

MIRIAM ALLENA

Ricercatrice a tempo determinato di diritto amministrativo presso l'Università Bocconi
miriam.allena@unibocconi.it

L'ART. 6 CEDU E LA CONTINUITÀ TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

ART. 6 OF THE ECHR AND THE CONTINUITY BETWEEN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND JUDICIAL PROCESS

SINTESI

Il lavoro affronta il tema delle garanzie dell'art. 6 CEDU e delle modalità della loro attuazione nel procedimento e nel processo amministrativo. Dopo avere dato conto dei profili di teoria generale del diritto sottesi all'idea della applicazione delle regole del giusto processo alla fase procedimentale e, in mancanza, della possibilità di compensare ex post, in sede giurisdizionale, le garanzie non accordate in tale sede, si analizzano le principali incertezze applicative che da tale visione discendono. In particolare, si mostra come nelle vicende ricadenti nella "materia civile" la Corte di Strasburgo mostri una certa flessibilità e consenta, tendenzialmente, una realizzazione delle garanzie distribuita tra procedimento e processo: non emergono dunque parametri chiari che consentano di definire quando una garanzia debba essere accordata fin da subito e quando, invece, possa essere compensata ex post. Anche nella "materia penale" emergono alcune problematicità: innanzitutto, il meccanismo della compensazione ex post appare strutturalmente inapplicabile ad alcune garanzie. In secondo luogo, la giurisprudenza di Strasburgo propone talora una ambigua distinzione tra «minor offences» nelle quali è ammessa ampiamente la compensazione ex post e sanzioni, invece, più gravi che richiederebbero una piena attuazione delle garanzie fin dalla fase procedimentale della loro irrogazione: in molti casi, però, sanzioni amministrative fortemente afflittive sono state ritenute «minor» per definizione. Infine, con riferimento a talune sanzioni amministrative asseritamente «minor», in quanto non implicanti un «significativo grado di riprovazione sociale» la Corte di Strasburgo ha ritenuto addirittura di poter affermare la possibilità di bypassare del tutto talune garanzie proprie della materia penale.

ABSTRACT

The paper addresses the issue of the guarantees laid down in Article 6 of the ECHR, and their applicability implementation in the administrative proceeding and trial. First, the discussion revolves around the general legal principles un-

derpinning the ideas of due process rules' applicability to the administrative procedural phase, and then analyses the ex post compensation, namely the possibility to compensate judicially the absence of said guarantees during the administrative phase. The main uncertainties in the implementation of this approach are subject of review. In particular, the analysis outlines how in issues falling within the "civil law" domain, the Strasbourg Court reveals some flexibility, and leans towards allowing a fulfilment of the guarantees allocated between proceeding and trial. Thus, clear parameters to determine when a guarantee shall be granted already at the beginning, and, on the contrary, when it can be compensated ex post, are not available.

The "criminal law" domain as well reveals some concerns: first, the ex post compensation mechanism seems inherently unsuited to be applied to specific guarantees. Second, the Strasbourg jurisprudence at times proposes an ambiguous difference: on one hand it acknowledges "minor offences", where ex post compensation is extensively allowed; on the other hand, it recognises more serious offences which would call for a full implementation of the guarantees already during the phase of imposition of a sanction within the proceeding. However, in many cases very serious administrative sanctions have been conceived as "minor" by definition. Concluding, considering some allegedly "minor" administrative sanctions, because they do not imply a "significant degree of social stigma (o disapproval)", the Strasbourg Court has gone as far as envisaging the possibility to bypass in toto some of the guarantees typical of the "criminal law" domain.

PAROLE CHIAVE: continuità tra procedimento e processo, profili di teoria generale, compensazione ex post, incertezze generate dalla compensazione ex post.

KEYWORDS: continuum between administrative procedure and trial, ex post compensation, general legal principles, critical issues raised by the ex post compensation.

INDICE: 1. Premessa. – 2. L'applicabilità dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo e la compensazione *ex post*. – 3. Il retroterra culturale della continuità tra procedimento e processo: dogmatica e profili di teoria generale. – 4. I procedimenti incidenti su «diritti di carattere civile»: una realizzazione delle garanzie dell'art. 6 CEDU "distribuita" tra procedimento e processo? – 5. I limiti dell'approccio compensativo in materia sanzionatoria. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Nel presente lavoro ci si soffermerà su un profilo specifico della giurisprudenza di Strasburgo relativa all'art. 6 CEDU: vale a dire quello che può essere definito l'approccio unitario o compensativo della Corte europea la quale, nel verificare il rispetto delle garanzie dell'«equo processo», non si limita a considerare una singola fase o "porzione" della procedura, ma valuta unitariamente procedimento e processo amministrativo e consente, a certe condizioni, una

compensazione delle garanzie che non siano state offerte nella fase procedimentale in quella, successiva, che si svolge di fronte a un giudice in senso formale.

Il problema che si tenterà di affrontare è cioè quello, essenziale sul piano pratico, delle condizioni e dei limiti a cui è subordinata la capacità della fase giurisdizionale di compensare le carenze del procedimento amministrativo assicurando *ex post* garanzie che, idealmente, avrebbero dovuto già essere riconosciute in precedenza.

Prima di affrontare tale tema, non pare però inutile, onde inquadrare i termini del problema, ripercorrere brevemente le modalità attraverso le quali la Corte europea dei diritti dell'uomo è pervenuta a estendere le garanzie dell'art. 6 CEDU alla fase procedimentale amministrativa e ad elaborare il suddetto meccanismo della compensazione *ex post*: di ciò si dirà nel par. 2.

Nel par. 3 si darà invece conto di quelli che sono i probabili presupposti di teoria generale del diritto sottesi a tutta la elaborazione della Corte di Strasburgo relativa alla norma sull'«equo processo». L'intento è quello di impostare su più solide basi concettuali l'analisi, che sarà condotta nei successivi parr. 4 e 5, di alcune delle criticità poste dalla visione della continuità tra procedimento e processo (ossia, dal meccanismo della cd. compensazione *ex post*), sia nel caso dei procedimenti amministrativi incidenti su «diritti di carattere civile» (ossia, in termini generali, quelli riconducibili alla legge n. 241 del 1990), sia nel caso di procedimenti di carattere «penale» (ossia, quelli diretti all'irrogazione di sanzioni amministrative).

2. L'applicabilità dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo e la compensazione *ex post*.

È oramai ben noto che, nell'ottica CEDU, le garanzie dell'«equo processo» dovrebbero trovare compiuta soddisfazione fin dal momento di esercizio della funzione amministrativa, la quale dovrebbe svolgersi, in linea di principio, attraverso un procedimento giusto e paritario, in tutto rispettoso delle garanzie dell'art. 6 CEDU.

Come chi scrive ha avuto modo di spiegare in altra sede¹, è stata la Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dagli anni Settanta del Novecento, a in-

¹ Cfr., se si vuole, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, spec. 36 ss. Le tesi erano state anticipate nel saggio *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giustamm.it*, 10 novembre 2012.

interpretare estensivamente tale previsione (letteralmente riferita al solo processo civile e a quello penale) in modo da ricomprendere nel suo campo di applicazione pure le questioni di diritto pubblico, originariamente escluse in ragione di una presunta specialità delle stesse². Così, seguendo un percorso (come si dirà) solo apparentemente singolare, l'art. 6 CEDU è divenuto rilevante anche per il diritto amministrativo: non tanto, però, per la fase processuale quanto, innanzitutto e direttamente, per la fase sostanziale, ossia per il procedimento amministrativo.

Ciò è accaduto perché la Corte di Strasburgo ha interpretato autonomamente e in senso sostanziale le nozioni di «tribunale», quella di «diritti di carattere civile» e quella di «accusa penale» contenute nel testo dell'art. 6, par. 1, CEDU³.

In estrema sintesi, «tribunale» è, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, qualsiasi soggetto pubblico chiamato a esercitare una funzione giurisdizionale in senso sostanziale, cioè capace di incidere sulla realtà giuridica modificandola con effetti vincolanti, a prescindere dalla risoluzione di una controversia in senso proprio e tecnico⁴. In quest'ottica, pure la pubblica amministrazione, quando adotti un provvedimento amministrativo sanzionatorio avente un carattere afflittivo e non meramente risarcitorio, o quando emani un altro provvedimento comunque incisivo della sfera soggettiva individuale, è qualificabile come un «tribunale» che, nel linguaggio della Corte, rispettivamente, decide una «accusa penale»⁵ o «determina» un «diritto di carattere civile»⁶. Di

² Come ben spiegato da K.C. MORRISON, *The dynamics of development in the European human rights convention system*, The Hague, 1981, 115 ss.

³ Il quale dispone che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta».

⁴ Cfr., *ex multis*, Corte eur. dir. dell'uomo, sez. I, 5 febbraio 2009, caso n. 22330/05, *Oluje v. Croatia*, par. 37: «The Court reiterates that for the purpose of Article 6, par. 1, of the Convention a tribunal need not to be a court of law integrated with the standards judicial machinery (...) since a tribunal is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say, the determining of matters within its competence on the basis of rule of law and after proceedings conducted in a prescribed manner».

⁵ La prima individuazione dei tre criteri (natura intrinsecamente penale dell'infrazione, carattere punitivo della sanzione e gravità della stessa) che consentono di qualificare una determinata misura come «penale» ex art. 6 CEDU, a prescindere dalla qualificazione formale che la stessa riceva in un dato ordinamento si deve, come è noto, a Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, spec. parr. 81-82, riguardante sanzioni di carattere detentivo in ambito militare qualificate nei Paesi Bassi come disciplinari-amministrative.

⁶ In specie, rientra nella nozione di «diritti di carattere civile» qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati firmatari della CEDU, anche ove ricadente nell'ambito del diritto pubblico (dunque, anche ove configurante un interesse legittimo): in tal

conseguenza, essa è tenuta, in linea di principio, a rispettare le garanzie del diritto di difesa e del giusto processo proprio nella fase procedimentale che precede l'adozione di quel dato provvedimento.

Il percorso ermeneutico della Corte EDU ha consentito di estendere notevolmente l'applicabilità dell'art. 6 CEDU non solo ben oltre il diritto civile o penale ma, altresì, al di fuori dell'orbita giurisdizionale che, almeno dal punto di vista letterale, ne costituiva l'ambito di elezione (come emerge dalla stessa rubrica della norma che fa riferimento al «Diritto a un equo processo»).

D'altro canto, se intesa in modo radicale, una compiuta conformità dei procedimenti amministrativi al canone dell'equo processo avrebbe richiesto riforme radicali nei vari Stati firmatari della CEDU: è noto infatti che il modello di procedimento amministrativo paragiurisdizionale è, in massima parte, estraneo alla tradizione del diritto amministrativo continentale⁷.

In tale contesto, la giurisprudenza di Strasburgo ha mostrato, fin da subito, una certa flessibilità. Così, con riferimento alla materia penale, quantomeno nel caso delle cd. «*minor offences*», cioè di sanzioni «minori» (tipicamente sanzioni pecuniarie di basso importo), ha sostenuto che le garanzie devono sì essere tutte rispettate, però possono trovare soddisfazione in una fase diversa da quella procedimentale, ossia in quella giurisdizionale (ciò è stato chiarito almeno a partire dalla sentenza *Oztürk c. Germania* del 1984, riguardante una sanzione pecuniaria irrogata in conseguenza di illeciti connessi alla circolazione stradale⁸). Con riferimento poi ai procedimenti incidenti su «diritti di carattere civi-

senso, in termini espressi, Corte eur. dir. dell'uomo. 5 ottobre 2000, caso n. 33804/96, *Mennitto v. Italy*, par. 27. Tra l'altro, se originariamente erano considerati «diritti di carattere civile» essenzialmente le posizioni soggettive aventi un carattere patrimoniale, cioè attinenti a pretese economiche direttamente esercitate nei confronti della p.a. (per es., la pretesa a ottenere una determinata sovvenzione pubblica, come nel caso, ma anche la pretesa a ottenere il rilascio di un provvedimento autorizzatorio o concessorio direttamente incisivo sulla possibilità di produrre reddito, come nel caso ...), oggi anche tale carattere patrimoniale è in via di superamento. Di conseguenza, anche altre posizioni soggettive soddisfabili nell'ambito di rapporti pubblicistici, come il diritto ad accedere all'istruzione universitaria (Corte eur. dir. dell'uomo, 23 settembre 2008, caso 9907/02, *Emine Araç v. Turkey*, par. 20) o quello a non subire discriminazioni nell'ambito di una gara pubblica (Corte eur. dir. dell'uomo, 21 settembre 2006, caso 69037/01, *Araç c. Turquie*, par. 21) sono state ricondotte alla categoria in esame.

⁷ Su questi profili cfr., per tutti, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, 17; nonché, più di recente, S. BATTINI, B.G. MATTARELLA e A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, 2007, 107 ss.

⁸ Tra le prime, cfr. la nota sentenza della Corte eur. dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, par. 56, ove si legge: «*Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6*».

le»⁹, la possibilità di una attenuazione delle garanzie nella fase procedimentale è stata consentita anche con maggiore larghezza, data la tendenziale minore incisività di tali provvedimenti nella sfera soggettiva dei destinatari.

In tutte queste ipotesi, la Corte EDU sostiene che il processo possa rimediare alle carenze della fase procedimentale a patto che la decisione giurisdizionale sia assunta da un soggetto in posizione di indipendenza e dotato di «*full jurisdiction*», vale a dire della capacità di riesaminare compiutamente, «*point by point*»¹⁰, in fatto e in diritto, la decisione assunta nel corso del procedimento amministrativo¹¹. In altri termini, onde assicurare che le garanzie dell'art. 6 CEDU siano rispettate in una fase che, ancorché successiva, sia davvero quella di assunzione della decisione, il giudice deve poter riesercitare *ex novo* il potere, sostituendosi compiutamente all'amministrazione, anche in presenza di valutazioni di carattere tecnico complesso e, addirittura, spingendosi a sindacare la stessa discrezionalità amministrativa, con il solo limite delle scelte di merito in senso proprio che, in quanto democraticamente rilevanti (perché riguardanti questioni di governo della comunità quali, per es., le scelte di indirizzo, ovvero quelle pianificatorie o di regolazione in senso ampio) chiamino in causa il principio di sovranità popolare¹².

⁹ Cfr. tra le prime, Corte eur. dir. dell'uomo, *Grand Chamber*, 23 giugno 1981, casi nn. 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere v. Belgium*, riguardante una sanzione disciplinare irrogata a un medico, ossia un provvedimento che rientra, secondo la sistematica della Corte di Strasburgo, tra quelli incidenti su «diritti di carattere civile». Ivi, al par. 51 si legge: «*Whilst Article 6, par. 1, embodies the "right to a court", it nevertheless does not oblige the Contracting States to submit "contentious" (disputes) over "civil rights and obligations" to a procedure conducted at each of its stages before "tribunals" meeting the Article's various requirements. Demands of flexibility and efficiency, which are fully compatible with the protection of human rights, may justify the prior intervention of administrative or professional bodies and, a fortiori, of judicial bodies which do not satisfy the said requirements in every respect; the legal tradition of many member States of the Council of Europe may be invoked in support of such a system.*».

¹⁰ Così la sentenza 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Píra and Others v. the Czech Republic*, par. 111: «*The Court reiterates that, in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 par. 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts. By way of contrast, the Court found violations of Article 6 par. 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently.*».

¹¹ Per ulteriori riflessioni sul tema della «*full jurisdiction*» cfr., da ultimo, F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, in questo numero della presente Rivista.

¹² Su tutti questi profili e per i pertinenti riferimenti giurisprudenziali sia consentito rinviare ancora a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., spec. 66 ss. e 207 ss., 311 ss.

In ciò consiste il modello che si è definito della “continuità” tra procedimento e processo, in quanto basato sull’idea che occorra considerare non una singola fase, ma l’intero procedimento amministrativo e giurisdizionale, onde accertare se le garanzie di cui all’art. 6 CEDU siano compiutamente assicurate.

3. Il retroterra culturale della tesi della “continuità” tra procedimento e processo.

Il substrato teorico sotteso a tutta la ricostruzione della Corte EDU relativa all’art. 6 CEDU è evidentemente rinvenibile nell’idea che il provvedimento adottato dall’amministrazione non sia diverso dalla sentenza del giudice¹³, nella misura in cui entrambi costituiscono attuazione della volontà della legge nel caso concreto.

Trattasi di visione che, da un lato, riprende certi orientamenti presenti nel diritto comune medievale – in cui si riconducevano al concetto di *jurisdictio* una serie di attività oggi ritenute funzioni amministrative¹⁴ – e che, dall’altro, era già nota ai padri fondatori del diritto amministrativo europeo. Basti ricordare che Otto Mayer, al quale si deve una delle prime compiute elaborazioni della nozione di provvedimento amministrativo, rilevava che «*L’acte administratif représente, pour l’administration, le pendant nécessaire du jugement des tribunaux (...). Il en a la force, les effets et la position dominantes*»¹⁵ ed evidenziava come tale comunanza fosse stata notata già dai giuristi tedeschi dei primi dell’Ottocento¹⁶.

Tuttavia, in base a tale visione, la ricostruzione del provvedimento alla luce della nozione di sentenza non implicava, almeno espressamente, che la sua

¹³ Come è del resto esplicitato dalla circostanza che l’autorità amministrativa è vista come un «tribunal» in senso funzionale

¹⁴ Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 201 ss.

¹⁵ Cfr. O. MAYER, *Le droit administrative allemand*, Paris, 1903, 72-73: «*L’idée de l’acte administratif – idée qui est de la première importance, est déjà indiquée tacitement par la situation subordonnée à la loi qu’occupe l’administration ainsi que la justice. Avant la Révolution, cet acte était complètement inconnu. Avec la nouvelle organisation de la puissance publique, il devient subitement un produit de la séparation des pouvoirs. L’acte administratif représente, pour l’administration, le pendant nécessaire du jugement des tribunaux; il est nécessaire afin que l’organisation de l’administration ait une valeur égale au point de vue du droit. C’est pour cela que, dès les débuts, on insiste, avec une grande énergie, sur la valeur égale de l’acte administratif par rapport au jugement. Il en a la force, les effets et la position dominante. Il n’en diffère qu’autant que les circonstances – tout autres – dans lesquelles il doit, dans l’administration, se produire et avoir son effet, le comportent. Bien que ces divergences extérieures soient nombreuses et frappantes, néanmoins, dans l’essentiel, la concordance parfaite subsiste*»; e 129: «*L’acte administratif saisit (...) le cas individuel à la manière du jugement du tribunal civil*».

¹⁶ Cfr. O. MAYER, *op. ult. cit.*, 74, nota 11, che cita il lavoro di M. HENRION DE PANSEY, *De l’autorité judiciaire*, ove lo stesso avrebbe «*établi déjà, en 1810, cette comparaison entre le jugement et l’acte administratif*».

adozione dovesse avvenire nelle forme del giusto processo, ma era soprattutto funzionale ad affermare che il provvedimento amministrativo, come la decisione giudiziale, doveva manifestare la volontà della legge nel caso concreto e, dunque, a quest'ultima essere pienamente subordinato¹⁷. In tal senso l'amministrazione era equiparabile a un giudice, perché come un giudice attuava la legge e non la volontà di se stessa intesa come apparato¹⁸.

Dell'insegnamento originario di Otto Mayer riguardo al provvedimento amministrativo è stata tradizionalmente valorizzata soprattutto la prospettiva, indubbiamente presente, dell'imperatività¹⁹, più che il suo porsi come dichiarazione della legge nel caso concreto²⁰. Occorre però ricordare che, nella visione dell'Autore, era proprio questo secondo profilo a segnare il passaggio dallo Stato di polizia – in cui il provvedimento era in se stesso imperativo – allo Stato di diritto (*Rechtsstat*)²¹ ove il provvedimento, ancora imperativo, è però subordinato alla legge e da questa deriva tale sua qualità (non, dunque, da un aprioristico e metagiuridico riconoscimento del potere sovrano): «*Aucun doute n'est possible. Notre droit actuel a créé, pour l'administration, l'idée de l'acte d'autorité, idée étrangère au droit ancien. Cet acte ressemble au jugement de la justice; il peut aller jusqu'à en prendre tout à fait la forme. L'essentiel c'est toujours la détermination juridique du cas individuel. L'acte administratif complète la grande idée du Rechtsstat, de l'Etat soumis au régime du droit par l'adaptation à l'administration des formes de la justice*»²².

¹⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1959, spec. par. 4, che rileva come Otto Mayer appartenesse a quell'indirizzo dottrinale che «sentì l'istanza del principio di legalità dell'azione pubblica e di azionabilità delle pretese del cittadino. Onde si pose sulla strada di ridurre l'atto amministrativo sotto regole che ne rendessero evidenti le componenti e gli effetti».

¹⁸ O. MAYER, *op. ult. cit.*, 80, nt. 20: «*Toute l'idée du Rechtsstat consiste dans la conformité de l'administration à la justice*», ossia, nell'attribuire «à l'autorité administrative le rôle du juge et non plus celui de la partie».

¹⁹ Sintetizzata, per es., nell'equiparazione dell'autorità del provvedimento a quella della sentenza: per la sottolineatura di questo aspetto cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 43 ss.

²⁰ Che i due profili fossero entrambi ben presenti nella visione dell'Autore è però riconosciuto da M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1959, spec. par. 4, che evidenziava come Otto Mayer appartenesse a quell'indirizzo dottrinale che «sentì l'istanza del principio di legalità dell'azione pubblica e di azionabilità delle pretese del cittadino. Onde si pose sulla strada di ridurre l'atto amministrativo sotto regole che ne rendessero evidenti le componenti e gli effetti». Del resto, Giannini rilevava, citando Otto Mayer, che per quest'ultimo «l'atto amministrativo era la “pronuncia autoritativa di pertinenza dell'amministrazione, determinativa nel caso singolo per l'amministrato di ciò che per lui dev'essere conforme al diritto”».

²¹ Il punto è colto da F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss., 9.

²² Cfr. O. MAYER, *op. ult. cit.*, 80. È vero, peraltro, che lo Stato di diritto ispirato alle teorie del *Rechtsstaat* non garantiva la subordinazione della legge a una disciplina di grado superiore (la c.d. *higher law*, coincidente con la legge divina o naturale o, a seguito dell'avvento dello Stato

A ogni modo, le implicazioni di tale teorica sul momento di formazione dell'atto amministrativo (cioè sul procedimento) sono state colte solo successivamente, anche a livello di teoria generale del diritto, a opera degli esponenti della Scuola di Vienna e, in particolare da Hans Kelsen e Adolf Merkl. Partendo dall'idea che l'attività giurisdizionale e quella amministrativa consistono entrambe nella applicazione di norme²³ e che, dunque, hanno entrambe una funzione esecutiva²⁴, essi hanno tratto la conclusione che ciò che rileva non è tanto chi eserciti tale funzione (se il giudice o l'amministrazione), ma che le garanzie (in specie, quelle che assistono la funzione giurisdizionale) non si perdano nel momento in cui il potere passa da un organo all'altro dello Stato.

Insomma, se l'attività amministrativa non è logicamente distinguibile da quella giurisdizionale (tanto che il provvedimento amministrativo può essere, come una sentenza, fortemente incisivo delle posizioni individuali), occorre che pure a essa si applichino le regole del giusto processo (*«If the Constitution prescribes that no interference with the property, freedom, or life of the individual may take place except by the “due process of law”, this not necessarily entail a monopoly of the courts on the judicial function. The administrative procedure in which a judicial function is exercised can be formed in such a way that it corresponds to the ideal of “due process of law”»*)²⁵.

costituzionale di diritto, con la legge positiva di grado più elevato, ossia con la Costituzione), capace di vincolare la stessa maggioranza politica impedendone derive totalitarie. Sicché, lo Stato di diritto era inteso come «una forma di tutela della libertà individuale, non già nei confronti di qualsiasi interferenza, e specialmente di quelle provenienti dalla maggioranza parlamentare (come nella Rule of Law), ma nei soli confronti della pubblica amministrazione»: su questi profili cfr., per tutti, A. BALDASSARRE, voce *Libertà (Problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, 4 ss., 11 ss., il quale evidenzia appunto la distanza del modello dello Stato di diritto liberale come inteso nella concezione del *Rechtsstaat* invalsa nella dottrina tedesca preweimariana (e, in qualche misura, pure nella dottrina dell'*État de droit* sviluppatasi in Francia), rispetto alla versione della *Rule of Law* propria del diritto inglese e americano.

²³ A. MERKL, *Das Doppelte Rechtsantlitz*, in *Juristische Blätter*, 1917, 425 ss. e H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Harvard), 1945, 269: «There are not three but two basic functions of the State: creation and application (execution) of Law» e 258: «Insofar as the so called executive and judicial function consists in the creation of individual norms on the basis of general norms and in the final execution of individual norms, the legislative power, on the one hand, and the executive and judicial power, on the other, represent only different stages of the process by which the national legal order – according to its own provision – is created and applied». Come è noto, la Scuola di Vienna ha elaborato la nota teoria dei cd. gradi di produzione del diritto (*Stufenbau*), per cui in ogni ordinamento si procede da norme generali a formazioni sempre più specifiche (ossia, gli atti amministrativi e le sentenze), esecutive delle precedenti, e a loro volta ulteriormente produttive di diritto, con la conseguenza che non vi sarebbe differenza tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa, ma la distinzione avrebbe un mero valore organizzatorio.

²⁴ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 273: «The judicial function is in fact executive in exactly the same sense as the function which is ordinarily described by this world».

²⁵ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 278.

Non solo, ma se la funzione amministrativa e quella giurisdizionale sono strutturalmente unitarie, non sussiste alcuna necessità di immaginare un potere riservato all'amministrazione o al giudice e, di conseguenza, il principio di separazione dei poteri non rinviene una sua giustificazione logica. Sicché, non c'è nulla di sorprendente nel fatto che il giudice possa esercitare un sindacato anche molto penetrante sull'azione amministrativa e, estremizzando, addirittura sostituirsi compiutamente all'amministrazione visto che, di fatto, il potere esercitato è sempre lo stesso.

È quasi superfluo notare la contiguità di questa visione con quella, tipica della CEDU, dell'applicabilità delle garanzie dell'art. 6 anche e innanzitutto al procedimento amministrativo, nonché, successivamente, della capacità della «full jurisdiction» di compensare i limiti di quest'ultima.

Prima di proseguire oltre, vale però ancora la pena sottolineare che le tesi della Scuola di Vienna hanno avuto un importante seguito pure nella dottrina italiana. Non sfugge, infatti, che Feliciano Benvenuti definiva l'autarchia (ossia, la «funzione materiale esecutiva») come la capacità dell'amministrazione di compiere «una continua concretizzazione delle norme giuridiche, costituendo, modificando o estinguendo, mediante l'uso di poteri di impero, posizioni (e quindi rapporti giuridici) degli altri soggetti, onde soddisfare primariamente il proprio interesse»²⁶. L'Autore aveva dunque ben presente la vicinanza (anche se non ne riconosceva la totale identità) di funzioni tra amministrazione e giurisdizione sotto il profilo del loro essere attuazione della legge²⁷. Tanto che, coerentemente, egli ricostruiva la stessa discrezionalità come attività di interpretazione delle leggi da attuare («l'amministrazione agisce sempre in attuazione dei precetti e perciò non ha la capacità di porne di nuovi»)²⁸, piuttosto che come ponderazione e scelta di interessi²⁹. Non è un caso, allora, che sia stata proprio la Scuola di Benvenuti e ivi, in particolare,

²⁶ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 261.

²⁷ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 89: «In questo senso è, allora, esecuzione, ciò che attua concretamente una modificazione nella posizione giuridica di un soggetto secondo una preesistente norma giuridica in senso sostanziale o formale. Sennonché questo concetto di esecutivo ha, ancora, un valore generale perché esso può comprendere sia l'attività di amministrazione che quella di giurisdizione, ed infatti vi furono Autori che tentarono di avvicinare, sotto questo profilo, le due manifestazioni di sovranità». L'espressione «esecutivo» doveva peraltro essere riservata «ai soli poteri e atti che attuano i precetti, mentre la stessa espressione non potrà essere utilizzata per quegli atti che sono attuazione della sanzione e che si chiamano atti giurisdizionali o sentenze».

²⁸ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 195.

²⁹ Secondo la ricostruzione, che ha avuto maggiore fortuna nel nostro ordinamento, di Massimo Severo Giannini: cfr., in particolare, dell'A., il lavoro *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939.

Giorgio Pastori, ad avere proposto per primo, in Italia, una riflessione compiuta sul procedimento amministrativo visto come «*luogo di composizione dialettica e paritaria delle posizioni dei soggetti interessati*»³⁰.

Del resto, se è vero che il riconoscimento della natura intrinsecamente esecutiva delle due funzioni di amministrazione e giurisdizione non conduce necessariamente a una assimilazione del procedimento di formazione dell'atto amministrativo al processo giurisdizionale, è però indubbio che tale sviluppo è certamente facilitato da una visione, quale quella kelseniana (nelle sue linee essenziali condivisa anche da Benvenuti), della sostanziale identità logica (e quindi non necessariamente riconosciuta dall'ordinamento positivo di volta in volta preso in considerazione) tra le due funzioni.

Tornando alla impostazione teorica della Corte di Strasburgo, il suo essere così fortemente tributaria delle teorie della Scuola di Vienna può forse spiegarsi, al di là della indubbia autorevolezza delle tesi in quel contesto sviluppate, anche alla luce di una ragione, per così dire, pratica: infatti, come Kelsen si occupava di quella che lui stesso definiva la «dottrina pura del diritto», allo stesso modo la Corte di Strasburgo doveva prescindere dal diritto (e dalle qualificazioni formali) dei singoli ordinamenti europei e guardare a elementi comuni sui quali fondare una costruzione unitaria che potesse essere “calata” nei vari contesti nazionali. La elaborazione proposta dalla Scuola di Vienna, che più di ogni altra guardava al profilo logico, alla sostanza, alla intrinseca natura dell'ordinamento giuridico, anziché al dato positivo, si prestava, più di ogni altra, a una simile operazione.

A ogni modo, quanto si è sin qui detto dimostra che la giurisprudenza di Strasburgo – quando parla di giusto procedimento come «equo processo», quando configura il sindacato giurisdizionale come «*full jurisdiction*» e l'autorità amministrativa come un «*tribunal*» – riprende in gran parte visioni che, da un lato, erano alla base della nascita stessa del moderno diritto europeo e, dall'altro, sono riconducibili a uno dei più autorevoli orientamenti della teoria generale del diritto di tutti i tempi.

³⁰ Cfr. G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID., *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, ora in ID., *Scritti scelti*, I (1962-1991), Napoli, Jovene, 2010, 81 ss. La citazione nel testo è tratta da G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, 805 ss., ora in G. PASTORI, *Scritti scelti*, I (1962-1991), cit., 361 ss., 364.

4. I procedimenti incidenti su «diritti di carattere civile»: una realizzazione delle garanzie dell'art. 6 CEDU “distribuita” tra procedimento e processo?

Si è detto che, in linea generale, la regola dettata dalla Corte EDU è quella per cui in caso di carenze della fase procedimentale, il successivo controllo giurisdizionale dovrebbe essere esercitato da un organo dotato di «*full jurisdiction*» e, al contempo, provvisto dei necessari caratteri di indipendenza e di terzietà, in modo da assicurare tutte le garanzie di un contraddittorio effettivo («*Even where an adjudicatory body determining disputes over “civil rights and obligations” does not comply with Article 6 § 1, there is no breach of the Convention if the proceedings before that body are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1*»)³¹.

Tuttavia, specie in materia civile, è emersa talora l'idea che sia altresì possibile una soddisfazione delle garanzie attuata in modo parziale nel procedimento e poi, successivamente, nel processo. Ossia, che l'art. 6 non debba per forza essere compiutamente realizzato nell'una o nell'altra fase, ma possa esserlo anche congiuntamente nel procedimento e nel processo, considerati in modo unitario.

Questo approccio è stato seguito, per es., nella famosa sentenza *Bryan v. the United Kingdom*, riguardante un procedimento urbanistico per abuso edilizio nel quale un ordine di demolizione adottato dall'autorità amministrativa locale era stato successivamente confermato dal commissario del Governo nominato dal *Secretary of State for the Environment* per decidere il ricorso dell'interessato avverso la prima decisione. Ivi, sebbene il commissario governativo non presentasse caratteri di indipendenza dall'esecutivo e, d'altro canto, il successivo controllo giurisdizionale si fosse risolto in un sindacato di mera ragionevolezza (secondo i canoni della *judicial review* inglese), la Corte di Strasburgo ha sostenuto che, comunque, l'art. 6 CEDU non fosse stato violato. Secondo i giudici europei, per valutare la sufficienza del momento giurisdizionale ad attuare la compensazione *ex post*, occorreva infatti avere riguardo all'intero procedimento (amministrativo e giurisdizionale)³². Poiché da un esame di quest'ultimo emer-

³¹ Cfr. Corte eur. dir. dell'uomo, *Grand Chamber*, 28 maggio 2002, caso 35606/97, *Kingsley v. the United Kingdom*, par. 32, riguardante il mancato rinnovo della licenza per lo svolgimento dell'attività al direttore di una società operante nell'ambito del gioco d'azzardo.

³² Corte eur. dir. dell'uomo, *Grand Chamber*, 22 novembre 1995, caso 19178/91, *Bryan v. the United Kingdom*, par. 45: «*in assessing the sufficiency of the review available to Mr Bryan on appeal to the High Court, it is necessary to have regard to matters such as the subject-matter of the decision appealed against,*

geva, tra l'altro, che, nell'assumere della decisione, il Commissario governativo aveva seguito una «*quasi judicial procedure*», ciò giustificava un successivo sindacato più limitato, ossia di tipo non sostitutivo (quello che noi definiremmo un sindacato estrinseco o di mera legittimità).

Guardando a tale pronuncia, si è sostenuto che la Corte di Strasburgo avrebbe riconosciuto valore al contraddittorio procedimentale anche ove esso non si accompagni a una effettiva indipendenza e terzietà dell'organo decidente e che, dunque, il sistema convenzionale non imporrebbe, quantomeno con riferimento alla materia civile, un rigido modello di procedimento amministrativo improntato alla paritarietà tra accusa e difesa e alla assoluta terzietà dell'organo decidente rispetto alle parti³³.

In realtà, al di là del fatto che costituirebbe un errore metodologico quello di assolutizzare singole pronunce della Corte EDU, occorre considerare che il contraddittorio paritario, ove non assistito anche dalla predisposizione di un organo decidente in posizione, quantomeno, di distanza dalla controversia (se non, addirittura, di assoluta terzietà) appare principio largamente indebolito. Anzi, a voler ragionare rigorosamente, un effettivo contraddittorio paritario non sarebbe nemmeno ipotizzabile laddove manchi il dato strutturale della terzietà del decidente, perché qualunque ragione fatta valere da una delle parti sarebbe poi valutata, ai fini della decisione, dalla controparte. In tale contesto, ove cioè la decisione finale sia assunta da una delle parti della "controversia" (come avviene, tipicamente, nei procedimenti amministrativi nel nostro Paese), solo un sindacato giurisdizionale pienamente sostitutivo potrebbe sanare il vizio originario.

In ogni caso, nella sentenza *Bryan* qui in esame, l'organo decidente, pure se non indipendente dall'esecutivo, presentava però caratteri di terzietà rispetto alle parti in causa, visto che era stato nominato per decidere il ricorso proposto avverso il primo provvedimento di contrasto all'abuso edilizio assunto da una amministrazione locale. Non a caso, il ricorrente non aveva contestato il profilo della terzietà intesa come distanza dell'autorità decidente rispetto alle parti della controversia, ma si era limitato a una generica obiezione quanto alla nomina governativa del commissario e alla astratta possibilità, per il Governo, di rimuovere lo stesso dall'ufficio. Circostanze, queste, non certo direttamente at-

the manner in which that decision was arrived at, and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal.

³³ L'influenza della sentenza *Bryan* sull'ordinamento inglese e la capacità della stessa di legittimare un certo modo di intendere il principio di *fairness* e il contraddittorio procedimentale sono da ultimo sottolineate da A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, 164 ss.

tinenti al profilo qui in discussione della equidistanza strutturale, intesa come capacità di decidere in posizione di terzietà.

Del resto, con riferimento alle autorità amministrative, il requisito della piena autonomia e indipendenza dall'esecutivo manca sempre. Ciò non significa, però, che non ci possa invece essere una qualche terzietà dell'organo decidente, quando quest'ultimo (come nel caso *Bryan* e, in genere, nei procedimenti strutturati secondo un modello *quasi-judicial* ossia implicanti una qualche distinzione tra organo istruttorio e organo competente ad adottare la decisione finale) non sia parte diretta della controversia amministrativa. E in tal caso, effettivamente, le garanzie dell'art. 6 CEDU troverebbero una attuazione più compiuta già in sede procedimentale.

Quanto detto può già contribuire a spiegare la disponibilità mostrata dai giudici di Strasburgo nel caso *Bryan* a considerare accettabile, ai fini dell'art. 6 CEDU, il successivo sindacato di *judicial review*. Tuttavia, pure questo ultimo profilo (ossia, quello della limitatezza del sindacato esercitato dalle Corti inglesi), può in qualche misura essere ridimensionato ove si legga con attenzione la motivazione della sentenza: ivi, seppure con qualche ambiguità, si valorizza il fatto che ricorrente non aveva contestato la ricostruzione fattuale compiuta dall'amministrazione ma, semmai, aveva lamentato una non corretta applicazione della legge al caso concreto e, dunque, aveva sollevato censure, in sé, pienamente sindacabili da parte della Corte di *judicial review*³⁴. Sicché, da questo punto di vista, il sindacato giurisdizionale poteva in effetti anche essere ritenuto pieno, se rapportato ai motivi di ricorso fatti valere in concreto.

Ciò conferma, ancora una volta, non solo che la Corte di Strasburgo decide casi specifici e che, dunque, sarebbe quantomeno imprudente trarre principi generali guardando a singole pronunce ma, altresì, che occorre sempre avere presenti le particolarità del caso concreto e le ragioni di doglianza sollevate dai ricorrenti in sede nazionale ed europea prima di trarre conclusioni relative ai profili di violazione dell'art. 6 CEDU ritenuti rilevanti o esclusi in una data sentenza.

Ciò detto, è comunque innegabile che, nella materia civile, la Corte di Strasburgo mostri una maggiore disponibilità ad ammettere soluzioni flessibili, nell'ottica di contemperare le garanzie procedimentali con l'efficienza della

³⁴ Cfr., ancora, Corte eur. dir. dell'uomo, *Bryan v. the United Kingdom*, cit., par. 47: «*In the present case there was no dispute as to the primary facts. Nor was any challenge made at the hearing in the High Court to the factual inferences drawn by the inspector, following the abandonment by the applicant of his objection to the inspector's reasoning under ground (b) (see paragraphs 11 to 13 above). The High Court had jurisdiction to entertain the remaining grounds of the applicant's appeal, and his submissions were adequately dealt with point by point.*».

pubblica amministrazione. Tale atteggiamento può forse essere spiegato anche alla luce del fatto che non opera, in questi casi, il principio della presunzione di innocenza – valevole, invece, per la materia penale (cfr. l'art. 6, par. 2, CEDU) – il quale impone che una pesante sanzione immediatamente esecutiva non possa essere imposta se non a seguito di un «equo processo»³⁵.

In ogni caso, anche il minor rigore che talora emerge nelle sentenze della Corte EDU relative alla materia civile – e il connesso approccio volto a consentire una realizzazione delle garanzie per così dire “distribuita” tra procedimento e processo – affonda ancora le sue radici nell’idea, fondamentale, della indistinzione ontologica tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale e della loro comune sottoposizione alle garanzie dell’art 6 CEDU in quanto viste come procedure dei pubblici poteri che determinano un diritto civile o infliggono una sanzione penale. Questo punto di partenza è molto chiaro nella giurisprudenza di Strasburgo e va tenuto presente laddove si vogliano davvero comprendere gli orientamenti convenzionali senza sovrapporli, tra l’altro, alle categorie e ai problemi propri dell’ordinamento nazionale (ove invece è chiara la essenzialità della distinzione tra funzione amministrativa e giurisdizionale).

5. I limiti dell’approccio compensativo in materia sanzionatoria.

Soffermandoci ora sul problema della compensazione *ex post* in materia di sanzioni amministrative, occorre fare alcune precisazioni perché, anche qui, ove pure la Corte EDU si è mostrata, nel complesso, più coerente rispetto alla materia civile, emergono alcune “sbavature”.

Ci si limita a evidenziarne tre.

Innanzitutto, vi sono garanzie che, strutturalmente, non possono essere compensate.

Si pensi, per tutte, al diritto dell’individuo a essere informato nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato di una accusa penale a suo carico (art. 6, par 3, lett. a, CEDU).

In questi casi, in linea di principio, occorrerebbe riconoscere alla proposizione del ricorso giurisdizionale un effetto sospensivo automatico dell’esecutività dei provvedimenti sanzionatori (in modo analogo a quanto avviene in Germania e a quanto, del resto, è già oggi previsto, per es., in materia

³⁵ Trattasi di orientamento espresso chiaramente, per es., con riferimento a sanzioni tributarie: cfr., per es., Corte eur. dir. uomo, sez. III, 27 gennaio 2009, caso n. 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, par. 50, ove si precisa che: «*an enforcement of tax surcharges prior to a court determination of the liability to pay the taxes and surcharges in question should be confined within reasonable limits that strike a fair balance between the interests involved*».

di appalti, dove il cd. *stand still* processuale, impedisce la stipulazione del contratto in caso di proposizione del ricorso giurisdizionale, fintantoché non si arrivi a una decisione, cautelare o di merito, sul ricorso stesso).

In secondo luogo, si è detto che il presupposto per l'operatività del meccanismo della compensazione *ex post* in materia sanzionatoria è che vengano in rilievo «*minor offences*», ossia illeciti meno gravi e sanzionati in modo più lieve.

Occorre però subito sgomberare il campo dall'equivoco che tutte le sanzioni amministrative siano, per definizione, «*minor*» e, dunque, sottratte alle garanzie dell'«equo processo» nel momento procedimentale della loro irrogazione: la Corte di Strasburgo lo ha chiarito fin dal già richiamato caso *Öztürk* del 1984 – ove ragionava di sanzioni amministrative aventi un carattere intrinsecamente penale e tuttavia ammetteva che, all'interno di queste, alcune potessero avere un carattere minore e, dunque, potessero essere compensate *ex post* – e lo ha ribadito varie volte, anche di recente³⁶.

Si tratta, del resto, di conseguenza direttamente discendente dalla natura tra loro alternativa del secondo e del terzo criterio *Engel*, che fanno riferimento, rispettivamente, al carattere punitivo di una sanzione e alla gravità della stessa: in tale contesto, ben può accadere che una sanzione “penale” ai fini CEDU (perché intrinsecamente punitiva) sia poi, in concreto, «*minor*»³⁷ e, dunque, sottratta alla necessità di una applicazione immediata di tutte le garanzie dell'art. 6 fin dalla fase procedimentale.

Eppure, la tesi che nel caso di tutte le sanzioni amministrative possa operare la compensazione *ex post* è stata talora sostenuta, tra l'altro, sulla base delle sentenze Menarini e *Grande Stevens* riguardanti l'Italia.

In effetti, in questi due casi, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, nonostante il procedimento di irrogazione di pesanti sanzioni pecuniarie, rispetti-

³⁶ Cfr., per es. Corte eur. dir. dell'uomo, 10 luglio 2014, caso n. 40820/12, *Marcan v. Croatia*, par. 33-36: «The Court notes at the outset that minor-offence proceedings concerning road traffic offences fall to be examined under the criminal limb of Article 6 of the Convention (see, for example, *Baischer v. Austria*, no. 32381/96, par. 22, 20 December 2001; *Berdajs v. Slovenia* (dec.), no. 10390/09, 27 March 2012; and *Mesesnel v. Slovenia*, no. 22163/08, par. 28, 28 February 2013). The Court reiterates that while entrusting the prosecution and punishment of minor offences to administrative authorities is not inconsistent with the Convention, the person concerned must have an opportunity to challenge any decision made against him before a tribunal that offers the guarantees of Article 6 (see, amongst many others, *Lauko v. Slovakia*, 2 September 1998, par. 64, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI)».

³⁷ Cfr., ancora, Corte eur. dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, cit., par. 53, ove si legge: «There is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention necessarily implies a certain degree of seriousness», in quanto «it would be contrary to the object and purpose of Article 6, which guarantees to “everyone charged with a criminal offence” the right to a court and to a fair trial, if the State were allowed to remove from the scope of this Article a whole category of offences merely on the ground of regarding them as petty».

vamente, dell'Antitrust e della Consob, non fosse stato rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, il successivo controllo giurisdizionale da parte di un organo indipendente e imparziale, dotato di «*full jurisdiction*», potesse compensare i vizi della fase procedimentale.

In realtà, però, quantomeno con riferimento alla pronuncia Menarini, si deve rilevare che l'impresa ricorrente non aveva lamentato i vizi della fase procedimentale di irrogazione della sanzione, ma aveva appuntato le sue doglianze sulla mancanza di un sindacato di «*full jurisdiction*» da parte del giudice amministrativo italiano rispetto alla sanzione irrogata dall'Antitrust. In altri termini, il ricorrente non aveva contestato il procedimento di irrogazione della sanzione e la Corte di Strasburgo, dunque, non poteva certo rilevare d'ufficio vizi non dedotti, visto che anche nella fase giudiziale davanti ai giudici di Strasburgo vale il principio della domanda.

Più perplessi lascia la soluzione del caso *Grande Stevens* perché lì, in effetti, i vizi del procedimento sanzionatorio della Consob erano stati rilevati, anche se, di nuovo, il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo non aveva affrontato il tema della compensabilità *ex post*, in sede giurisdizionale, dei deficit del procedimento sanzionatorio amministrativo, né era stato evidenziato il limite alla compensabilità *ex post* rappresentato dalle *minor offences*³⁸.

In ogni caso, è evidente che se bastasse qualificare come amministrativa una sanzione per sfuggire ai vincoli dell'art. 6 CEDU (sia pure solo nella fase procedimentale), assisteremmo di nuovo a quel fenomeno di “truffa delle etichette” che la Corte di Strasburgo stessa da sempre contrasta, nell'ottica di un approccio sostanzialista e attento alla natura intrinseca delle misure in concreto irrogate. E, d'altra parte, una compensazione *ex post* anche in presenza di offese non «*minor*» contrasterebbe con il già richiamato principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, CEDU, visto che è quantomeno dubbio che, in presenza di misure particolarmente pesanti, la grave afflizione subita dal destinatario possa essere compiutamente sanata *ex post*, in sede processuale.

Venendo al terzo profilo critico relativo al tema della compensazione *ex post*, occorre tenere presente che vi è una linea giurisprudenziale della Corte EDU secondo la quale, in presenza di «*minor offences*» non comportanti un «*significant degree of stigma*», ossia non connesse a un significativo grado di riprovazio-

³⁸ Per un commento e per più ampie riflessioni su tale sentenza sia consentito rinviare a M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 1053 ss., 1066, ove si è, tra l'altro, avanzata l'ipotesi che la Corte di Strasburgo tenda, talora, a modulare le richieste di adattamento degli ordinamenti degli Stati membri alle garanzie dell'art. 6 CEDU in ragione del grado di maturità e di sensibilità da essi mostrata per il tema.

ne sociale, le garanzie di cui all'art. 6 CEDU (o, almeno, alcune di tali garanzie) potrebbero non tanto essere posticipate, ma del tutto e radicalmente bypassate.

Si tratta dell'orientamento inaugurato a partire dal 2001 con la sentenza *Jussila* la quale ha ritenuto che una sanzione tributaria di modesta entità, pari a circa 300,00 Euro, non appartenesse al cd. «*hard core of criminal law*» (ossia, al nocciolo duro del diritto penale) e, dunque, potesse essere inflitta anche a seguito di un procedimento nel quale non vi era stata una udienza pubblica ove controinterrogare l'ispettore fiscale incaricato della conduzione del procedimento sanzionatorio.

In altri termini, secondo questa giurisprudenza, in presenza di una sanzione di carattere “minore” le garanzie dell'art. 6 CEDU non dovrebbero essere assicurate tutte, ma solo quelle strettamente necessarie e funzionali alla difesa dell'incolpato. Vi sarebbero cioè «*criminal charges of different weight*» (di peso diverso) che, in quanto tali, andrebbero trattate diversamente anche sotto il profilo delle garanzie procedurali e processuali³⁹.

Questa giurisprudenza viene spesso valorizzata in sede comunitaria nelle difese della Commissione europea per sostenere che le sanzioni da essa stessa irrogate, pur essendo di natura penale, non apparterrebbero però al “nocciolo duro” della materia penale e, dunque, potrebbero essere inflitte anche in base a un procedimento non rispettoso di tutte le garanzie di cui all'art. 6 CEDU purché, poi, tali garanzie siano integrate in sede di successivo sindacato giurisdizionale da parte della Corte europea di Giustizia⁴⁰.

³⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*, cit., par. 43: «Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (*Öztürk*, cited above), prison disciplinary proceedings (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, Series A no. 80), customs law (*Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141-A), competition law (*Société Stenuit v. France*, 27 February 1992, Series A no. 232-A), and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (*Guisset v. France*, no. 33933/96, ECHR 2000-IX). Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see *Bendenoun and Janosevic*, par. 46 and par. 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 par. 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body, and, a contrario, *Findlay*, cited above)».

⁴⁰ Cfr., per es., le Conclusioni dell'Avv. gen. Mengozzi, 17 febbraio 2011, causa C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, punti 31-32, ove si legge: «Come più volte sottolineato dalla Commissione nelle sue memorie, nella sentenza *Jussila*, resa dalla *Grande Chambre*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha confermato quanto in parte già desumibile da alcuni precedenti, vale a dire che, nell'ambito delle procedure che conducono all'applicazione di sanzioni da con-

In questo modo, però, la Commissione europea finisce per prescindere da un giudizio sulla gravità della sanzione dimenticando che, invece, nel caso *Jussila* tale profilo era stato dirimente: il rischio, estremizzando tale discorso, è dunque che si finiscano per considerare escluse dal “nocciolo duro” della materia penale tutte le sanzioni amministrative, a prescindere dalla loro gravità.

Per altro verso, questo modo di ragionare confonde i piani: la sentenza *Jussila* affrontava il tema delle garanzie che dovevano o meno essere accordate, ammettendo che in taluni casi (ossia, in presenza di sanzioni di lieve entità) alcune di esse potessero essere del tutto bypassate, e non si occupava, invece, del momento in cui tali garanzie dovevano essere assicurate (se nel procedimento o nel processo). La flessibilità della sentenza *Jussila* viene invece applicata dalla Corte europea di Giustizia al profilo temporale per affermare che le sanzioni della Commissione possono essere irrogate anche in assenza di alcune delle garanzie dell’«equo processo» purché, poi, queste ultime siano recuperate in sede processuale.

Con il ché, però, si stravolge il senso della compensazione *ex post* la quale presuppone, viceversa, che una data garanzia sia necessaria e, in quanto tale, debba sempre, prima o poi, essere accordata.

Insomma, quel che si vuole dire è che, ove si ritenga che una data garanzia sia necessaria (a prescindere dalla fase nella quale essa venga in concreto accordata), il richiamo alla *Jussila* non è pertinente: il tema delle concrete garanzie che devono essere assicurate in un dato procedimento va infatti tenuto distinto da quello della compensabilità *ex post* che riguarda la fase nella quale tali garanzie devono essere collocate.

6. Conclusioni.

Come si confida sarà emerso, il profilo della compensazione *ex post* è centrale e, però, non privo di profili di perdurante incomprensione e oggettiva incertezza.

siderarsi come penali in base all’art. 6 CEDU, una distinzione può essere tracciata tra le procedure (e sanzioni) che rientrano nel cosiddetto «nocciolo duro» del diritto penale e quelle che invece si collocano al di fuori dello stesso. Al punto 43 di tale sentenza, dopo aver rilevato che l’adozione di una nozione autonoma di «accusa in materia penale» ha determinato una progressiva estensione dell’ambito penale dell’art. 6 CEDU a settori che «non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale», quali appunto le «sanzioni pecuniarie inflitte per violazione del diritto della concorrenza», la Corte europea dei diritti dell’uomo ha affermato che, in tali settori, le garanzie offerte da detto articolo «non devono applicarsi necessariamente in tutto il loro rigore» (...). Coerentemente con quanto precisato al punto 43 della sentenza *Jussila* (...), la concentrazione dei poteri di istruzione, accusa e decisione in capo alla Commissione nel quadro di tali procedure non si pone di per sé in contrasto con l’art. 6 CEDU, a condizione, tuttavia, che le imprese che vi sono assoggettate dispongano di un diritto di ricorso contro la decisione della Commissione dinanzi ad un organo che risponda alle esigenze di tale articolo».

Esso è centrale perché, fin dall'origine, ha segnato la possibilità di estendere l'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo senza però stravolgere i sistemi di diritto amministrativo continentale (e l'idea, in essi accolta, di una distinzione essenziale tra procedimento e processo).

Oggi, tale profilo segna altresì la possibilità di estendere l'art. 6 in via diretta al diritto dell'Unione europea (in particolare, ai procedimenti sanzionatori della Commissione) e dunque offre la possibilità di trovare un – pur come si è visto discutibile – punto di equilibrio tra un *public enforcement* potenzialmente veloce ed efficiente e, d'altra parte, il godimento, pur posticipato, delle garanzie dell'«equo processo».

Del resto, non sembra un caso che pure in sede di diritto europeo si sia privilegiata la strada della compensazione *ex post*⁴¹: anche in quell'ordinamento vi è piena consapevolezza che le garanzie del giusto processo, ove applicate al procedimento, richiederebbero profondi e formali cambiamenti dell'agire amministrativo. Invece, il giudice di «*full jurisdiction*», anche quando (come dovrebbe in effetti accadere) non si limiti ad affermare tale sindacato penetrante, ma lo realizzi davvero, è semplicemente un giudice che supera certe timidezze nel sindacato pieno dei fatti e dei presupposti del potere sulla base di una competenza che, quantomeno in relazione alle sanzioni amministrative, gli è già, peraltro, conferita dall'ordinamento europeo e nazionale (cfr., rispettivamente, l'art. 261 del TFUE che attribuisce alla Corte di Giustizia la possibilità di esercitare una «*competenza giurisdizionale anche di merito*» sulle sanzioni amministrative irrogate dalla Commissione europea; e l'art. 134, c. 1, lett. c, del Codice del processo amministrativo italiano, a norma del quale il giudice amministrativo esercita giurisdizione con «cognizione estesa al merito» nelle controversie aventi a oggetto le sanzioni amministrative pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla sua cognizione).

Tuttavia, la visione della “continuità” tra procedimento e processo, quando applicata in concreto, non è priva di profili di incertezza: anzitutto, la maggiore flessibilità mostrata dalla Corte EDU con riferimento alla materia civile ha condotto ad affacciare l'idea, non del tutto convincente sul piano logico, per cui il procedimento amministrativo, pure ove manchi la terzietà dell'autorità decidente, consentirebbe un godimento delle garanzie del giusto processo parziale ma pur sempre accettabile in ottica CEDU. In realtà, come si è detto, la terzietà del “giudicante” appare una preconditione per il godimento

⁴¹ Come ben emerge in alcune pronunce recenti: cfr. Corte europea di Giustizia, 8 dicembre 2011, *KME Germany e a. c. Commissione Europea*, cause riunite C-272/09, C-386/10 e C-389/10.

delle ulteriori garanzie dell'art. 6 CEDU, più che una garanzia in se stessa come tale soddisfabile, al limite, solo nella fase giurisdizionale.

In materia penale, invece, andrebbe sicuramente approfondito il rapporto tra presunzione di innocenza e compensazione *ex post*, almeno nella misura in cui la sanzione amministrativa non sia soggetta a un effetto sospensivo automatico a seguito dell'impugnazione giudiziale. Intuitivamente, infatti, una sanzione di misura significativa, inflitta a prescindere dalla instaurazione preventiva di un giusto processo e immediatamente esecutiva, mette in crisi la prima e fondamentale *ratio* del principio di presunzione di innocenza, ossia la garanzia di non subire il *malum* derivante da una sanzione senza essere stati giudicati nell'ambito di un «equo processo».

Infine, occorre avere ben chiaro che sottolineare la prospettiva unitaria del procedimento e del processo e affermare che, dal punto di vista convenzionale, ove le garanzie fossero già compiutamente assicurate in sede procedimentale, una successiva fase giurisdizionale potrebbe, al limite, persino mancare, non significa naturalmente dimenticare l'importanza per l'ordinamento nazionale delle garanzie giurisdizionali e, tra esse, innanzitutto, del principio di necessaria giustiziabilità degli atti amministrativi di cui all'art. 113, c. 1, Cost.

Infatti, le garanzie CEDU si aggiungono e non si sostituiscono a quelle nazionali ed è grazie a una loro virtuosa combinazione, ossia grazie a una prospettiva che sia allo steso tempo sostanziale e formale, che è possibile e doveroso ricercare livelli più avanzati di tutela per i cittadini.

Il principale merito della giurisprudenza di Strasburgo è del resto forse proprio quello di avere imposto di riconsiderare una serie di istituti fondamentali del diritto amministrativo nazionale quali le garanzie procedimentali, le garanzie processuali, i rapporti tra potestà amministrativa e giurisdizionale, la nozione di sanzione amministrativa e di discrezionalità amministrativa, e così via.

Basta dare uno sguardo, anche veloce, alla giurisprudenza nazionale per accorgersi che le pronunce (anche delle giurisdizioni superiori) che fanno riferimento, più o meno direttamente e correttamente, all'insegnamento CEDU, sono oramai numerosissime e potenzialmente idonee ad avviare, sia pure lentamente, un cambiamento del volto del diritto amministrativo come sinora lo abbiamo conosciuto.