C. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, in *Foro amm.*, 2015, 763 ss.: «[i]l sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale. La piena giurisdizione implica il potere del giudice di condurre un'analisi 'point by point' su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'amministrazione».

⁵³ Cfr., *ex multis*, Cass., 24 gennaio 2019, n. 1921, in *Foro It.*, 2019, c. 1235 ss., ove si evidenzia che il «giudizio di opposizione a sanzione amministrativa si configura come un giudizio rivolto all'accertamento del fondamento della pretesa sanzionatoria».

⁵⁴ Autorevole dottrina (R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale*, cit., 290) ha osservato, in materia sanzionatoria, che «oggetto dell'accertamento giudiziale è l'intera fattispecie, comprensiva dell'atto, giacché questo completa l'imposizione di cui va verificata la conformità allo schema legale».

*instrument*⁵⁵ – si è sviluppato un ampio dibattito, nell’ordinamento giuridico italiano e non solo, sulla portata, il significato e l’intensità del modello di sindacato sintetizzato dalla formula riassuntiva di *full jurisdiction*.

Secondo una parte della dottrina⁵⁶, il suddetto paradigma deve essere interpretato in modo rigoroso, ossia come un sindacato integralmente ‘sostitutivo’,⁵⁷ In altre parole – utilizzando un’espressione tipica del diritto amministrativo domestico – si tratterebbe di un sindacato di ‘merito’⁵⁸. In questa prospettiva, neppure la presenza di discrezionalità

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, C. Dir. Uomo, 12 luglio 2001, ‘*Ferrazzini v. Italy*’, § 26: «[t]he Convention is, however, a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions».

⁵⁶ Si v., in particolare, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., *passim*; e F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 546 ss., cui si rinvia anche per il richiamo alla principale giurisprudenza convenzionale a supporto della tesi dell’a.

⁵⁷ Cfr., nella giurisprudenza europea più recente, C. Giust. UE, sez. IV, 23 marzo 2023, in C-412/21 (‘*Dual Prod S.r.l.*’), § 42, ove si chiarisce che l’«articolo 47 della Carta richiede che ogni destinatario di una sanzione amministrativa di natura penale disponga di un mezzo di ricorso che gli consenta di far controllare tale sanzione da un organo giurisdizionale dotato di una competenza estesa al merito».

⁵⁸ Secondo un’illustre dottrina (F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit., 264), in materia sanzionatoria il giudice può sostituire la decisione adottata dall’autorità amministrativa con una propria. Tuttavia, ciò non configura (tecnicamente) un sindacato di merito, inteso come valutazione delle scelte discrezionali, bensì una nuova «determinazione in ordine alla fondatezza della parte della decisione dell’Autorità che riguarda le sanzioni». Il presupposto concettuale da cui muove l’autorevole a. è che, prendendo a esempio il potere dell’AGCM, l’autorità eserciti un «potere di decisione e non un potere di provvedere a cura di un interesse pubblico specifico, e nemmeno di una serie di interessi pubblici specifici, da individuare e coordinare nel procedimento». Nella formazione di tali ‘decisioni’ (che non costituiscono provvedimenti in senso tecnico) non vi è «nessun esercizio di discrezionalità amministrativa; e quindi non vi [può] essere nessun merito e nessun sindacato di merito». In altri termini, non esistono «scelte tecniche (tecnico-discrezionali) riservate all’Autorità, dato il carattere neutrale del suo potere, la natura decisoria dei suoi provvedimenti, e la loro incidenza su diritti soggettivi»: di talché, «quello che viene qualificato come un giudizio di legittimità, si rivela in realtà essere un giudizio di verità e di fondatezza, o, se si vuole, di persuasività sul piano tecnico delle decisioni delle Autorità». Similmente, E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in AA.VV., *Atti del XXVI Convegno di Varenna*, Milano, 1982, 119, ove si collega la possibilità di una sostituzione processuale all’assenza di discrezionalità amministrativa in materia sanzionatoria. Ad avviso del chiaro a., «in specie, il giudice competente per

amministrativa nella fattispecie sostanziale costituirebbe un ostacolo al pieno dispiegarsi della *full jurisdiction*, salvo l'unico (ed eccezionale) limite delle questioni 'strettamente politiche'⁵⁹ ('*wide policy aims*'), connesse al principio di democraticità nella sua accezione più ampia⁶⁰ e non soggette, peraltro, a interpretazioni estensive.

In quest'ottica, la funzione compensatoria del processo implica, sul piano cognitorio, un'identità piena rispetto all'oggetto del procedimento, seguendo una logica rinnovatoria (o, se si preferisce, di 'appello' di una precedente decisione⁶¹) e non semplicemente

l'impugnativa, se dotato di giurisdizione nel merito (in senso civilprocessuale), può decidere sostituendosi all'amministrazione; invero, solo in presenza del potere discrezionale (amministrativo) v'è la insostituibilità, a tutela del principio di organizzazione dello Stato che si vuole esprimere con la formula della divisione del potere».

⁵⁹ Va tuttavia osservato che questo ambito riservato, di carattere eccezionale, può riguardare esclusivamente le controversie afferenti alla 'materia civile' ai sensi CEDU (*i.e.* i 'civil rights and obligations') e non quelle relative alla 'materia penale' (*i.e.* le 'criminal offences'), categoria che include anche le sanzioni amministrative di natura punitiva.

⁶⁰ In proposito, si rinvia *amplius* alle riflessioni di M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., 311 ss., in part. 314, dove si chiarisce che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, gli spazi di insindacabilità assoluta sono limitati alle «sole scelte amministrative più democraticamente rilevanti (dal punto di vista del principio di sovranità popolare), perché investenti le questioni fondamentali di governo della comunità come quelle di indirizzo o pianificatorie (tramite le quali vengono predeterminate le linee di sviluppo dell'azione amministrativa successiva), ovvero perché coinvolgenti profili di regolazione o di macro-organizzazione»; e di F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 572 s., secondo cui le limitazioni alla pienezza della giurisdizione possono riguardare esclusivamente le «scelte non solo specialistiche, ma altresì discrezionali pianificatorie-politiche, di *policy* [...]»: quelle cioè più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse». Quanto alla giurisprudenza convenzionale, si v. almeno C. Dir. Uomo, 14 novembre 2006, 'Tsfayo vs. United Kingdom'.

⁶¹ Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., 1633, secondo cui l'organo giurisdizionale adito «dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un *novum judicium*». In senso analogo, anche, F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 19. Nella giurisprudenza convenzionale, cfr. ancora C. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, 'Grande Stevens v. Italy', § 139, nella parte in cui

‘cassatoria’⁶². Il giudice, pertanto, non deve limitarsi a un mero sindacato di ‘attendibilità’ dell’accertamento svolto dall’amministrazione sanzionante, quanto operare sul diverso piano – intrinseco – della “‘condivisibilità’ della decisione⁶³.

In altri termini, l’idea è quella di realizzare un ‘continuum’ tra procedimento e processo⁶⁴, senza però violare il principio di

si fa riferimento alla decisione resa dall’‘organo inferiore’ per evidenziare la natura ‘appellatoria’ della c.d. giurisdizione piena.

⁶² In questi termini, in giurisprudenza, C. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 740 ss. (caso ‘Avastin’), con nota critica di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*: «l’esigenza di assicurare un controllo di ‘full jurisdiction’ sulle sanzioni irrogate dall’Autorità antitrust [...] ha spinto i giudici a connotare il processo amministrativo in termini di gravame ‘appellatorio’ piuttosto che ‘cassatorio’ di legittimità». Alla stregua di tale premessa, il giudice amministrativo ha ritenuto di sostituire il tradizionale sindacato di ‘attendibilità’ con un più rigoroso e intenso sindacato di ‘maggiore attendibilità’, richiamando a supporto lo scrutinio svolto dal giudice civile nell’ambito delle azioni risarcitorie c.d. *stand alone*, ossia per illeciti concorrenziali non previamente accertati con decisioni sanzionatorie dell’AGCM. Tuttavia, dopo pochi mesi, la stessa Sezione del Consiglio di Stato sembra essere ritornata a un modello di sindacato più tradizionale e deferente, affermando che «[i]l sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l’Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell’amministrazione con quelle giudiziali» (C. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022, in *Foro amm.*, 2019, 1471 ss.).

⁶³ *Contra*, nella giurisprudenza più recente, Cass., Sez. Un., 22 settembre 2023, n. 27140, ove si sostiene che il «sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, pur non estendendosi al merito con conseguente sostituzione di un proprio provvedimento con quello impugnato, comporti la verifica diretta dei fatti posti a fondamento dell’atto e si estenda anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso il sindacato è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità Garante».

⁶⁴ La formula si rinviene in C. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, in *Foro amm.*, 2015, 763 ss.: «[i]l sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l’esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale».

separazione dei poteri⁶⁵. Secondo una certa lettura della giurisprudenza della Corte EDU, infatti, è possibile individuare un'implicita adesione del giudice sovranazionale alla concezione kelseniana delle funzioni sovrane⁶⁶, basata sulla distinzione dualistica tra '*legis-latio*' (creazione di norme) e '*legis-executio*' (applicazione di norme)⁶⁷: il che finirebbe per accomunare amministrazione e giurisdizione all'interno della medesima funzione 'aggiudicativa' (nel senso di '*adjudication*'), poiché entrambi i soggetti sono preposti all'applicazione concreta delle norme giuridiche di diritto obiettivo.

Ragionando in conformità all'impostazione sopra esposta, il sindacato sostitutivo sarebbe pienamente compatibile con il principio di separazione dei poteri, il quale trova una declinazione di diritto positivo nella regola che vieta al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati⁶⁸. Pertanto, è sufficiente che il giudice decida dopo

⁶⁵ È stato anche osservato (F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 591) che la 'materia penale' è «tradizionalmente, in pressoché tutti gli ordinamenti europei, di normale spettanza del potere giudiziale». Di conseguenza, diventa «difficile lamentare un'invasione della sfera dell'esecutivo da parte del potere giudiziario, quando in realtà la potestà penale è connaturata a quest'ultimo».

⁶⁶ Si v., *amplius*, M. ALLENA, F. GOISIS, 'Full jurisdiction' Under Article 6 ECHR: *Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in *European Public Law*, 2020, 287 ss.

⁶⁷ Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, 4° ed., Milano, 1963, 260 s.: «[i]n realtà, alla base dell'abituale tricotomia sta una dicotomia. La funzione legislativa si contrappone sia a quella esecutiva che a quella giurisdizionale, le quali sono evidentemente in più stretto rapporto fra loro che con la prima. La legislazione (la *legis latio* del diritto romano) è la creazione delle leggi (*leges*). Se parliamo di 'esecuzione', dobbiamo domandarci che cosa viene eseguito. Non vi è altra risposta all'infuori dell'affermazione che ad essere eseguite sono le norme generali, la costituzione e le leggi create dal potere legislativo. L'eseguire le leggi è, però, anche la funzione del cosiddetto potere giurisdizionale. Questo potere non è distinguibile dal cosiddetto potere 'esecutivo' per il fatto che soltanto gli organi di quest'ultimo 'eseguano' delle norme. Tanto dal potere esecutivo quanto dal potere giurisdizionale vengono eseguite delle norme giuridiche generali; la differenza è semplicemente che, in un caso, l'esecuzione delle norme generali è affidata ai tribunali e, nell'altro, ai cosiddetti organi 'esecutivi' o amministrativi. La tricotomia comune è quindi in fondo una dicotomia, la distinzione fondamentale fra *legis latio* e *legis executio*».

⁶⁸ Rispetto al processo amministrativo, si v. la regola codificata all'art. 34, co. 2, c.p.a., ove si dispone che «[i]n nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati». In dottrina, rispetto al tema in discorso, cfr. M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi*

che l'amministrazione abbia già emesso la propria decisione⁶⁹, non esistendo alcun privilegio amministrativo o riserva esclusiva di definizione dell'*an* o del *quantum* del rapporto sanzionatorio, bensì un diritto alla 'prima decisione' sulla fattispecie concreta⁷⁰.

Ad ogni modo, la tesi sinteticamente delineata solleva alcuni importanti interrogativi.

In particolare, ci si può domandare se una configurazione del giudizio di *full jurisdiction* integralmente 'ripetitiva' e sostitutiva non rischi di comportare una dequotazione⁷¹ eccessiva delle eventuali violazioni delle garanzie procedurali, non riconoscendo loro un carattere di per sé invalidante. Ciò rappresenta anche un corollario della tesi che identifica l'oggetto del giudizio sulle fattispecie in esame nel 'rapporto' o nella 'pretesa sanzionatoria'⁷², con conseguente

note, in *P.A. - Persona e amm.*, 2018, 321 ss. In particolare, l'a. ricorda (325 s.) che il divieto per il giudice di farsi amministratore (sul quale si v. anche le importanti riflessioni di M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 82 ss.) si giustifica «più che come un omaggio al modello teorico della separazione dei poteri [...] per l'esigenza storica e pratica del giudice stesso di avere e fornire una immagine come di un soggetto imparziale e terzo rispetto al potere esecutivo».

⁶⁹ Il riferimento è all'importante e autorevole tesi di Franco Ledda (cfr., in particolare, F. LEDDA, *Efficacia del processo e ipoteca degli schemi*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 315 s.; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ivi, 391 ss.) secondo cui il 'problema' del giudice costituisce un problema di 'secondo livello' rispetto al problema dell'amministrazione. Sul pensiero dell'a., si rinvia *amplius* alla ricostruzione offerta da M. TRIMARCHI, 'Problema dell'amministrazione' e 'problema del giudice': principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda, in *Sindacato giurisdizionale e 'sostituzione' della pubblica amministrazione*, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), Milano, 2011, 177 s.

⁷⁰ Cfr. M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati*, cit., 334 s.: «la *full jurisdiction* è configurata dalla giurisprudenza convenzionale europea come riesame di una precedente decisione, sia pur esteso al merito quando la decisione attiene alla materia penale e in ogni caso senza il limite delle valutazioni tecniche» (il che preserva, dunque, il carattere 'successivo' dell'intervento giudiziale).

⁷¹ Si consideri, ad esempio, l'applicazione della regola di cui all'art. 21-octies, co. 2, della l. n. 241/1990, in materia di vizi formali e procedurali non invalidanti.

⁷² Si v., per tutte, Cass., 30 giugno 2020, n. 13150, ove si è ribadito che «in tema di sanzioni amministrative, l'opposizione all'ordinanza - ingiunzione non configura un'impugnazione dell'atto ed introduce, piuttosto, un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, devolvendo al giudice adito la

riconoscimento della possibilità per il giudice di riesercitare integralmente la funzione sanzionatoria.

In effetti, più di un dubbio può sorgere circa l'efficacia del processo nel recupero *ex post* delle illegittimità procedurali commesse sul piano sostanziale⁷³. Se non altro, considerando il carattere afflittivo delle c.d. *major offences*⁷⁴ e, in particolare, lo 'stigma' derivante dai meccanismi di pubblicazione delle sanzioni (c.d. *naming and shaming*), non è affatto scontato che il processo possa realmente garantire forme effettive di 'compensabilità'. Infatti, il recupero *ex post* delle violazioni dei diritti procedurali non elimina (in tutto o in parte) la quota di afflittività già subita dall'asserito trasgressore a causa dell'esecutività dei provvedimenti sanzionatori e, frequentemente, della loro diffusione attraverso la pubblicazione⁷⁵.

Da qui il suggerimento – sebbene in un'ottica 'de jure condendo' – di posticipare l'efficacia delle sanzioni amministrative punitive

piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della stessa». In senso analogo, già Cass., 2 aprile 2015, n. 6778, nella parte in cui si precisa che l'«opposizione alla pretesa [...], una volta proposta, devolve al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della pretesa stessa, con l'ulteriore conseguenza che [...] il giudice ha il potere-dovere di esaminare l'intero rapporto, con cognizione che non è limitata alla verifica della legittimità formale dell'atto, ma si estende – nell'ambito delle deduzioni delle parti – all'esame completo del merito della pretesa fatta valere con l'ingiunzione, per stabilire se essa sia fondata o no e se lo sia in tutto o in parte, e in tale cognizione rientra anche la determinazione dell'entità della sanzione».

⁷³ Cfr. M. ALLENA, *La full jurisdiction tra sindacato di 'maggiore attendibilità'*, cit., 28; e F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 550, ove si segnala la possibile violazione del principio 'nulla poena sine (previo) iudicio' (in senso analogo, ID., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, 689 s.).

⁷⁴ La suddetta categoria ricomprende le principali sanzioni in materia *antitrust*, bancaria, finanziaria, *etc.* Cfr. C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit., ove si rileva che l'«accertamento di *antitrust infringement* determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale».

⁷⁵ L'argomento trattato assume una maggiore rilevanza se si considera la frequente incidenza della patologia della c.d. *path dependance*, ossia la tendenza delle autorità amministrative titolari di poteri sanzionatori a concludere i procedimenti avviati con una condanna dell'asserito trasgressore.

all'intervento (almeno cautelare) del giudice. In ipotesi, si potrebbe immaginare un effetto sospensivo automatico derivante dalla semplice proposizione del ricorso⁷⁶, in modo analogo a quanto avviene da tempo nel settore dei contratti pubblici tramite l'operatività dell'istituto del c.d. *standstill*⁷⁷. Diversamente, il rischio è di realizzare il seguente paradosso: l'implementazione del paradigma della *full jurisdiction*⁷⁸, ove implicante l'obliterazione della decisione amministrativa e della pregressa fase procedimentale con i relativi vizi⁷⁹, finirebbe per accordare una tutela meno effettiva e satisfattiva rispetto al tradizionale sindacato di legittimità⁸⁰. Ovviamente, ciò a condizione che, in un simile processo di matrice impugnatoria, i vizi procedimentali che si traducono in una lesione di garanzie (non dequotabili⁸¹) proprie della materia sostanzialmente penale assumano rilevanza invalidante⁸².

⁷⁶ Così E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza*, cit., 699.

⁷⁷ Con riferimento alla disciplina vigente, cfr. l'art. 18, co. 3 e 4, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ('Codice dei contratti pubblici').

⁷⁸ Peraltro, sovente predicato nella forma, a fronte dell'applicazione – nella sostanza – di un modello di sindacato ampiamente deferente.

⁷⁹ Si v. le critiche avanzate da P. CERBO, *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, in *Dir. economia*, 2021, 212, ove si osserva che «se le garanzie difensive sono assicurate nell'ambito del processo, la correttezza del procedimento amministrativo perde di rilievo, sì che quest'ultimo rischia di sostanzialmente in un passaggio per molti versi superfluo».

⁸⁰ Cfr., ancora, M. ALLENA, *La full jurisdiction tra sindacato di 'maggiore attendibilità'*, cit., 33.

⁸¹ A proposito dell'art. 21-octies, co. 2, della l. n. 241/1990, cfr. F. FOLLIERI, *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato. Dall'infungibilità dell'amministrazione all'infungibilità delle garanzie procedimentale*, in *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, A. CARBONE (a cura di), cit., 76 s., dove si suggerisce un'interpretazione convenzionalmente orientata di tale disposizione (altrimenti dovendosi riconoscere l'incostituzionalità della stessa per violazione dell'art. 6 CEDU, quale parametro interposto *ex art.* 117, co. I, Cost.), nel senso che è «sempre ammesso l'annullamento per la violazione delle norme procedurali corrispondenti allo standard 'minimo' di garanzie prescritto dall'art. 6 CEDU, quale che sia la natura del provvedimento (discrezionale o vincolato)».

⁸² Oltre, ovviamente, alla circostanza che il giudice disponga di ampi poteri cognitori per un completo accesso al fatto, come chiarito dalla diversa ricostruzione esposta *infra*.

Quanto appena rilevato conduce all'impostazione alternativa seguita da un'altra parte della dottrina⁸³, secondo cui il paradigma della *full jurisdiction* può essere sufficientemente tradotto in un sindacato ‘confutatorio’⁸⁴ inserito nell'ambito di una giurisdizione ‘piena’ di legittimità, ossia caratterizzata da ampi poteri cognitori del giudicante e da un completo accesso al fatto: il che dovrebbe costituire una ‘*sufficient review*’ ai fini della compatibilità dei processi nazionali con il parametro convenzionale dell'art. 6 CEDU⁸⁵.

Questa lettura alternativa si fonda sull'idea della distinzione funzionale tra amministrazione e giudice, in ragione della natura ‘proattiva’ dei poteri della prima e, viceversa, del carattere ‘reattivo’ dell'intervento del secondo⁸⁶. Inoltre, dal diverso piano della dottrina dello Stato, si deduce l'esigenza di ‘parità’ tra le due funzioni sovrane richiamate⁸⁷.

Sicché, se è vero che occorre impedire la soggezione del giudice all'amministrazione (nelle forme del tradizionale *favor* accordato al c.d.

⁸³ Il riferimento è, in particolare, a F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. - Persona e Amm.*, 2018, 133 ss., in part. 143, ove si evidenzia che il «diritto positivo italiano esprime la preferenza per il sindacato confutatorio»; nonché Id., *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato*, cit., 65 ss.

⁸⁴ Il lessico utilizzato è ripreso dall'impostazione metodologica alla base dello studio di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 417 ss., ma anche *passim*, cui si rinvia per ogni approfondimento sulla distinzione teorica tra i modelli di sindacato c.d. confutatorio e sostitutivo.

⁸⁵ Cfr. F. FOLLIERI, *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato*, cit., 69, secondo cui l'art. 6 CEDU «non fornisce alcuna ragione per superare gli attuali limiti di diritto positivo alla giurisdizione di legittimità del g.a.: al giudice è vietato sostituirsi alle decisioni discrezionali e ai giudizi opinabili dell'amministrazione, ma gli è consentito valutare la fondatezza delle confutazioni avanzate dal ricorrente a quelle decisioni e a quei giudizi».

⁸⁶ Cfr. F. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 71, ove si chiarisce che la giurisdizione si occupa propriamente di condotte già realizzate, per valutarne la conformità rispetto a un dato parametro; diversamente dall'amministrazione, il cui ruolo specifico è di produrre effetti giuridici al fine di realizzare gli interessi pubblici. Ad avviso dell'a., l'«amministrazione, ravvisate certe condizioni, pone in essere condotte (solitamente provvedimenti, ossia comportamenti programmatici o azioni deontiche) per soddisfare l'interesse pubblico».

⁸⁷ F. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 74.

*ipse dixit*⁸⁸), tuttavia non è possibile inferire da ciò la necessaria subordinazione dell'amministrazione al giudice, come accadrebbe laddove quest'ultimo disponesse del potere di sostituire alla decisione amministrativa contestata una propria statuizione altrettanto opinabile⁸⁹. Ammettere una siffatta soluzione significherebbe collocare l'amministrazione in una relazione di natura ‘simil-gerarchica’ con il giudice, postulando così l'esistenza di rapporti di sovra-sotto-ordinazione tra i due poteri sovrani. Per tale ragione, la dottrina in esame ritiene preferibile un sindacato confutatorio completo⁹⁰, ma non sostitutivo.

3. Incertezza e opinabilità residua nelle valutazioni dell'autorità amministrativa: la presunzione di innocenza e lo standard del c.d. in dubio pro reo come regola decisoria fondamentale in materia (sostanzialmente) penale.

Se non si ritiene di adottare l'interpretazione più radicale della *full jurisdiction*, ossia quella che implica un sindacato integralmente sostitutivo e di merito, occorre interrogarsi su come affrontare e risolvere la questione dell'opinabilità ‘residua’ in giudizio, soprattutto

⁸⁸ Cfr. F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction*, cit., 158: «[i]n nessun caso la p.a. può godere della protezione dell'*ipse dixit* rispetto alla confutazione del ricorrente, nemmeno quando questi confuta l'attendibilità di un giudizio tecnico opinabile [...] o lo squilibrio della ponderazione di interessi».

⁸⁹ *Ibidem*: «[I]a parità tra amministrazione e giurisdizione dunque richiede che il sindacato sui giudizi dell'amministrazione sia completo, ossia riguardi tutti i giudizi dell'amministrazione e tutti i livelli di giustificazione di quei giudizi, ma non sostitutivo: la parità tra amministrazione e giurisdizione richiede un sindacato confutatorio completo».

⁹⁰ Un sindacato confutatorio così inteso rappresenterebbe una ‘*sufficient review*’ ai fini CEDU anche per la ‘materia penale’ (F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction*, cit., 155 s.). Secondo l'a., infatti, l'art. 6 CEDU non imporrebbbe al giudice amministrativo di esercitare una «giurisdizione estesa al merito in ogni caso in cui la p.a. abbia deciso su *civil rights and obligations* o su *criminal charges* e non abbia assicurato il rispetto dell'art. 6 CEDU durante il procedimento» (157). Semmai, il preceitto convenzionale pone l'obbligo «in capo ai giudici amministrativi di superare il *self-restraint* nell'ammettere le confutazioni introdotte dal ricorrente ai giudizi dell'amministrazione», invitandoli a esercitare la «piena giurisdizione di legittimità» (161).

in relazione ad accertamenti tecnicamente complessi alla base delle decisioni in materia sanzionatoria.

In proposito, è possibile valorizzare il principio della presunzione di innocenza⁹¹, quale parametro giuridico⁹² che si traduce in un preciso standard probatorio e in una successiva regola decisoria: il c.d. *in dubio pro reo*⁹³. In particolare, laddove permanga un margine di incertezza in giudizio riguardo alla fattispecie, nonostante il contraddittorio tra le parti, i mezzi di prova assunti e gli esiti dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio⁹⁴, il giudice non dovrebbe definire la controversia confermando la (legittimità della) sanzione in base alla sua

⁹¹ Rilevanti intuizioni in G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., 469 ss. Sul pensiero dell'a., si v. da ultimo F. GOISIS, *Valutazioni riservate nella potestà sanzionatoria della autorità garante della concorrenza e del mercato: in dubio contra reum?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2023, 683 ss.

⁹² Cfr. l'art. 6, § 2, CEDU («[o]gni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»); nonché l'art. 48, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata»).

⁹³ Nella giurisprudenza convenzionale, cfr. C. Dir. Uomo, sez. II, 4 marzo 2014 (*‘Grande Stevens c. Italia’*), § 159, ove si rimarca che il «principio della presunzione d’innocenza richiede, tra l’altro, che nell’adempiere alle loro funzioni i membri del tribunale non partano dall’idea preconcetta che l’imputato abbia commesso l’atto contestato; l’onere della prova è a carico dell’accusa e il dubbio è a favore dell’accusato»; nonché Id., 1° aprile 2007 (*‘Geerings c. Paesi Bassi’*), § 41 ss. Nella giurisprudenza europea, cfr. C. Giust. UE, sez. VI, 8 luglio 1999, in C-199/92 (*‘Hils G c. Commissione europea’*), § 149, nella parte in cui si riconosce che il principio della presunzione di innocenza, «quale risulta in particolare dall’art. 6, n. 2, della CEDU, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, [...] sono oggetto di tutela nell’ordinamento giuridico comunitario»; e, più di recente, Trib. UE, sez. II amp., 10 novembre 2017, in T-180/15 (*‘Icap plc c. Commissione europea’*), § 256 s., ove si riconosce che il principio di presunzione di innocenza «implica che ogni persona accusata è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Essa osta, quindi, a qualsiasi constatazione formale ed anche a qualsiasi allusione alla responsabilità della persona cui sia imputata una data infrazione in una decisione che pone fine all’azione, senza che la persona abbia potuto beneficiare di tutte le garanzie inerenti all’esercizio dei diritti della difesa nell’ambito di un procedimento che segua il suo corso normale e si conclude con una decisione sulla fondatezza dell’addebito»).

⁹⁴ In tali casi non è possibile applicare un giudizio binario secondo la logica ‘giusto/sbagliato’ o ‘vero/falso’ (G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., 486).

‘attendibilità’ o ‘plausibilità’ tecnica⁹⁵, bensì annullandola in forza dell’esistenza di un ragionevole dubbio sulla spiegazione alternativa della condotta contestata⁹⁶.

A ben vedere, l’utilizzo di concetti giuridici indeterminati o clausole generali nella struttura delle norme incriminatrici si riflette sull’area del ‘lecito giuridico’, al di là dello ‘schermo’ della legittimità della determinazione dell’autorità sanzionante⁹⁷. Diversamente opinando, l’amministrazione finirebbe per determinare la condotta doverosa soltanto *ex post*, ossia a comportamento già realizzato⁹⁸: il che, tuttavia,

⁹⁵ G. GRECO, *L’illecito anticoncorrenziale*, cit., 487: «forse è proprio questa logica che dovrebbe essere capovolta. Anche perché essa si muove, ancora una volta, secondo la linea interpretativa che tende a stabilire il carattere illecito o lecito della condotta attraverso la legittimità o meno della decisione dell’Autorità (trasformando così un presupposto sostanziale in limite della discrezionalità)».

⁹⁶ Un siffatto ragionamento ha trovato riconoscimento in C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit., nella parte in cui si è evidenziato che «qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell’impresa destinataria della decisione che constata un’infrazione». In senso analogo, nella giurisprudenza europea, C. Giust. UE, 22 novembre 2012, in C- 89/11 P (‘E.ON Energie AG c. Commissione europea’), § 72.

⁹⁷ Secondo l’impostazione di G. GRECO, *L’illecito anticoncorrenziale*, cit., 485, la condotta contestata non può «essere considerata lecita o illecita, solo perché risulti illegittima o legittima la determinazione dell’Autorità», essendo vero il contrario, ossia che «si dovrà dire che tale determinazione risulterà legittima o illegittima (sotto questo profilo), a seconda che la condotta in sé considerata venga ‘contestata’ come illecita o lecita». Ad avviso dell’a., infatti, se la condotta del privato è ricompresa «tra gli apprezzamenti resi possibili dall’opinabilità delle regole tecniche, in nessun caso dovrebbe poter essere considerata illecita: si tratterà pur sempre di un’attività consentita, in quanto rientrante tra quelle possibili, alla stregua delle scienze rilevanti» (488). In altri termini, l’opinabilità non attiene allo ‘spazio di punibilità’, ma a quello della ‘liceità’ (489).

⁹⁸ Cfr. G. GRECO, *op. ult. cit.*, 483 s., ove si ricorda che il privato «deve poter conoscere in ogni momento ‘cosa gli è lecito e cosa gli è vietato’, senza che la fattispecie normativa possa essere integrata successivamente dall’Autorità, attraverso un’opera creativa della regola del caso concreto». A tale riguardo, si v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, 184, ove – in relazione al potere sanzionatorio antitrust – si osserva che la garanzia del ‘*nulla poena sine previa lege*’ «risulta grandemente attenuata ove si ponga mente all’assoluta indeterminatezza della norma di divieto la cui violazione comporta la irrogazione della sanzione». In tal modo, è solo «successivamente alla realizzazione di una determinata condotta o alla stipula di una determinata intesa che l’Autorità stabilirà in concreto la *regula juris* per quella fattispecie ed eventualmente accerterà la illiceità della condotta, la gravità di tale

contraddirrebbe molti dei presidi garantistici propri della materia penale, tra cui il principio di irretroattività, in forza del quale nessuno può essere punito per un fatto non chiaramente definito *ex ante* come illecito⁹⁹.

Si è già anticipato, infatti, che la legalità in materia penale deve assumere i rigorosi attributi della precisione, conoscibilità e prevedibilità¹⁰⁰, come frequentemente sottolineato dalla giurisprudenza convenzionale e costituzionale¹⁰¹ nell'imporre il doveroso rispetto del

condotta e la irrogazione della conseguente sanzione». Da ultimo, F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 56, ove si osserva come, in numerose fattispecie sanzionatorie, sia l'«organo amministrativo irrogante prima, e poi, eventualmente il giudice, a definire le fattispecie illecite; e ciò in aperta violazione del principio di tassatività».

⁹⁹ Si v. l'art. 1, co. 1, della l. n. 689/1981: «[n]essuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione». Rispetto alle sanzioni amministrative ‘punitive’, cfr. – nella giurisprudenza costituzionale – C. Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Cass. pen.*, 2011, 528 ss., ove si sostiene che «[d]alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale - data l'ampiezza della sua formulazione ('Nessuno può essere punito...') - può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»; Id., 18 aprile 2014, n. 104, in *Cass. pen.*, 2015, 1825 ss.; Id., 7 aprile 2017, n. 68, in *Giur. Cost.*, 2017, 681 ss.; e Id., 5 dicembre 2018, n. 223, in *Giur. Cost.*, 2018, 2575 ss.

¹⁰⁰ Ai fini in discorso si v. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1813, ove si ricorda che il «provvedimento di irrogazione della sanzione, debitamente pubblicizzato sul sito istituzionale dell'autorità, consente alla medesima di precisare gradualmente la stessa portata del preceppo sanzionato, spesso costruito dal legislatore attraverso il ricorso a clausole generali che lasciano considerevoli margini di discrezionalità all'interprete». Ad avviso dell'a., ciò pone «inquietanti interrogativi circa la necessaria tutela del diritto fondamentale del destinatario del preceppo alla prevedibilità della stessa sanzione» (corsivo dell'a.).

¹⁰¹ Si v., *ex multis*, C. Cost., 13 giugno 2018, n. 121, in *Giur. Cost.*, 2018, 1359 ss., ove si chiarisce che il «principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da

canone di sufficiente precisione della norma incriminatrice. Pertanto, laddove il preceitto alla base di una sanzione punitiva risulti vago e indeterminato, come tale necessariamente rimesso a valutazioni e determinazioni tecnico-scientifiche di elevata opinabilità, la plausibilità delle giustificazioni addotte dal privato – non passibile di alcuna inversione sostanziale nell'onere della prova, che grava sempre sul titolare della pretesa punitiva¹⁰² – si riflette nell'operatività della regola di giudizio assolutoria, conformemente allo *standard probatorio* dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹⁰³.

quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di ‘conoscere’, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata». In senso analogo, anche, Id., 29 maggio 2019, n. 134, in *Foro It.*, 2019, 2217 ss.

¹⁰² In materia *antitrust*, un chiaro esempio si rinvie nell'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003, ove si dispone che «[i]n tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione». Con riferimento alle sanzioni amministrative depenalizzate, si v. l'art. 6, co. 11, del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, ove è sancita la regola per cui «[i]l giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente». Del resto, la Corte costituzionale (C. Cost., 30 aprile 2021, n. 84, in *Giur. Cost.*, 2021, 1028 ss.) ha riconosciuto anche il diritto al silenzio dell'asserito trasgressore, configurabile come '*privilege against self-incrimination*' ed espressione del tradizionale presidio garantistico di '*natural justice*' rappresentato con il brocardo '*nemo tenetur se detegere*', sul quale sia consentito rinviare a M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, 2022, I, 689 ss.

¹⁰³ Lo standard in discorso trova un riconoscimento di diritto positivo – per gli illeciti ‘formalmente’ penali – nell'art. 533, co. 1, c.p.p. («[i]l giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»). Sul punto, sia consentito rinviare più ampiamente alle riflessioni svolte in S. VACCARI, *Presunzione d'innocenza e sanzioni amministrative punitive: lo standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2023, *passim*. Si v., anche, S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 27, a proposito della rilevanza e centralità della questione dello *standard probatorio* applicabile alle sanzioni amministrative; e, più in generale, F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: 'più probabile che non' e 'oltre', 'rilevante probabilità' e 'oltre ogni ragionevole dubbio'. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. economia*, 2018, 1121 ss.

Diversamente, la prassi delle corti sembra consolidata – anche rispetto alle sanzioni amministrative punitive – sul più debole (nel senso di: meno garantistico per l'asserito trasgressore)¹⁰⁴ standard probatorio della ‘ragionevole probabilità’, noto anche come preponderanza dell’evidenza o ‘più probabile che non’¹⁰⁵. Ciò comporta che, specie quando la commissione dell’illecito venga ricostruita attraverso procedimenti di tipo logico-inferenziale, il giudice possa ritenere legittima la comminazione della sanzione qualora il fatto ‘ignoto’ risulti correlato naturalisticamente al fatto ‘noto’ secondo il canone della ragionevole probabilità¹⁰⁶, ossia della prevalenza della ricostruzione offerta dall’autorità sanzionante rispetto alle spiegazioni alternative fornite dall’asserito trasgressore.

È doveroso precisare che l’anzidetto canone dell’*in dubio pro reo* non vale soltanto per il sindacato giudiziale *ex post*, ma anzitutto per l’amministrazione nell’ambito del (previo) procedimento sanzionatorio¹⁰⁷.

In quanto regola precettiva, la violazione di tale *standard* rende di per sé illegittima la sanzione amministrativa: una prospettiva valida

¹⁰⁴ Se consentito, si v. S. VACCARI, *Presunzione d’innocenza e sanzioni amministrative ‘punitive’*, cit., 428, ove si rileva che i «provvedimenti sanzionatori vengono giudicati legittimi laddove il corredo probatorio portato dall’amministrazione, cui compete il relativo onere sostanziale, sia connotato da un grado di probabilità prevalente o, comunque, superiore rispetto alle ricostruzioni alternative addotte dall’asserito trasgressore».

¹⁰⁵ Quest’ultima locuzione, a rigore, è riferibile alla diversa questione del nesso di causalità in materia risarcitoria. Nella giurisprudenza civile, si v. per tutte Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 582, in *Foro amm. CdS*, 2008, 93 ss.

¹⁰⁶ In materia di presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), l’impostazione generale del giudice di legittimità (cfr., per tutte, Cass., 13 marzo 2014, n. 5787, in *Foro It.*, 2014, 3568 ss.) è quella per cui «[l]a prova logica, qual è appunto quella presuntiva, presuppone [...] non la certezza, ma la mera probabilità d’un legame logico-causale tra fatto noto e fatto ignorato»; di talché, sussiste una corretta «inferenza presuntiva tra fatto noto e fatto ignorato quando il secondo sia probabilmente la conseguenza più attendibile del primo».

¹⁰⁷ Cfr. F. GOISIS, *Valutazioni riservate nella potestà sanzionatoria*, cit., 694, a proposito delle connessioni tra presunzione di innocenza e *full jurisdiction*: «l’Autorità amministrativa deve infliggere le sanzioni sostanzialmente penali nel rispetto del principio di presunzione di innocenza nella sua declinazione di *in dubio pro reo*, ossia, anzitutto, senza inaccettabili presunzioni *contra reum*, e il giudice di *full jurisdiction* deve, tra l’altro, valutare tale profilo, nel contesto del suo totale riesame del merito della pretesa sanzionatoria».

anche per coloro che aderiscono alla logica confutatoria del tradizionale sindacato di legittimità. Invero, un siffatto provvedimento sanzionatorio risulterebbe annullabile per violazione di legge¹⁰⁸, assumendo come parametro di validità – trasgredito, anzitutto, dall'amministrazione – il principio di presunzione di innocenza, che funge da fondamento per la regola assolutoria dell'*'in dubio pro reo'*.

Si è ovviamente consapevoli dell'importanza delle ragioni di efficienza del sistema sanzionatorio e delle connesse esigenze di tutela degli interessi pubblici sussidiati¹⁰⁹, specialmente nei settori in cui l'accertamento delle infrazioni si fonda fisiologicamente su prove presunte, data l'estrema difficoltà – se non impossibilità – di disporre di prove dirette o rappresentative del fatto illecito¹¹⁰.

Pertanto, al fine di evitare situazioni patologiche di ‘*under-enforcement*’, è necessario che l'impostazione in discorso si fondi sul

¹⁰⁸ È la tesi proposta da M. CAPPALI, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Diritto e Società*, 2018, 703 ss., in part. 746 e 754; in seguito ripresa dall'a. in ID., *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 38 ss.

¹⁰⁹ Cfr. M. CAPPALI, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction*, cit., 746 s., ove si osserva che «[i]n caso di indiscriminata affermazione di un simile paradigma ermeneutico, l'altra faccia della medaglia, considerata la naturale opinabilità dei concetti indeterminati propri di questa disciplina [i.e. la materia *antitrust*] (e delle relative applicazioni al caso concreto), potrebbe rischiare di essere una tendenziale immunità dell'impresa ben assistita». Di qui, la rilevante preoccupazione dell'a.: «il *competition enforcer* deve scontrarsi con l'inesattezza della scienza che è chiamato ad applicare, con il risultato che l'affermazione generalizzata del paradigma processual-penalistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio potrebbe finire per svuotare di effettività l'intero apparato sanzionatorio vigente in materia antitrust» (751).

¹¹⁰ In materia *antitrust*, si v. quantomeno C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit., ove si evidenzia che la «prova delle intese restrittive della concorrenza può essere sostenuta da un compendio probatorio di natura indiziaria, ovvero un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa (anche il processo penale consente il ricorso alla prova indiziaria ed ai principi fondati sull'esperienza)»; e, nella giurisprudenza europea, C. Giust. UE, 7 gennaio 2004, in C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P (‘*Aalborg Portland A/S e a. c. Commissione delle Comunità europee*’), § 55 ss.; e C. Giust. UE, 1° luglio 2010, in C-407/08 P (‘*Knauf Gips KG c. Commissione europea*’), § 49. In materia finanziaria si v., per tutte, Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20930, in *Foro It.*, 2010, 3129 ss.

seguinte punto di equilibrio: il dubbio con portata ‘assolutoria’ deve essere ‘ragionevole’¹¹¹ e non semplicemente prospettato in forma generica. In questo modo, si esclude la rilevanza delle (sole) argomentazioni meramente congetturali o astratte, ossia del tutto slegate da evidenze concrete o non supportate da adeguato materiale istruttorio¹¹².

Si tratta, chiaramente, di un apprezzamento da svolgere caso per caso e in concreto, prestando attenzione a evitare che l’amministrazione o il giudice amplino *de facto* l’onere probatorio a carico del privato¹¹³, con conseguente violazione del principio di presunzione di innocenza e, di riflesso, dello standard garantistico dell’oltre ogni ragionevole dubbio (*in dubio pro reo*).

¹¹¹ Per una definizione del concetto di ‘dubbio ragionevole’ cfr. G. CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2018, 2, secondo cui l’espressione non riguarda «qualsiasi, possibile dubbio, astrattamente sempre configurabile, né il dubbio marginale, ma solo quello che, sorretto da oggettive evidenze probatorie, sia in grado di destrutturare l’apparente solidità dell’enunciato di accusa e, grazie all’opera maieutica del contraddittorio, immettere nel ragionamento giudiziale una plausibile spiegazione alternativa del fatto».

¹¹² Si v. il ragionamento svolto da C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit.: «[a]ll’esito della predetta attività conoscitiva, l’ipotesi accusatoria, attentamente verificata nel contraddittorio delle parti, può ritenersi avere attinto la ‘certezza processuale’ soltanto quando essa risulti l’unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente prospettabili, ma la cui realizzazione storica, in quanto priva di riscontri significativi nelle emergenze istruttorie, appaia soltanto una eventualità remota».

¹¹³ Cfr. M. CAPPAI, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction*, cit., 753: «il sindacato giurisdizionale (almeno nella fase di applicazione della norma contestualizzata al caso di specie) dovrà necessariamente accogliere il gravame in presenza di ragioni giustificatrici (non per forza ‘maggiormente attendibili’ ma anche semplicemente ‘attendibili’ tempestivamente dedotte in sede procedimentale e non adeguatamente esplorate o confutate da parte dell’AGCM».