

NICOLETTA VETTORI
Professoressa associata di Diritto amministrativo
Dipartimento di Studi aziendali e giuridici dell'Università di Siena
nicoletta.vettori@unisi.it

REGOLAZIONE DEI MERCATI E CONCENTRAZIONE DEI POTERI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

MARKET REGULATION AND CONCENTRATION OF POWERS OF INDEPENDENT AUTHORITIES

SINTESI

Il modello di regolazione affidato alle Autorità Amministrative Indipendenti nei settori economici si caratterizza, oltre che per indipendenza e tecnicità, anche per la peculiare concentrazione di poteri di diversa natura.

Le Autorità indipendenti, infatti, detengono ed esercitano contestualmente poteri normativi, poteri esecutivi, poteri giustiziali e poteri sanzionatori. In questo modo è un medesimo apparato che, rispetto ad una determinata materia, detta le norme, le applica ai casi concreti, risolve controversie e “giudica” irrogando le sanzioni .

Il profilo pone dei problemi di per sé, perché disattende l'esigenza di non-cumulo dei poteri fondamentali dello Stato, considerata il nucleo «vitale» della teoria di Montesquieu nei sistemi contemporanei, necessario ad assicurare la pluralità di sedi di esercizio dei poteri pubblici e un loro reciproco bilanciamento .

In più la problematicità è stata acuita dal fatto che alla concentrazione dei poteri si è accompagnata una sorta di “confusione” tra gli stessi: i diversi poteri sono spesso esercitati in modo contestuale e sono stati sottoposti ad una disciplina sostanzialmente analoga. Ciò ha determinato un ‘allentamento’ del principio di tipicità che ha condizionato la disciplina procedimentale prevista dalle fonti secondarie e applicata dalle Autorità, con rilevanti conseguenze sul piano sistematico. L'analisi intende mostrare le criticità che tale assetto ha determinato, individuare i fondamenti costituzionali rispetto ai quali si pone in contrasto e prospettare alcune soluzioni che potrebbero riportare coerenza tra la finalità e i caratteri delle funzioni attribuite alle Autorità indipendenti e il regime giuridico applicabile agli atti con cui vengono esercitate* .

* Il contributo riprende e sviluppa alcuni dei temi analizzati in N. VETTORI, *Autorità amministrative indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*,

ABSTRACT

The regulatory model entrusted to the Independent Administrative Authorities in the economic sectors is characterized not only by independence and technicality, but also by a peculiar concentration of powers of a different nature. The Independent Authorities have and exercise simultaneously regulatory, executive, judicial and sanctioning powers. In other words, the same institution dictates the rules on a given matter, applies them to specific cases, solves disputes and 'judges' by imposing sanctions.

The profile raises problems regarding the principle of separated powers of the State, that in modern systems is considered necessary to guarantee the plurality of the venues for the exercise of public powers and their mutual balance.

The issue is exacerbated by the fact that the concentration of powers has been accompanied by a certain 'confusion' between them: the various powers are often exercised in a contextual manner and have been subjected to substantially similar discipline. This has led to a 'loosening' of the principle of typicality, which has conditioned the procedural discipline provided for by secondary sources and applied by the authorities, with relevant consequences at the systemic level. The present essay aims to identify the critical issues that this configuration has generated, to identify the constitutional foundations with which it contrasts, and to suggest some solutions that could restore consistency between the purpose and nature of the functions attributed to the independent authorities and the legal regime applicable to the acts they adopt.

PAROLE CHIAVE: Autorità amministrative indipendenti, concentrazione dei poteri, funzione di vigilanza, sanzioni amministrative punitive, principio di tipicità.

KEYWORDS: Independent administrative authorities, concentration of powers, supervisory function, punitive sanctions, the principle of typicality.

Indice: 1. Premessa. – 2. I caratteri del modello di regolazione affidata alle Autorità amministrative indipendenti: in particolare la concentrazione dei poteri. – 3. I c.d. "correttivi" del modello: in particolare la c.d. legalità procedurale. – 4. L'insufficienza dei "correttivi" rispetto alle criticità derivanti dalla concentrazione dei poteri. – 4.1. I limiti della c.d. legalità procedurale. – 4.2. Il continuum tra i poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione e la de-quotazione del principio di tipicità. – 5. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività sanzionatoria: la sanzione come «strumento di regolazione e vigilanza». – 5.1. L'intreccio tra procedimenti di vigilanza e procedimenti sanzionatori e le deroghe alla l. n. 689/1981 – 5.2. Incertezza sulla disciplina generale di riferimento e de-quotazione delle garanzie difensive – 5.3. L'elemento che ha "infranto" il precario equilibrio: l'abuso dello strumento sanzionatorio e la elaborazione della nozione di «sanzione amministrativa punitiva» da parte della giurisprudenza CEDU e costituzionale. – 5.4. I profili di perdurante criticità – 6. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività di vigilanza – 6.1 La plurima strumentalità dell'attività di vigilanza – 6.2. La disciplina procedimentale e il regime di efficacia degli

Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

ordini di vigilanza. - 6.3. Le implicazioni della “confusione” dei poteri: l'estensione delle garanzie difensive delle sanzioni c.d. «punitive» nei procedimenti di vigilanza. - 6.4. I profili problematici. 7. La necessaria distinzione delle funzioni delle Autorità indipendenti: le coordinate costituzionali, convenzionali ed europee. 7.1. Dal punto di vista delle norme sui diritti. 7.2. Dal punto di vista dei principi sul potere. 7.3. La rilevanza del principio di tipicità dei poteri. - 8. Autorità indipendenti: garanzia delle libertà e giustizia nei mercati 8.1. Distinzione organizzativa e differenziazione del regime giuridico applicabile ai poteri di regolazione-vigilanza e a quelli sanzionatori.

1. Premessa

La nozione di “regolazione” affidata alle Autorità Amministrative Indipendenti (di seguito anche AAI) non ha un significato univoco¹.

La maggioranza della dottrina adotta una nozione molto ampia di regolazione tale da includere oltre agli atti normativi e generali, anche i provvedimenti di vigilanza e le misure sanzionatorie.

In una prospettiva “rovesciata” altra parte della dottrina utilizza una nozione, parimenti totalizzante, di vigilanza che include le categorie – codificate anche dalla normativa in materia finanziaria - di vigilanza regolamentare, vigilanza-informativa, vigilanza-ispettiva², cui si aggiungono i poteri sanzionatori³.

Queste categorie, ampie e imprecise, sono dovute al fatto che l'attività di

¹ Il concetto di regolazione è oggetto di una bibliografia amplissima. Senza pretesa di completezza si rinvia a A. LA SPINA E G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; N. RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. CASSESE, V, Milano, 2006, 5057 ss; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi “a rete”*, Milano, 2007; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, Milano, p. 805 ss; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., p. 337 ss; M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 608 ss. Sulla natura sostanzialmente regolatoria anche dell'attività *antitrust*, accentuato da varie riforme (quelle introdotte dir. 2005/29/CE recepita con il d.lgs. n. 145 del 2007 e, da ultimo, con la direttiva UE 2019/1 recepita con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185) che hanno conferito all'Autorità nuove attribuzioni di stampo regolatorio o para-regolatorio. In quest'ultimo senso si veda A. POLICE, *I “nuovi” poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, p. 113 ss; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, cit., p. 812-815; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 97 (3 2018), pp. 697 ss (spec. p. 702).

² Cfr. rispettivamente gli artt. 6, 8, 10 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (TUF) e gli artt. 53, 51, 54 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (TUB).

³ Segue questa impostazione, terminologica e concettuale, estendendola anche oltre il settore dei mercati finanziari, S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 723 ss. In termini analoghi rispetto alla dimensione europea v. A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020.

“governo” dei mercati affidata a ciascuna Autorità si svolge mediante una pluralità di atti variamente denominati espressione di poteri di diversa natura.

Le Autorità indipendenti, infatti, detengono ed esercitano contestualmente poteri normativi, poteri esecutivi, poteri giustiziali e poteri sanzionatori. In questo modo è un medesimo apparato che, rispetto ad una determinata materia, detta le norme, le applica ai casi concreti, risolve controversie e “giudica” irrogando le sanzioni⁴.

Il profilo pone dei problemi di per sé, perché disattende l'esigenza di non-cumulo dei poteri fondamentali dello Stato, considerata il nucleo «vitale» della teoria di Montesquieu⁵ nei sistemi contemporanei, necessario ad assicurare la pluralità di sedi di esercizio dei poteri pubblici e un loro reciproco bilanciamento⁶.

In più la problematicità è stata acuita dal fatto che alla concentrazione si è accompagnata una sorta di “confusione” tra gli stessi: i diversi poteri sono spesso esercitati in modo contestuale e sono stati sottoposti ad una disciplina sostanzialmente analoga, ricalcata sulla categoria dogmatica dell'attività in forma contenziosa (come vedremo, delineata sul modello della l. n. 241 del 1990 seppur con contraddittorio rinforzato).

Ciò ha determinato un ‘allentamento’ del principio di tipicità dei poteri che, progressivamente, ha prodotto specifiche conseguenze sulla disciplina procedimentale prevista e applicata, sulle qualificazioni giuridiche degli atti emanati e sul relativo sindacato giurisprudenziale⁷.

In questa sede, non essendo possibile considerare tutti e tre i profili, ci soffermeremo sul primo mettendo in evidenza come la concentrazione-confusione dei poteri incida sulla disciplina procedimentale delle attività di regolazione dei mercati e quali conseguenze determini sul piano sistematico.

⁴ Al riguardo v. G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, p. 97: «è addirittura un medesimo organo amministrativo che, rispetto ad una determinata materia, detta le norme, le applica ai casi concreti e ‘giudica’ irrogando le sanzioni (...). Montesquieu appare qui lontano anni luce».

⁵ In questi termini P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 7-8.

⁶ In questi termini v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 713.

⁷ Al riguardo sia consentito rinviare all'analisi svolta in N. VETTORI, *Autorità amministrative indipendenti e concentrazione dei poteri*.

Al fine di approfondire quanto considerato in primo luogo si analizzerà il modello delle Autorità amministrative indipendenti che svolgono funzioni di regolazione dei settori economici soffermandosi, in particolare, sul carattere della concentrazione dei poteri (§ 2) e sulle criticità che dipendono da questa caratteristica (§§ 3, 4.). Successivamente si descriveranno le implicazioni che l'allentamento del principio di tipicità ha prodotto sullo statuto procedimentale dei poteri sanzionatori (§ 5) e le conseguenze che sta producendo sul regime giuridico dell'attività di vigilanza (§ 6) mettendo in evidenza il duplice risultato che ne deriva: l'inadeguatezza delle garanzie individuali rispetto ai poteri sanzionatori e, all'opposto, il rischio di una riduzione dell'efficacia dell'azione di controllo.

Successivamente si mostrerà che queste disfunzioni hanno precise ragioni sistematiche perché l'esigenza di diversa tipizzazione dei poteri ha fondamento costituzionale, dato che i diritti su cui incidono sono diversamente protetti a livello costituzionale e, in ragione di ciò, anche i principi fondamentali che devono orientare la disciplina a questi applicabili ricevono diverse graduazioni (§ 7). Pertanto, alla luce dell'analisi svolta, sarà possibile sostenere che riportare coerenza tra la finalità e i caratteri delle funzioni attribuite alle Autorità indipendenti e il regime giuridico applicabile agli atti con cui vengono esercitate è un fondamentale elemento di garanzia a tutela dei diversi diritti e interessi affidati alla loro cura e, dunque, di una efficace e adeguata regolazione dei mercati (§ 8).

2. I caratteri del modello di regolazione affidata alle Autorità amministrative indipendenti: in particolare la concentrazione dei poteri

Le Autorità amministrative indipendenti sono ormai centrali nell'assetto istituzionale nazionale ed europeo⁸ e il loro ruolo è strategico, per integrare e

⁸ Sul ruolo delle Autorità indipendenti in relazione all'evoluzione delle linee di politica legislativa, nell'ambito di una letteratura vastissima, v. F. MERUSI, F. BASSI (a cura di), *Mercati e autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1993; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 1995; F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le Autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 13-16; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 645 ss; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; N. LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*» e *posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, p. 525 ss; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, p. 143 ss; M. CLARICH, *Autorità*

bilanciare i poteri degli organi politici, anche di fronte all'erompere dei «poteri privati»⁹; al punto che se ne prospetta la qualificazione in termini di *Fourth Branch*¹⁰.

Alcuni dei caratteri peculiari del modello sono stati oggetto di studi molto approfonditi¹¹.

In primo luogo il carattere dell'indipendenza che è (*i.e.* dovrebbe essere) assicurato da alcuni requisiti di tipo strutturale¹² e funzionale¹³, e che opera in senso bidirezionale: sia nei confronti degli organi di governo sia rispetto ai sog-

indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005, pp. 13-56.

9 Su cui v. M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Potere e Costituzione, Enc. dir., Tematici*, vol. V, diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, Milano, 2023, p. 1008 ss; L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algorithm*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 381 ss; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, 2020, nonché i contributi raccolti nel fascicolo monografico dedicato ai «Poteri privati» della rivista *Diritto pubblico*, 3, 2021.

10 Di recente, la Corte costituzionale (con ord. n. 3 del 2019) ha negato all'AGCM la qualifica di giudice *a quo* ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale ribadendo la natura amministrativa dell'organismo e dei poteri esercitati; nondimeno il dibattito sull'identità istituzionale delle Autorità è tutt'altro che sopito. Sulla difficoltà di ricondurre le Autorità indipendenti ai tradizionali poteri dello Stato si veda, di recente, G. NAPOLITANO, G. MOCAVINI, G. BUTTARELLI, R. MORGANTE, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 442 e p. 486 che richiamano lo studio di B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu* in *Comparative administrative law* a cura di S. R. ACKERMAN E P. LINDSETH, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 38 ss.

11 Si veda, solo tra gli studi più recenti, M. MANETTI, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, *Enc. dir., Tematici*, vol. V, Milano, 2023, p. 782 ss; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

12 Le procedure di nomina (su cui da ultimo, G. NAPOLITANO, G. MACAVINI, G. BUTTARELLI, R. MORGANTE, *Autorità indipendente e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, cit., p. 441 ss.) e l'ampia autonomia funzionale (si veda per es. l'art. 10, l. 287/1990, che dispone che l'Antitrust operi «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione»), organizzativa (possono dotarsi di regolamenti per l'organizzazione dei propri apparati e gestire concorsi per il reclutamento del personale) e finanziaria (si prevede non solo un'autonomia gestionale ma, talora, anche la possibilità di autofinanziamento mediante la richiesta di un contributo agli operatori del settore; sul punto si veda, di recente, Corte cost., 7 aprile 2017, n. 69).

13 La formula (del «divieto di sollecitare o accettare istruzioni») è utilizzata dal diritto europeo (cfr. l'art. 108 del Trattato istitutivo della Comunità europea con riferimento alle funzioni della Banca centrale europea e delle altre banche del Sistema europeo delle banche centrali; art. 35 direttiva 2009/73/CE sull'energia elettrica; art. 39 direttiva 2009/73/CE sul gas. Sul punto v. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza* e S. BATTINI, G. VESPERINI, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposto dal diritto europeo e globale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p. 16-17 e p. 61 ss.

getti regolati.

In secondo luogo la tecnicità, garantita dalla elevata competenza tecnica tanto dei membri del collegio che dei funzionari preposti agli uffici¹⁴, che risponde all'esigenza di adeguatezza e stabilità dei precetti elaborati dalle Autorità¹⁵.

Vi è però un altro carattere peculiare che ha ricevuto minore attenzione e che merita approfondimento, anche in ragione dei perdurati profili problematici che caratterizzano il modello¹⁶: la concentrazione dei poteri. Alle Autorità sono, infatti, assegnati vari poteri che, fatte salve talune differenze terminologiche¹⁷, possono essere ricondotti a cinque macro-categorie.

Il primo è il potere di regolazione in senso proprio¹⁸ comprendente l'atti-

¹⁴ Le leggi istitutive richiedono che la scelta ricada su persone dotate di professionalità, competenza, esperienza e autonomia, ma non definiscono in modo adeguato i requisiti necessari (cfr. l'art. 10, l. 287/1990 prevede che i componenti dell'AGCM siano selezionati tra «persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità o rilievo»).

¹⁵ Sulla c.d. 'legittimazione tecnica' delle Autorità indipendenti si veda, tra gli altri, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; G. MAJONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 15 ss; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 67-84. e, più di recente, M. P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2016, p. 397 ss.

¹⁶ Il modello di regolazione tecnocratica che le Autorità rappresentano resta molto contestato, non solo perché presuppone soggetti sottratti all'indirizzo governativo, ma anche perché è figlio di una idea di tecnicizzazione che tende a sottrarre la regolazione dell'economia al circuito politico-democratico, in questa prospettiva v., tra gli altri, A. SOMMA, *Polverizzare il potere economico. Il neoliberalismo e la neutralizzazione del conflitto sociale* in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali e conflitto sociale. Un dialogo tra le discipline*, Roma, 2024, p. 423 ss; F. MERLONI, *Organi politici e poteri indipendenti: un rapporto sempre più difficile*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2024, pp. 78-80; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale e pareggio di bilancio*, Napoli, 2016; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, Milano, 2016.

¹⁷ In alternativa a quella qui seguita, è frequente la classificazione che distingue due funzioni principali: quella di *rule making*, comprensiva dell'attività normativa e di regolazione, e quella di *c.d. adjudication*, comprensiva di provvedimenti inibitori e sanzionatori. In questi termini, v. F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2009, p. 311.

¹⁸ Cfr., tra i molti, L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; N. RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. CASSESE, V, Milano, 2006, 5057 ss; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, Milano, p. 805 ss; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, *Dir. amm.*, 2, 2018, p. 337 ss; M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 608 ss; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 97 (3 2018), pp. 697 ss (spec. p. 702).

vità di elaborazione di precetti¹⁹ mediante atti propriamente normativi²⁰, quali regolamenti interni (di organizzazione e di funzionamento) e regolamenti con efficacia esterna²¹; ovvero mediante atti amministrativi generali²² variamente denominati²³ (istruzioni²⁴, comunicazioni²⁵, linee-guida²⁶, piani e programmi²⁷).

Nonostante la diversa natura giuridica (normativa/generale; hard/soft), gli atti in questione sono accomunati dal carattere precettivo: dettano regole di comportamento e di conformazione delle attività economiche, integrando le

19 Sui poteri normativi delle Autorità, tra i molti, si veda N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 87 ss; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., pp. 263 ss; S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 1-2; F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, X, Agg., Roma, 2001; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 43 ss; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 75 ss; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., p. 729 ss; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2018, p. 172 ss.

20 Sul concetto di atto normativo e sul conseguente regime giuridico si veda G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998; L. CARLASSARE, *Regolamento (Dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Agg. 2001, p. 960 ss. Sulla nozione di atti precettivi delle autorità di vigilanza finanziarie S. AMOROSINO, *Principi «costituzionali», poteri e fonti normative: lo jus commune dei mercati finanziari*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2003, p. 335 ss.

21 Tra i quali rientrano sia gli atti con cui le Autorità dettano specifiche regole a integrazione della normativa di settore; sia i regolamenti che dettano la disciplina dei procedimenti svolti dalle stesse.

22 Sugli atti amministrativi generali e sulla problematica distinzione dai regolamenti, v. M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953, p. 18 ss; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, IV, 1954, p. 217 ss; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 53 ss; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, p. 388 ss; M. C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese*, Milano, 2006, p. 491 ss. In giurisprudenza, v., in particolare, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 Maggio 2012, n. 9, in *Giur. it.*, 2012, p. 2410 ss., e il commento di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e non normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 23 ss.

23 Sugli atti di regolazione riconducibili alla c.d. *soft law* v. N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, cit., p. 88; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., p. 19 ss; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2015*, Napoli, 2015, p. 235.

24 Cfr. Le c.d. Istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia (pubblicati sul sito ufficiale dell'Autorità all'indirizzo: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivionorme/index.html>?)

normative di livello primario, sulla base di espresse (seppur spesso generiche) norme di attribuzione di potere²⁸.

Il secondo è il potere di vigilanza (nozione da preferire a quella di controllo²⁹), che comprende una pluralità di attività dirette a verificare che l'azione degli operatori economici sia conforme a determinate regole o *standard* definiti dalla legge (nazionale e UE) o elaborati dalle stesse Autorità, e – in caso di riscontrata difformità – è funzionale a far cessare eventuali comportamenti scorretti, imporre la correzione e, ove possibile, riparare i danni cagionati. Questa si

cdm=1000000&int=00000000000&page=1)

25 Cfr., ad esempio, per AGCM la *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*.

26 Come noto, allo strumento delle linee-guida è stato fatto ampio ricorso nel settore dei contratti pubblici a seguito della scelta del legislatore del 2016 di sostituire il regolamento attuativo della disciplina sugli appalti con atti di c.d. *soft law* elaborati da ANAC. Sulla questione della natura giuridica delle linee-guida ANAC si veda Cons. Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855. In dottrina, tra i molti, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273 ss; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, in *Giustamm.it*, 2016.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2016; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, p. 436 ss.

27 Quali gli atti di determinazione degli *standard* di qualità e delle tariffe dei servizi. Si veda, ad esempio, il potere dell'Autorità per i Trasporti (ART) ex art. 37, comma 2 lett. b) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

28 In limitati casi, infatti, la legge stabilisce modalità criteri e oggetto della regolazione (cfr. ad es. l'art. 33 del Codice delle assicurazioni private; cfr. l'art. 15 TUF); più di frequente si tratta di previsioni generiche (art. 5 Codice delle assicurazioni private, art. 6 TUF, art. 1, c. 6, lett. c l. n. 249/1997). Il carattere generale di molte delle norme attributive del potere di regolazione ha portato dottrina e giurisprudenza a teorizzare che i poteri normativi delle AAI possono essere ricavati anche in via interpretativa (c.d. poteri impliciti), in base ad un'attività (che in quanto interpretativa appunto) è pienamente sindacabile dal giudice. Ad es. dall'art. 2, c. 5, l. n. 481 del 1995 la giurisprudenza ha ricavato la legittimazione dell'AEEG (oggi ARERA) ad esercitare poteri normativi volti a «dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti di erogazione del gas», cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987 su cui si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 87. Sul problematico tema si veda N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss; A. PANTALEONE, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, in *Persona e Amministrazione*, 1, 2020, p. 421 ss; M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2022, p. 25 ss.

29 Di recente, in dottrina, la nozione di vigilanza che qui si utilizza è stata declinata con la categoria dei «controlli amministrativi su privati» nel quadro di un generale ripensamento della nozione di controllo amministrativo «quale "sistema" volto ad assicurare l'enforcement regolatorio». In questo senso si veda M. DE BENEDETTO, *Controlli [dir. amm.]*, in *Enciclopedia giuridica Treccani on line*, 2017; A. MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 204 ss; L. LORENZONI, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2017, p. 779 ss; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati, globalizzazione*, Bologna, 2008. Proprio perché si condivide il merito della proposta ricostruttiva degli Autori citati, nella misura in cui concentra l'analisi sull'importanza dell'attività di controllo, sulla necessità di elaborare rimedi per le disfunzioni e di individuare

esplica mediante provvedimenti di autorizzazione³⁰, attività ispettiva (accesso ai luoghi, prelievo di materiale)³¹, misure cautelari³², provvedimenti inibitori (diffide; divieti) e ordinatori³³ (richieste di documenti; ordini di dare/facere, decisioni con impegni³⁴).

Il terzo tipo di potere di cui le Autorità sono investite è quello sanzionatorio implicante l'accertamento degli illeciti previsti dalla legge (nazionale ed europea) e/o la violazione dei precetti posti dalle stesse Autorità, e l'irrogazione di sanzioni interdittive e pecuniarie³⁵.

Infine, le Autorità indipendenti sono titolari di poteri di carattere *giustiziale*³⁶, per la risoluzione stragiudiziale delle controversie (sia tra imprese e uten-

strumenti più efficaci per incentivare il rispetto delle regole da parte dei privati, pare opportuno utilizzare la nozione di vigilanza, utile ad affinare le coordinate concettuali del controllo sulle attività dei privati (che sconta ancora una certa vaghezza) e distinguerlo più chiaramente dai controlli amministrativi (inter-organici o inter-istituzionali) che si svolgono tra amministrazioni pubbliche.

30 I provvedimenti di autorizzazione sono contemporaneamente espressione di una funzione regolatoria, nella misura in cui contengono clausole accessorie che pongono precetti, e di una funzione di vigilanza, nella misura in cui rappresentano il titolo che giustifica il successivo controllo dell'Autorità. Si pensi, per esempio, al potere di AGCM di autorizzare operazioni di concentrazione tra imprese prescrivendo le misure necessarie a impedire effetti pregiudizievoli sulla libertà di concorrenza, art. 6, l. 287/1990 o l'autorizzazione rilasciata da CONSOB per l'esercizio dei servizi di investimento ex art. 19, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

31 Cfr., ad esempio, la legge n. 418/95, all'art.12, comma, 12 lettera g), attribuisce alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità il compito di controllare lo svolgimento dei servizi «con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili».

32 Il potere previsto dall'art. 14 *bis* della l. 287/1990 o dall'art. 8 d.lgs. 145/2007 sulla sospensione della pubblicità ingannevole, su cui v. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, 192 ss; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 174 ss.

33 Si pensi al potere delle Autorità di regolazione di imporre la separazione contabile e societaria delle imprese, art. 2, comma 12, lett. f) della l. 481/1995.

34 Sul sub-procedimento per impegni in materia *antitrust* si veda, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1283 ss; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 1, 2008, p. 109 ss; L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2011, p. 509 ss; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012; B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazioni di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 165 ss.

35 In termini generali sul tema v. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000; M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative indipendenti. Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013).

36 Queste funzioni sono diffusamente definite para-giurisdizionali, espressione che però finisce per essere fuorviante dal momento che allude alla tesi non condivisibile e, come ricordato smentita dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che assimila le Autorità a organi giurisdizionali. Inoltre l'espressione "para-giurisdizionale" pone l'attenzione sul soggetto più

ti/consumatori³⁷, sia tra operatori economici³⁸), in alcuni casi anche mediante una speciale legittimazione processuale³⁹, e di poteri di c.d. *advocacy*⁴⁰.

In via generale, dunque, seppur «con variazioni e intensità diverse (...) tutti questi soggetti mescolano e riuniscono forme e manifestazioni tipiche dei diversi poteri costituzionali radicati nella “coscienza” costituzionale degli ordinamenti europei in quanto separati gli uni dagli altri»⁴¹.

Tale carattere è stato considerato un essenziale elemento di effettività della regolazione affidata alle Autorità la cui ragion d'essere sarebbe «proprio lo svolgimento di un'attività di “governo” di settori complessi attraverso l'uso di strumenti complessi»⁴².

L'assetto delineato, dunque, risponde ad esigenze di efficacia ed efficienza, per soddisfare le quali è stata ritenuta (non solo ammissibile ma addirittura) necessaria una deroga al principio di separazione dei poteri tradizionalmente inteso⁴³.

che sui caratteri dell'attività in questione. Per queste ragioni pare più opportuno qualificare le funzioni in esame come giustiziali. Sul concetto in generale v., tra gli altri, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, p. 543; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

37 Si veda l'art. 2, comma 24, lett. b), l. n. 481/1995; cfr. l'art. 128-*bis* TUB in forza del quale è stato istituito l'Arbitrato Bancario disciplinato dalle disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 e successive modificazioni; si veda anche l'art. 220 d.lgs. n. 36/2023 sui pareri di precontenzioso di ANAC.

38 Si veda l'art. 1, comma 6, l. 249/1997 sui poteri di AGCOM relativi all'accesso e l'interconnessione delle reti nel settore della telefonia.

39 Cfr. l'art. 21-*bis* l. 287 del 1990, su cui, tra i molti, si veda M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-*bis* della l. 287/90*, in *Conc. Merc.*, 2013, p. 865 ss. Si veda l'art. 220 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 sui poteri di impugnativa di ANAC. Un analogo potere ancorché più limitato è attribuito ad ART, in ordine ai progetti comunali di disciplina del servizio taxi, dall'art. 36, comma 2, lett. n) d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

40 Comprendenti l'attività consultiva prestata nei confronti del Parlamento e del Governo, l'esercizio periodico del potere di referto al Parlamento, le segnalazioni e raccomandazioni tramite le quali le Autorità possono evidenziare il contrasto di norme o provvedimenti amministrativi con la disciplina europea, legale e amministrativa vigente nei settori di loro competenza, eventualmente indicando gli interventi necessari per il ripristino della coerenza tra i diversi sistemi di regolazione settoriale.

41 L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, p. 605.

42 Così M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 552-553; M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 68-72.

43 Su cui, tra i molti, si veda F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Dig.it.*, XIII, 1976, p. 482 ss; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1988; G. BOGNETTI,

3. I c.d. “correttivi” del modello: in particolare la c.d. legalità procedurale

L'attribuzione di poteri di diversa natura in capo ad Autorità non direttamente collegate al circuito politico-maggioritario, ha generato dubbi sulla loro compatibilità costituzionale⁴⁴. Tuttavia, è prevalsa in dottrina e in giurisprudenza la tesi che le riconduce sotto i principi costituzionali propri dell'amministrazione⁴⁵.

Pertanto la peculiare posizione istituzionale e la deroga al tradizionale sistema di distribuzione dei poteri, sono stati giustificati valorizzando taluni aspetti dell'assetto istituzionale considerati quali “correttivi” necessari per assicurarne la legittimità: i rapporti diretti con il Parlamento⁴⁶, il fondamento nel

La divisione dei poteri, Milano, 2001; F. RIMOLI, *Potere (divisione dei)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 4408 ss; C. PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2023, p. 310 ss; P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 3 ss; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2024, pp. 76-90.

⁴⁴ Il profilo su cui si sono concentrate maggiori critiche è quello del fondamento dei poteri normativi, anche in ragione del fatto che la Costituzione non contiene alcun riferimento al fenomeno delle Autorità indipendenti e contempla espressamente poteri normativi secondari solo per gli enti territoriali, le Università e le altre istituzioni di alta cultura. Tuttavia, la dottrina prevalente, seguita dalla giurisprudenza, ha finito per considerare ammissibili le relative attribuzioni individuando specifici limiti. Sul punto, tra i molti, v. M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1997; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 91-98; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., p. 5-8; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020.

⁴⁵ In questi termini G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, 1997, 145 ss; N. LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*» e *posizione istituzionale dell'Amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, I, p. 523 ss ora in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 43 ss; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., p. 146 ss; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, p. 508 ss.

⁴⁶ In particolare si dà rilievo al fatto che è il legislatore a definire ciascuna Autorità attraverso la previsione e la modifica della legge istitutiva che ne definisce l'assetto organizzativo e le funzioni, mentre la legge di bilancio definisce l'ammontare delle risorse da destinare alle stesse. Inoltre, il Parlamento (attraverso i Presidenti delle Camere o le commissioni competenti per materia) partecipa alla nomina dei componenti, le Autorità devono inviare al Parlamento le relazioni annuali e possono essere chiamate a svolgere audizioni e a esercitare funzioni consultive (si veda, per l'AGCM, l'art. 21, l. 287/1990; per l'ANAC, l'art. 1, l. 190/2012). Si veda, al riguardo, D. SORACE, *La riforma del diritto costituzionale delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 792; M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 30 ss.

diritto europeo⁴⁷, il regime procedimentale e il sindacato giurisdizionale⁴⁸.

L'argomento che più rileva, per l'analisi svolta in questa sede, è quello della c.d. legalità procedurale, in base al quale sia il *deficit* democratico (i.e. la dequotazione del principio di legalità indirizzato), dovuto al distacco dagli organismi politici rappresentativi⁴⁹, sia l'allentamento del principio di legalità sostanziale, dovuto alla indeterminatezza delle norme attributive dei poteri normativi e amministrativi, potrebbero dirsi "compensati" dalla previsione di garanzie

⁴⁷ In questa prospettiva si osserva che le Autorità indipendenti trovano fondamento nel sistema delle fonti europee che impongono di costituire organismi caratterizzati da indipendenza e sono state progressivamente inserite in circuiti sovranazionali che le collega alle omologhe autorità istituite nei diversi Stati europei e che trova un referente in un'apposita istituzione dell'Unione. Sul punto, tra i molti, v. G. GUARINO, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, in Aa V.v., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, p. 35 ss; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, cit., 21 ss; M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza* e S. BATTINI, G. VESPERINI, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposto dal diritto europeo e globale* entrambi in M. D'ALBERTI, A. PAJNO, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p. 61 ss.

⁴⁸ Il profilo non può essere approfondito in questa sede. Basti considerare che nella fase iniziale, la specialità funzionale e organizzativa aveva condotto parte della dottrina a prospettare la necessità di un sindacato giurisdizionale rispettoso delle sfere di competenza riconosciuto alle Autorità, anche alla luce dell'esperienza maturata negli ordinamenti ove già esisteva il modello delle *independent agencies* (in questo senso si veda S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 219) e sosteneva che alcune caratteristiche del modello organizzativo giustificassero delle limitazioni al sindacato giurisdizionale (così L. CUOCOLO, *I poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, cit., p. 623; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., p. 528., variamente definito: debole, estrinseco, deferente. Sulla scorta di questi argomenti anche la giurisprudenza aveva mostrato un atteggiamento di "deferenza", basti pensare infatti che, nonostante la 'svolta' compiuta in tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 182 ss con note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, 185 ss e P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212 ss), la distinzione fra "sindacato debole" e "sindacato forte" era stata elaborata proprio con riguardo ai provvedimenti dell'*Antitrust* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 in *Giorn. dir. amm.*, 2003). Secondo una prospettiva opposta, minoritaria in origine ma oggi sempre più diffusa, anche in ragione dell'evoluzione del controllo giurisdizionale sui poteri di valutazione tecnica (su cui, da ultimo, v. A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice, Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021) e dei canoni del diritto convenzionale (in particolare il canone della c.d. «full jurisdiction» prevista dall'art. 6 CEDU, su cui tra i molti v. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss; p. 9 ss; L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 237 ss) l'esistenza di un sindacato incisivo sugli atti delle Autorità è condizione di legittimità del sistema, che può compensare il *deficit* di legalità che caratterizza i relativi conferimenti di potere (così v. già G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 251; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 88 ss; A. LALLI, *Il sindacato del giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante del concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 358 ss; M. A.

procedimentali “rafforzate”⁵⁰.

Più in particolare, sotto il primo profilo, si è sostenuto che «la carenza di legittimazione democratica che contrassegna le autorità sul versante del rapporto con le istituzioni rappresentative [può] essere recuperata con una legittimazione dal basso, attraverso un contatto «osmotico» con gli interessi che abitano i vari settori oggetto dell'attività di regolazione e vigilanza»⁵¹. Il procedimento quindi è presentato come «la sede in cui ha luogo il dialogo delle Autorità con la società, e in cui si confrontano, secondo un canale (...) alternativo a quelli usuali della rappresentanza politica, i vari interessi in gioco»⁵². In questa prospettiva, le procedure sono elemento di legittimazione perché assicurano il carattere concertato e dunque l'adeguatezza e l'effettività delle regole⁵³.

Sotto l'altro profilo, si sostiene invece che le garanzie procedurali assicurate nei procedimenti davanti alle *Authorities* sono in grado di bilanciare l'attenuazione di alcune garanzie tradizionali, in *primis* quelle consistenti nella riserva di legge e nel principio di legalità⁵⁴. Vi sarebbe, infatti, «una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione di poteri che a volte sono sostanzialmente in bian-

CABIDDU, *La legittimazione delle autorità indipendenti fra procedimento e processo*, in *Banca borsa titoli di credito*, 3, 2005, p. 262 ss). Per l'approfondimento delle implicazioni che produce la concentrazione dei poteri delle Autorità indipendenti sul sindacato giurisdizionale sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Autorità amministrazione indipendenti e concentrazione dei poteri*, cit., spec. pp. 66, 277-280, 310-318.

49 M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, p. 245 ss; e in giurisprudenza cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

50 F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss.

51 M. CUNIMBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., p. 53 che richiama la tesi di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 5 ss.

52 *Ibidem*, p. 54. In termini, con riferimento ai poteri di regolazione, si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 103. In termini analoghi cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2006, n. 3272; 2 maggio 2006, n. 2444; 20 aprile 2006, n. 2201, 11 aprile 2006, n. 2007; 17 marzo 2006, n. 1409.

53 Così P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., pp. 391-392.

54 In questi termini v., tra i primi, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 25 ss; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., p. 186 ss ove le regole procedimentali e, in particolare, quelle a garanzia del contraddittorio sono considerate come elementi essenziali per la garanzia della «parità delle armi» fra i soggetti del mercato. Sulle garanzie partecipative come elemento di compensazione del deficit di legalità sostanziale v. anche M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 75- 79; 112-116, 159 ss; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., p. 297.

co, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati»⁵⁵.

L'ipotesi teorica si ritiene confermata sia dal diritto positivo, in particolare dalle leggi istitutive delle singole Autorità che contengono regole procedurali peculiari⁵⁶, che dalla prassi applicativa⁵⁷; ed è ormai diffusamente entrata nel «lessico» della giurisprudenza amministrativa⁵⁸ e costituzionale⁵⁹.

4. L'insufficienza dei “correttivi” rispetto alle criticità derivanti dalla concentrazione dei poteri

Il “contrappeso” della c.d. legalità procedurale non è però sufficiente né adeguato a stemperare le criticità derivanti dalla concentrazione di poteri così

55 Così R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Atti del convegno *Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative*, Roma, 14 Dicembre 2005 pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it, p. 3.

56 In particolare, i procedimenti volti all'adozione degli atti di regolazione sono ispirati al “metodo della consultazione” e quelli diretti all'adozione di provvedimenti individuali devono svolgersi nel rispetto di principi assimilabili a quelli propri dei procedimenti giurisdizionali: il principio di piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio (anche in forma orale), della verbalizzazione, nonché della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. Sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione v. E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679; S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 377; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., p. 368 ss; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, p. 209 ss.

57 D'altra parte si mette in evidenza che le Autorità hanno avuto, sin dall'origine, la tendenza a motivare in modo puntuale e articolato le proprie decisioni, riproducendo in modo diffuso le risultanze dell'istruttoria, richiamando le approfondite analisi tecnico-economiche relative ai mercati e alle fattispecie indagate, dando puntualmente conto delle ragioni poste a fondamento delle decisioni. Così V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 89-91.

58 Cons. Stato., sez. VI, 71 giugno 2014, n. 3051: «La de quotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire nei particolari settori e concretizzata nell'attribuzione alle Autorità di settore di ampi poteri regolamentari – impone il rinvigorimento del principio di legalità procedimentale. Tale principio si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari». Nello stesso senso, *ex multis*, cfr. Cons. Stat., sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. Stat., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521.

59 Cfr. Corte cost. 22 febbraio 2017, n. 69 ove si afferma che per valutare se è stato rispettato o meno l'art. 23 Cost., «la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge [...] vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti». Sulla pronuncia si veda G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, p. 749 ss; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., p. 170 ss.

eterogenei, per almeno due ragioni.

4.1. I limiti della c.d. legalità procedurale

È innanzitutto da mettere in discussione l'idea che l'esercizio dei poteri conferiti alle Autorità sia stato effettivamente presidiato da garanzie partecipative e difensive significativamente maggiori rispetto a quelle previste per l'esercizio dei poteri analoghi da parte delle amministrazioni tradizionali.

La teoria della legalità procedurale sembra, infatti, fondarsi su due equivoci concettuali.

Il primo riguarda la *natura* delle garanzie procedurali. Senza voler negare il ruolo fondamentale che svolge la procedimentalizzazione del potere ai fini del rispetto dei principi di legalità, trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, va però considerato che le regole sulla forma e sul procedimento rappresentano strumenti di limitazione del potere e non sue fonti di attribuzione. Operano dunque come parametro di validità degli atti a tutela degli interessi dei privati coinvolti, ma non valgono a recuperare il mancato collegamento con le istanze politico-rappresentative⁶⁰; né possono eliminare completamente i problemi derivanti dall'eccesso di genericità delle norme di conferimento del potere, le quali rimangono il fondamentale elemento per verificare l'esistenza e la validità degli atti concretamente adottati⁶¹.

Pertanto, i “controlimiti” alle ampie attribuzioni conferite alle Autorità devono essere individuati sul piano della interpretazione della norma attributiva

⁶⁰ Come è stato osservato, infatti, occorre distinguere il concetto sociologico di legittimazione del potere (elaborato da N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995) e la questione giuridica del fondamento e dei limiti del potere, cui si collega il principio di legalità. Sul punto si vedano le considerazioni di A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it. Per una posizione critica nei confronti delle tesi che vedono nella partecipazione degli interessati una forma alternativa di legittimazione democratica v. G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, p. 60 ss; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., pp. 427-431, ma già L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 155.

⁶¹ In questi termini v. E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, p. 55 ss. Così anche M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, cit., p. 31; e ID., *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., p. 176. Per un'ampia trattazione del tema si veda P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in particolare p. 305 ss.

del potere e, dunque, mediante il sindacato sulla corretta applicazione della stessa da parte del giudice⁶². E sul punto – come avremo modo di considerare (§ 7.2.) – occorre distinguere puntualmente tra poteri di *rule making*, esercitati con atti normativi e generali, poteri di vigilanza, che portano all'adozione di provvedimenti individuali con effetti conformativi e ablatori, e poteri sanzionatori.

Il secondo equivoco, che ancor più rileva in questa sede, riguarda la portata delle garanzie procedurali. Se infatti si esaminano le regole sulla partecipazione ai procedimenti davanti alle Autorità, emerge che non sono state calibrate sulla natura del potere esercitato e solo in pochi casi divergono dalle regole generali dettate per gli apparati “tradizionali”. La ragione probabilmente è legata al riconoscimento della natura *amministrativa* delle Autorità, che ha fatto sì che nella definizione della disciplina da applicare alle diverse funzioni fosse preso come riferimento lo statuto procedimentale generale (proprio in quel periodo codificato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241) per *tutti* i poteri di regolazione-normazione, di amministrazione-vigilanza e sanzionatori-giustiziali⁶³.

La questione emerge con evidenza rispetto alla variegata tipologia degli atti di regolazione che sono stati sottoposti ad una medesima disciplina procedimentale⁶⁴.

In particolare, nel definire la disciplina degli atti di *rule making* non si è preso a modello quella prevista per gli atti normativi del Governo (l. 23 agosto 1988, n. 400), benché per il contenuto e per la portata normativa a questi po-

62 Sulla rilevanza dell'interpretazione della norma attributiva del potere v. S. SPUNTARELLI, *Poteri impliciti*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, *Enc. dir., Tematici*, vol. V, Milano, 2023, p. 934 ss.

63 Le stesse leggi istitutive in molti casi rinviano espressamente alla l. n. 241 del 1990: cfr., per AGCOM, gli artt. 11 e 13, d.lgs. n. 259/2003 e la delibera n. 316/02/Cons e successive modifiche; per Banca d'Italia, Consob, l'art. 23 della l. n. 262 del 2005; per IVASS l'art. 9, c. 3, del Codice delle assicurazioni private. Sul punto v. V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 89-90. Si veda G. NAPOLITANO E A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 134-137 che mettono in evidenza l'inadeguatezza del modello procedimentale previsto dalla l. n. 241 del 1990 per gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti mettendo in rilievo criticamente che «le previsioni speciali di garanzia fin qui adottate possono considerarsi come la mera applicazione di principi generali».

64 Emblematico in questo senso l'art. 23 della l. n. 262 del 2005 che equipara atti normativi e atti amministrativi generali, riferendo le medesime garanzie procedurali ad entrambi.

tessero essere equiparati⁶⁵. Sono stati invece previsti (in origine per iniziativa spontanea delle singole Autorità⁶⁶) meccanismi di c.d. *notice and comment*, secondo il modello dell'*Administrative Procedure Act* degli USA. Tale istituto, come noto, implica che l'Autorità renda pubblici i contenuti dell'atto di cui propone l'adozione (fase di *notice*), in modo da consentire a tutti i soggetti interessati di presentare le loro osservazioni su tali proposte (fase di *comment*), e che successivamente dia conto delle ragioni che stanno alla base della decisione, rendendo pubblica una dichiarazione dei principi e degli obiettivi perseguiti.

La dottrina che per prima ha analizzato questo istituto ha sostenuto che il procedimento previsto per gli atti di regolazione delle Autorità aveva determinato un innalzamento del livello di tutela per i destinatari, in deroga alla legge n. 241/1990 che esclude gli istituti di partecipazione (art. 13) e l'obbligo di motivazione (art. 3, c. 2), per i procedimenti volti all'emanazione degli atti normativi e generali⁶⁷.

Tali considerazioni però sono state smentite dalla prassi e dalla normativa secondaria.

Per un verso, è stato chiarito l'art. 13 della l. n. 241/1990 non implica l'esclusione *tout court* delle garanzie partecipative nei procedimenti per l'adozione degli atti normativi e generali, ma prefigura la possibilità che si applichino

65 In questi termini si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 89 il quale osserva che sul piano procedimentale «l'attività normativa delle AAI appare impostata (pur in mancanza della disciplina unitaria), secondo un modello unitario; che non è, come si è avvertito, proprio solo degli atti normativi, ma, possiamo dire, è comune a tutti gli atti a contenuto generale (...). Modello invero del tutto alternativo a quello proprio degli atti normativi del governo (art. 17, l. n. 400/88), ai quali per il loro contenuto, per la loro portata normativa, si direbbe, gli atti in esame possono essere rapportati».

66 M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 78-79 e p. 132. Solo successivamente il modello fu previsto dalle leggi di settore: cfr. la direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche 2002/21/CE del 7 marzo 2002 su cui S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 690; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 267.

67 In termini, tra gli altri, si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 89; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 78-79. Sugli istituti di partecipazione nel sistema delle autorità di regolazione v. anche L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, pp. 324 ss; S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., 176 ss; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 694 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p.195 ss.

specifiche regole (previste dalle normative di settore)⁶⁸ che possono prevedere forme partecipative diverse da quelle indicate dagli artt. 7-11, l. n. 241/1990, in ragione dell'ampio numero di destinatari nei cui confronti gli atti in questione sono destinati a produrre effetti.

Per altro verso, il meccanismo del *notice and comment* non sembra differenziarsi così significativamente dagli strumenti partecipativi previsti per l'elaborazione di atti generali in altri settori⁶⁹; e ne condivide i limiti. Meccanismi di questo tipo sono un efficace strumento di garanzia per gli interessi "strutturati", di singoli o di gruppi organizzati⁷⁰, permettono l'emersione e la considerazione delle istanze di chi è destinato a subire direttamente gli effetti limitativi o conformativi della regolazione (*i.e.* nei settori in esame i titolari delle libertà economiche)⁷¹, rischiando però di lasciare senza «voce» altri soggetti – spesso più deboli – che potrebbero essere indirettamente avvantaggiati (o svantaggiati) dall'intervento regolatorio (*i.e.* piccole-medie imprese, consumatori, utenti dei

68 M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Ist. Fed.*, 1, 2018, p. 129 ss; ID., *La partecipazione dell'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

69 Si pensi alle regole di elaborazione dei piani urbanistici o territoriali che di regola prevedono: l'elaborazione dell'atto da parte degli uffici competenti, l'adozione da parte degli organi politici (Giunta regionale/comunale o Consiglio regionale/comunale) in base agli assetti definiti dalle leggi regionali, la possibilità di presentare osservazioni sul piano adottato da parte dei soggetti interessati, che l'amministrazione è tenuta a considerare dando conto delle ragioni del mancato accoglimento, e infine l'approvazione definitiva del piano da parte dell'organo politico (Giunta o Consiglio).

70 Cfr. R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., p. 212.: «un conto è la partecipazione dispiegata nel procedimento dal *quibus de populo*, dall'"uomo qualunque", dal "Man in the street", al quale si deve certamente il massimo rispetto, e ben altro è il ruolo che può essere giocato, magari in uno stesso procedimento, dai portatori di interessi c.d. forti. Ed alla gestione di siffatti interessi di peso, capaci di orientare e condizionare, se si vuole anche solo oggettivamente, i processi deliberativi pubblici dovrà essere, ovviamente, riservata particolare attenzione». Sui limiti delle forme di partecipazione c.d. collaborativa nei procedimenti per la formazione degli atti generali in materia di governo del territorio sono sempre valide le considerazioni di C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2008, p. 263 ss.

71 In questo senso v. P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., p. 352 il quale rileva che «sul piano giuridico si ritiene che tali regole debbano essere assoggettate ad una valutazione (preventiva e successiva) di "impatto", sull'assunto che non siano ammessi "oneri" e "costi" non necessari al raggiungimento delle finalità previste. Ciò significa che le regole che incidono sulle libertà economiche non possono determinare "spese" superiori a quanto necessario per il raggiungimento degli scopi sociali (e generali) da garantire. (...) Tutto ciò, ancor prima, presuppone il riconoscimento sul piano costituzionale (europeo e interno) di una posizione di relativa primazia alla libertà di iniziativa economica, al mercato e agli interessi privati in generale: in questi ambiti (e per queste attività) l'intervento pubblico sarebbe ammesso soltanto per "ripristinare le condizioni di efficienza allocativa che il mercato da solo non è in grado di assicurare» che richiama, sul punto cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblici*, Bologna, 2009, p. 64 e ss.

servizi, lavoratori, cittadini disinteressati etc..)⁷². Com'è stato osservato, del resto, «la c.d. "cattura" del controllore non è altro che l'aspetto negativo della "legittimazione procedimentale", dal momento che i soggetti attivi nel procedimento regolativo possono curare i propri interessi più efficacemente, eventualmente a danno di esigenze e interessi meno rappresentati»⁷³.

Più di recente, inoltre, è stato segnalato anche un problema di (non) trasparenza: «per un verso, l'opacità è generata dalla produzione di documenti sovrabbondanti e di *dossier* inutilmente lunghi che includono tutto ciò sia riconducibile alla decisione, oscurando, anziché chiarendo, all'esterno la comprensione del processo decisionale. Per altro verso, l'opacità si manifesta tramite una fuga dalle procedure formali, a vantaggio di negoziati informali e non trasparenti»⁷⁴.

In sostanza, tali considerazioni se non escludono il valore dei meccanismi di *notice and comment* ai fini dell'efficacia e dell'adeguatezza delle regole elaborate (dunque in chiave "collaborativa"), certo inducono ad essere più cauti nell'enfatizzarne la funzione garantista.

Considerazioni ancora più critiche possono essere fatte rispetto alla disciplina procedimentale prevista per la potestà sanzionatoria.

Infatti, nonostante si fosse consolidata in dottrina e in giurisprudenza la concezione della sanzione amministrativa quale «pena in senso tecnico» e che in alcune delle leggi istitutive si facesse un espresso richiamo alla l. n. 689/1981⁷⁵, nella normativa secondaria e nelle ricostruzioni dottrinali le sanzioni e il potere sanzionatorio delle Autorità hanno subito una "torsione" rispetto a quel modello.

⁷² Criticamente sulla mancanza di un'adeguata ampiezza e varietà nella platea dei soggetti coinvolti nei procedimenti delle Autorità v., da ultimo, M. MANETTI, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, *Enc. dir., Tematici*, vol. V, Milano, 2023, p. 795-796.

⁷³ Così v. P. LAZZARA, *ul. op. cit.*, p. 361 che segnala l'esistenza del «rischio di sovrarappresentazione degli interessi economici più forti» (p. 391). Per l'opinione che esclude che la legittimazione procedimentale, realizzata attraverso le consultazioni, possa "sostituire" il rispetto del principio di legalità si veda, tra gli altri, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 460 e di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 703.

⁷⁴ Così v. M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, cit., p. 32.

⁷⁵ Cfr. l'art. 31 l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'art. 31 l. 223 del 1990 e l'art. 21 comma 1, lett. r), l. 6 febbraio 1996 n. 52.

È vero, infatti, che le leggi istitutive prevedono che l'esercizio dei poteri sanzionatori sia sottoposto a garanzie procedurali rinforzate: i principi di piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione, la separazione tra funzioni istruttorie e decisorie⁷⁶. Tuttavia, i regolamenti sulle procedure amministrative (spesso adottati con delibere della stessa Autorità) non hanno attuato in modo adeguato tali principi, sottoponendo alle medesime regole tutti i procedimenti volti all'adozione di provvedimenti individuali, ivi compresi quelli sanzionatori nei quali, applicando la l. n. 689/1981, sarebbero state necessarie garanzie più elevate. Come si vedrà (§ 5), il risultato è stato opposto rispetto a quello realizzato nei procedimenti di regolazione: le procedure sono state contaminate da istanze "collaborative" che hanno determinato delle deroghe agli istituti difensivi (posti a tutela dei sanzionando) che avrebbero dovuto caratterizzare quei procedimenti.

In definitiva, solo prendendo a paradigma la disciplina della l. n. 241/1990 per *tutti* i poteri conferiti alle Autorità è stato possibile affermare che i relativi procedimenti hanno innalzato il livello delle garanzie partecipative/difensive⁷⁷. Se si fosse preso a riferimento le discipline di settore regolanti gli analoghi poteri degli apparati amministrativi del sistema tradizionale, si sarebbe concluso che le garanzie erano più elevate soltanto per alcune attività di vigilanza (*i.e.* per poteri di accertamento, di ispezione e d'ordine, sui cui v. § 6), mentre negli altri casi: o non erano significativamente diverse (*i.e.* per le funzioni di regolazione) o erano addirittura inferiori (*i.e.* nel caso dell'attività sanzionatoria).

4.2. Il *continuum* tra i poteri di regolazione, vigilanza e sanzione e la dequotazione del principio di tipicità

Vi è poi un altro elemento da considerare. Le criticità appena considera-

⁷⁶ Cfr. ad esempio l'art. 2 c. 24, lett. a) della l. n. 481 del 1995 prevede «procedure relative alle attività svolte dalle autorità idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale e la verbalizzazione».

⁷⁷ Così M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 111 che con riferimento ai procedimenti di vigilanza e sanzionatori di AGCM afferma che le «regole procedurali previste dalla legge n. 287 e dal regolamento attuativo ... superano opportunamente la soglia delle garanzie minime fissate in via generale dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo», lo stesso Autore, tuttavia, lamenta il mancato rispetto del principio di separazione tra funzione istruttoria e funzione decisionale.

te sono infatti accentuate (o forse per una parte determinate) dal fatto che alla concentrazioni di poteri si è accompagnata una sorta di “confusione” tra gli stessi.

La visione unitaria dell'attività di «governo» del settore economico affidata alle Autorità, la disciplina regolamentare da queste elaborata e la conseguente prassi applicativa hanno determinato la sovrapposizione tra i diversi poteri e tra i procedimenti con cui vengono esercitati. Si è realizzato, dunque, un “allentamento” del principio di tipicità dei poteri e degli atti amministrativi «a favore di una fungibilità [ritenuta] in grado di meglio assicurare l'elasticità e la duttilità di manovra nell'esercizio delle funzioni»⁷⁸.

In questo modo la deroga alla separazione dei poteri non ha riguardato solo il profilo strutturale (*i.e.* il cumulo in capo ad un unico apparato di poteri di diversa natura), ma si è estesa alla dimensione funzionale, contravvenendo anche alla «distinzione tra le funzioni», da considerare un caposaldo delle versioni più aggiornate della teoria classica⁷⁹. La conseguenza che ne è derivata è che atti con diversi contenuti ed effetti sono stati sottoposti al medesimo regime procedimentale e preordinati alle medesime finalità.

Questa “confusione” tra i poteri emerge dalle ricostruzioni dogmatiche e, in determinati casi, anche dalla normativa di settore.

In particolare, la dottrina ha preso atto della “commistione” che è venuta a realizzarsi e in certi casi si è arrivati a teorizzare la necessità di un *continuum* tra i diversi poteri quale tratto caratterizzante del modello. Con riferimento ai rapporti tra regolazione e vigilanza, è stato osservato che «è sempre meno agevole ricondurre le singole sue manifestazioni ai tipi tradizionali e la linea di distinzione tra atti normativi e generali (da sempre un rompicapo per gli studiosi del diritto pubblico) sembra sfumare nella sovrapposizione di dati strutturali, procedurali ed effettuali (...). Ritroviamo così: veri e propri regolamenti, rispondenti ai requisiti classici del tipo; atti di regolazione diretti a determinati soggetti ma potenzialmente espandibili; atti di regolazione che si combinano

⁷⁸ Così M. C. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle amministrazioni indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, p. 20.

⁷⁹ Sul rapporto tra separazione dei poteri e distinzione delle funzioni v. L. CUOCOLO, *I poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti...*, cit., p. 606 e M. A. CABIDDU, *La legittimazione delle autorità indipendenti fra procedimento e processo*, cit., p. 262 ss; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit. pp. 83-90.

con atti di autonomia privata; atti di impulso per la conclusione di accordi; atti di indirizzo; segnalazioni; autorizzazioni in esenzione per categorie e fattispecie generali»⁸⁰.

Ma la questione riguarda anche le funzioni giustiziali.

Con riguardo alle attività di *alternative dispute resolution* (ADR), è stato osservato che le Autorità devono perseguire gli obiettivi generali della regolazione, con la conseguenza che «gli atti puntuali di risoluzione delle controversie, pur avendo un ambito soggettivo di applicazione limitato alle sole parti coinvolte, possono tradursi in vere e proprie raccomandazioni rispettate dall'intero settore in virtù dell'effetto c.d. di *moral suasion*, assumendo una funzione generale di tipo regolatorio (*regulation by litigation*)»⁸¹.

D'altra parte, la "confusione" tra funzioni di vigilanza e potere sanzionatorio è stata giustificata sul presupposto per cui l'attività sanzionatoria, pur rappresentando lo strumento tipico dell'azione punitiva, è funzionale al completamento del sistema, operando da un lato come strumento di rafforzamento dei poteri di vigilanza ad esse demandati, dall'altro come mezzo indiretto di regolazione dello specifico settore⁸². Non a caso, vi è chi sostiene che anche nell'esercizio del potere sanzionatorio le Autorità introducono regole vincolanti per la pluralità degli operatori del mercato⁸³.

In definitiva, sul presupposto dell'unitarietà della funzione di «governo dei mercati» non solo poteri di diversa natura sono stati attribuiti al medesimo apparato, ma si è finito per accomunare atti eterogeni sotto il medesimo regime

80 F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., pp.9-10; v. anche M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 127-129 che descrive la sostanziale sovrapposizione tra poteri di autorizzazione generale e poteri normativi.

81 Così M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., p. 176. Si veda anche S. LUCATTINI, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle Autorità indipendenti di regolazione*, in *Federalismi.it*, 18, 2014, p. 4 che la descrive come «una peculiare commistione tra giustizia e regolazione, che sembra (...) potersi elevare a profilo tipico della funzione giustiziale svolta dai Regolatori».

82 V. R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 4, 1995, p. 629. Così anche G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020, pp. 11-44.

83 Si veda A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 245 ss; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 100-101.

giuridico⁸⁴, così spezzando «lo stretto legame tradizionalmente esistente tra finalità istituzionali contemplate dalla legge e strumenti tipici per realizzarle»⁸⁵.

5. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività sanzionatoria: la sanzione come «strumento di regolazione e vigilanza»

Ebbene l'allentamento del principio di tipicità ha prodotto rilevanti conseguenze sul piano sistematico. La questione ha portata generale, ma in questa sede si concentra l'attenzione sui rapporti tra attività di vigilanza e potestà sanzionatoria ove i profili problematici sono stati accentuati da alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali.

L'evoluzione normativa, giurisdizionale e dottrinale in materia fa emergere che, in un primo momento, la concentrazione dei poteri ha fatto sì che le sanzioni delle Autorità indipendenti subissero una metamorfosi, venendo «attratte» tra gli strumenti di regolazione e di vigilanza, con conseguente sottoposizione al regime giuridico proprio degli strumenti di amministrazione attiva.

Sebbene non sia possibile in questa sede ricostruire l'evoluzione, si può ricordare che per le Autorità di nuova istituzione si affermò, fin dal principio, un modello peculiare nel quale la potestà sanzionatoria era sostanzialmente equiparata alla funzione di vigilanza; prova ne è il fatto che i poteri inibitori e ordinatori, i poteri sanzionatori e quelli di risoluzione delle controversie furono sottoposte ad una disciplina unitaria ricalcata sulla categoria dell'«attività in forma contenziosa» (o «semi-contenziosa») ⁸⁶ elaborata dalla dottrina tradizionale

⁸⁴ Ne paventava il rischio F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti...*, cit., p. 311.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 177 ove si osserva che il principio di tipicità è interpretato dalla giurisprudenza in modo «attento alle peculiarità dell'amministrazione titolare del potere».

⁸⁶ A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 107 ss, M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semi-contenziose*, *ivi*, p. 149 ss. Va segnalato però che non vi era piena concordia sulle qualificazioni e sulle differenze tra attività semi-contenziosa e attività contenziosa in senso stretto. Ad esempio v. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., p. 107 il quale qualificava come «attività semi-contenziose» le indagini preliminari (ex art. 12 l. n. 287/1990) e le indagini conoscitive (ex art. 13 d.r.R. n. 461/1991, corrispondente all'art. 17 d.p.R. 217/1988) «in quanto volte ad identificare conflitti potenziali», e come «attività contenziosa in senso stretto», l'attività istruttoria avviata dall'AGCM (ex art. 14 l. n. 287/1990) per «l'accertamento delle infrazioni al divieto di intese restrittive della concorrenza (artt. 2, 3, 12, 14), dell'abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione (art. 5, 6)». Diversamente v. M. CLARICH, *L'attività delle Autorità indipendenti in forme semi-contenziose*, *ivi*, p. 149 che riconduceva alle «attività semi-contenziose» i «conflitti bilaterali fra ente regolatore e soggetto regolato» che potevano condurre il regolatore ad esercitare «a seconda dei casi, poteri

per i procedimenti di accertamento con effetti costitutivi⁸⁷ destinati a concludersi con «decisioni amministrative»⁸⁸. Inoltre, diversamente da quanto previsto dalla l. n. 689/1981, la tutela giurisdizionale sulle sanzioni fu attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁸⁹.

Nel settore bancario e dei mercati finanziari, ove operavano Banca d'Italia, Consob e Isvap (oggi IVASS) – che cominciarono ad acquisire maggiore indipendenza dal potere esecutivo per effetto del recepimento delle direttive europee degli anni '90 – vi è stata una diversa evoluzione⁹⁰; ma quando il potere sanzionatorio è stato concentrato davanti alle *Authorities* (con l. 18 aprile 2005,

ordinatori, inibitori e sanzionatori», e alle «attività contenziose in senso stretto», quelle ipotesi in cui si creava un rapporto trilaterale in cui l'Autorità risolveva un conflitto tra due o più soggetti privati in posizione di asimmetria (ente gestore del servizio e utente o cliente) o in posizione paritaria (ad es. due imprese concorrenti).

87 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 810 ss; M. S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, pp. 316 ss; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, pp. 169.

88 Definite come atti di accertamento, formati attraverso «un procedimento costruito in modo da dare rilievo ad un conflitto di interessi fra gli amministrati o fra essi e l'Autorità, allo scopo di accertare l'applicabilità della legge ad un caso concreto, anche determinando talvolta le modalità di applicazione della legge medesima» così v. M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., p. 812.

89 Più in particolare, la l. n. 287 del 1990 all'art. 33 prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con competenza funzionale del Tar Lazio) sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relativi all'accertamento di posizioni anticoncorrenziali, la giurisdizione della Corte d'appello in caso di azioni di nullità e risarcimento del danno, e all'art. 31 prevedeva: «per le sanzioni pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. 24 novembre 1981, n. 689» tra cui rientravano anche gli articoli sul ricorso in opposizione davanti al pretore. Ciò aveva generato orientamenti giurisprudenziali difformi (sul punto si v. R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle Autorità indipendenti* in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 165 ss (spec. pp. 169-170). Tuttavia, dopo qualche incertezza, la Corte di cassazione (sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52) aveva ritenuto che anche la tutela nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM rientrassero nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sul punto v. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, cit., p. 95. Quanto alle altre Autorità, cfr. la l. 14 novembre 1995, n. 481, all'art. 2 comma 25; la l. 31 luglio 1997, n. 249, art. 1, comma 26, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, all'art. 1, comma 26, dall'art. 6 della l. 5 marzo 2001, n. 57 (ora confluita nell'art. 209 del Codice delle assicurazioni private), dall'art. 24, c. 5, l. n. 262 del 2005, con riferimento alla Covip; dall'art. 244, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con riferimento all'AVCP (oggi ANAC). Oggi operano gli artt. 133 c. 1, lett. l), 134, lett. c) del c.p.a. che prevedono rispettivamente la giurisdizione esclusiva sugli atti delle Autorità indipendenti (ad eccezione di Consob e Banca di Italia, su cui ha giurisdizione il giudice ordinario) e la giurisdizione con cognizione estesa al merito sulle «sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (...)».

90 Sul tema v. B.G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, pp. 679-741; M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, I, p. 65 ss.

n. 62 e con la l. 28 dicembre 2005, n. 262, c.d. legge sul risparmio⁹¹) «i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori» sono stati ricondotti sotto una medesima disciplina⁹², mentre i primi regolamenti specificamente dedicati ai procedimenti sanzionatori sono stati elaborati soltanto nella seconda decade degli anni 2000⁹³.

Ebbene, questo assetto originario è quello che ha portato la dottrina a considerare il principio del contraddittorio quale elemento caratteristico del *modus agendi* delle Autorità, che le differenzia dalle altre tipologie di pubbliche amministrazioni e che è ritenuto fattore di legittimazione alternativa a quella democratico-rappresentativa, nonché di compensazione della de-quotazione della legalità sostanziale dovuta all'esistenza di norme attributive dei poteri dal contenuto ampio e generico⁹⁴.

Tuttavia, come già osservato in via generale sul punto (v. § 4.1), la ricostruzione può dirsi solo parzialmente esatta. Ciò perché se applicando la categoria dell'attività in forma contenziosa i procedimenti di vigilanza risultano sottoposti ad uno statuto procedimentale più garantista rispetto a quello (allora) applicabile all'attività amministrativa degli altri soggetti pubblici⁹⁵, non altrettanto può dirsi per la potestà sanzionatoria che è stata oggetto di una disciplina meno garantista di quella allora prevista dalla disciplina generale in materia di sanzioni.

Il quadro che si è venuto a creare ha dunque giustificato ricostruzioni dirette a enfatizzare e sistematizzare i tratti di peculiarità della potestà sanzionatoria esercitata dalle Autorità amministrative indipendenti. In particolare si osservava che nel sistema delle Autorità indipendenti il potere sanzionatorio era da

91 Cfr. l. 18 aprile 2005, n. 62, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*.

92 Cfr. l'art. 24, l. 28 dicembre 2005, n. 262.

93 Si veda W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 21; A. MARCOVECCHIO, *Il procedimento sanzionatorio della Consob*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 187.

94 Sul punto, si rinvia alla bibliografia citata al § 3.

95 Nell'assetto originario la l. n. 241/1990 distingueva in modo piuttosto debole la partecipazione in funzione collaborativa (art. 9) e la partecipazione in funzione di garanzia (art. 7, 10) e delineava un contraddittorio di tipo verticale (senza oralità, senza proattività nella comunicazione degli atti del procedimento, senza, di regola, separazione tra istruzione e decisione). Sono state le successive riforme del 2005, 2016, 2022 a rafforzare la dimensione difensiva della partecipazione procedimentale.

considerare un «tutt'uno con quello di vigilanza e di regolazione»⁹⁶ così intimamente connesso a questi da dover essere assoggettato alle medesime regole. La sanzione, quindi, era considerata non solo complementare ma sostanzialmente assimilabile agli altri strumenti di controllo, quale «esercizio di un potere che partecipa degli stessi caratteri degli altri poteri amministrativi» e dotato «di carattere provvedimentale»⁹⁷.

In altre parole, in nome dei profili di strumentalità della funzione sanzionata rispetto a quelle di regolazione e di vigilanza, è stata predicata una distinzione sul piano funzionale tra le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti e quelle ascrivibili al modello della «pena in senso tecnico» (di cui alla l. n. 689/1981) e si è finito per applicare all'esercizio del potere sanzionatorio una disciplina procedimentale calibrata sulle caratteristiche e gli effetti dei provvedimenti di amministrazione attiva⁹⁸.

5.1. L'intreccio tra procedimenti di vigilanza e procedimenti sanzionatori e le deroghe alla l. n. 689/1981

La ricostruzione è confermata dal quadro normativo che regola la materia e che presenta vari elementi di complessità.

Le Autorità indipendenti sono regolate da diverse normative di settore, pertanto non vi è omogeneità né per quanto riguarda i principi che devono orientare i procedimenti sanzionatori⁹⁹ né per quanto attiene alle disposizioni

⁹⁶ E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, cit., p. 46. Si veda anche M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 88 il potere sanzionatorio è «una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità». In termini analoghi, rispetto ai poteri di Consob, v. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 21.

⁹⁷ In questi termini v. R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, cit., p. 629 ss (p. 634).

⁹⁸ Sul punto v E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 39: «più il potere sanzionatorio assumerà connotati di strumentalità alla vigilanza, tanto più si allontanerà dal modello esclusivamente affittivo che è alla base della disciplina generale delle sanzioni amministrative, dettata dalla legge 689/1981, e pertanto richiederà adattamenti sempre più derogatori, anzi autonomi, rispetto a quella disciplina».

⁹⁹ Si consideri, a titolo di esempio: l'art. 24 l. 28 dicembre 2005, n. 262, principi analoghi trovano applicazione nei procedimenti sanzionatori dell'Aeeg (oggi ARERA), in base a quanto previsto dall'art. 45, c. 6, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93. Mentre l'art. 8, c. 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, relativo ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), individuava principi parzialmente diversi: «la tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, la contestazione degli addebiti, il termine a difesa, il contraddittorio, la motivazione, la proporzionalità e l'adeguatezza della sanzione, la comunicazione tempestiva del provvedimento con forme idonee ad assicurare la data certa della

che attribuiscono alle Autorità il potere di disciplinare i relativi procedimenti.

Le regole contenute nei regolamenti delle Autorità, e seguite nella prassi, hanno risentito di tali ambiguità. La disciplina applicabile è, infatti, definita nei principi generali dalla normativa primaria di settore¹⁰⁰ e dettagliata, sulla base di espresse autorizzazioni legislative, dai regolamenti delle stesse Autorità.

Il procedimento è diviso in tre fasi: pre-istruttoria, istruttoria e decisoria.

La fase pre-istruttoria comprende le attività d'indagine, avviate d'ufficio o su segnalazione, rivolte all'acquisizione di elementi utili (anche) ai fini dell'avvio di un procedimento sanzionatorio ed è svolta dagli uffici competenti in materia di vigilanza¹⁰¹.

Qualora dall'attività di vigilanza emerga la possibile sussistenza dei presupposti di un illecito, l'Ufficio competente¹⁰² dà avvio al procedimento sanzionatorio vero e proprio, attraverso la notifica di un'apposita delibera¹⁰³, solo in alcuni casi denominata «lettera di contestazione degli addebiti»¹⁰⁴, che viene pubblicata anche sul bollettino dell'Autorità.

Si apre così la fase istruttoria¹⁰⁵, diretta alla verifica dei fatti costitutivi dell'illecito in contraddittorio (scritto e talvolta anche orale¹⁰⁶) con l'interessato,

piena conoscenza, il rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti»; mentre il vigente art. 222, c. 13, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con riferimento ai poteri sanzionatori di ANAC si limita a prescrivere il rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689.

100 Cfr. art. 24 l. 262/2005; art. 145 TUB; art. 2, co. 24, l. n. 481/1995 e art. 45 d.lgs. n. 93/2011.

101 In materia antitrust l'art. 14 ss, l. n. 287/1990, e gli art. 6 ss d.P.R. n. 217/1998 ripartiscono la competenza tra gli uffici che propongono/avviano e conducono l'attività istruttoria (e pre-istruttoria) e il Collegio, il quale valuta le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'attività stessa oltre ad avere la competenza sulla decisione finale.

102 Quali, per es., la Direzione Sanzioni e Impegni in ARERA, il Servizio Rapporti Istituzionali di Vigilanza in Banca d'Italia.

103 Per il procedimento di ARERA, cfr. l'art. 4 del *Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni*, adottato con la deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/come modificato con delibera del 1 giugno 2017 388/2017/E/CON. Per il procedimento di AGCM, cfr. l'art. 6, co. 3, del d.P.R. n. 217 del 1998.

104 Cfr. l'art. 195 TUF, l'art. 145 TUB il § 1.2. del Regolamento di Banca di Italia recante *Disposizioni di vigilanza in materia sanzionatoria e procedura sanzionatoria amministrativa* (adottato con provvedimento del 18 dicembre 2012 e modificato da ultimo nel 2022).

105 Merita precisare che la prima procedura sanzionatoria di Consob era parzialmente diversa. La delibera Consob n. 15086 del 2005 recante *Disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative*, ripartiva il procedimento in quattro fasi: la pre-istruttoria, l'istruttoria era suddivisa tra «parte istruttoria di valutazione delle deduzioni» di competenza delle Divisioni competenti in materia di vigilanza, e «parte istruttoria della decisione» di competenza dell'Ufficio sanzioni amministrative, e la fase decisoria di competenza della Commissione.

106 I regolamenti di Banca d'Italia e di Consob prevedono il contraddittorio orale anche nella fase istruttoria.

ma talvolta aperto anche alla partecipazione di terzi interessati¹⁰⁷, che si conclude con l'invio al Collegio dell'Autorità di un atto contenente la sintesi degli elementi acquisiti¹⁰⁸.

L'ultima fase, c.d. decisoria, è di competenza del Collegio¹⁰⁹ che potrà disporre l'archiviazione del procedimento ovvero emanare la sanzione, prevedendo anche le forme e le modalità di pubblicazione¹¹⁰.

In materia antitrust, fatti salvi i casi di violazioni più gravi in cui viene comminata immediatamente la sanzione pecuniaria¹¹¹, la commistione tra poteri ordinatori e poteri sanzionatori – confermata anche dall'innesto di ulteriori sub-procedimenti (di valutazione degli impegni, di transazione¹¹²) – perdura fino alla conclusione del procedimento che si conclude con una diffida (con cui l'AGCM ordina all'impresa di porre fine al comportamento illecito e rimuovere gli effetti), la cui inottemperanza determina l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

Infine, anche il profilo temporale presenta elementi di complessità. Rilevano infatti due termini: quello iniziale, di avvio della fase istruttoria, e quello di conclusione del procedimento nel suo complesso. Rispetto ai tempi iniziali, le norme di settore in certe ipotesi impongono l'osservanza di un termine pun-

107 Ad esempio, in materia antitrust, ai sensi dell'art. 7 d.p.R. n. 217 del 1998 possono partecipare all'attività istruttoria sia i destinatari delle notifiche di avvio dell'istruttoria (parti necessarie), sia soggetti portatori di interessi pubblici e privati e le associazioni dei consumatori che possano subire un pregiudizio diretto, immediato e attuale; la partecipazione di questi ultimi è subordinata a una motivata richiesta che deve essere fatta entro un termine (non perentorio) di trenta giorni dalla pubblicazione dell'atto di avvio nel bollettino dell'Autorità.

108 Denominato alternativamente "risultanze dell'istruttoria" (v. art. 15 del regolamento di ARERA) o "comunicazione delle risultanze istruttorie" (ex art. 14 d.p.R. n. 217 del 1998 in materia antitrust) ovvero "proposta motivata di sanzione" (cfr. i regolamenti di Consob e Banca d'Italia).

109 Solo nelle versioni più recenti, adottate a seguito degli interventi della giurisprudenza europea (v. infra § 7), alcuni regolamenti prevedono che anche nella fase decisoria davanti al Collegio sia garantito in contraddittorio, in forma scritta (cfr. le versioni più recenti dei regolamenti di Banca d'Italia e di Consob) oppure in forma orale (cfr. l'art. 21 del vigente regolamento di ARERA).

110 Cfr. l'art. 195-*bis* TUF.

111 Cfr. l'art. 15, l. n. 287/1990.

112 L'istituto degli impegni previsto dall'art. 14-*ter* l. n. 287/1990 (per i procedimenti antitrust di competenza dell'AGCM) e dall'art. art. 27, c. 7, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo*, (in materia di pratiche commerciali scorrette sempre di competenza di AGCM) trova applicazione anche nei procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas (art. 45, c. 3, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93), dell'AGCOM (art. 14-*bis* d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248) e, di recente, è stato previsto anche nell'ambito dei procedimenti di Consob (cfr. l'art. 23 l. 5 marzo 2024, n. 21 che ha introdotto l'art. 196-*ter* nella parte V del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). La procedura di transazione è stata introdotta all'art. 14-*quater* l. n. 287/1990 dalla l. 5 agosto 2022, n. 118.

tuale¹¹³, in altre ipotesi non prevedono specifici termini, limitandosi a rinviare alla normativa secondaria¹¹⁴ o attribuendo alle stesse Autorità il compito di emanare la relativa disciplina procedimentale¹¹⁵. Sui tempi di conclusione del procedimento (*i.e.* di emanazione della sanzione) le fonti primarie non dispongono alcunché; mentre i regolamenti delle Autorità talvolta prevedono termini puntuali¹¹⁶, in altri casi impongono di prevederli con la delibera di avvio del procedimento¹¹⁷.

5.2. Incertezza sulla disciplina generale di riferimento e de-quotazione delle garanzie difensive

L'applicazione del quadro normativo appena descritto ha determinato un intreccio tra procedimenti di controllo e procedimenti sanzionatori, con la conseguenza che – nonostante le dichiarazioni di principio contenute nelle leggi di settore – quest'ultimi sono sottoposti a regole derogatorie rispetto a quelle previste dalla disciplina generale ispirata ai principi del diritto punitivo, con conseguente de-quotazione delle garanzie difensive previste per i sanzionandi.

113 Nei casi di Consob e della Banca d'Italia in relazione alle sanzioni amministrative previste dal Titolo II della Parte V del (TUF), l'art. 195, co. 1, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 il termine è di «centottanta giorni dall'accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero (...)». Le attuali *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa* (nel testo aggiornato pubblicato nella G.U., serie gen. n. 186 del 10 agosto 2022), che si applicano anche alle procedure sanzionatorie avviate dalla Banca d'Italia nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico in virtù del reg. (UE) n. 1024/013 (cfr. pure gli artt. 6, 6-bis e 144-septies TUB), prevedono un termine per avviare la procedura sanzionatoria di 90 gg o di 180 gg dall'accertamento, a seconda si tratti di procedura ex art. 145 TUB o art. 195 TUIF, per i soggetti residenti in Italia, e di 360 gg. per i soggetti residenti all'estero.

114 Talvolta, vi è un richiamo espresso all'articolo 14, c. 2, l. n. 689/81 (per esempio nel comma 5 dell'art. 45 del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 per i procedimenti sanzionatori dell'allora AEEG) in altri casi si rinvia alle disposizioni o ai «principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689» così cfr. l'art. 222, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, per i procedimenti sanzionatori di ANAC; cfr. l'art. 31 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per i procedimenti di AGCM.

115 L'art. 9, c. 3, del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) rinvia ad un regolamento di IVASS il quale (art. 12 reg. n. 39 del 2 agosto 2018, pubblicato nella G.U. n. 218 del 19 settembre 2018) stabilisce che il procedimento sanzionatorio ha inizio, con la contestazione formale nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili delle violazioni riscontrate, nel termine di 120 o di 180 gg. dall'accertamento, a seconda che si tratti di soggetti residenti in Italia o all'estero.

116 Cfr. il § 1.4. del *Regolamento di Banca d'Italia*, l'art. 4 del Regolamento della Consob.

117 La versione del 2012 del regolamento di ARERA prevedeva all'art. 4, c. 2, che il termine di conclusione del procedimento fosse fissato con la delibera di avvio del procedimento. Sul punto si veda L. DONATO, *Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, «*Il diritto dell'economia*», vol. 26, n. 82 (3-2013), pp. 113-124 (spec. p. 120).

In questo senso depongono vari elementi:

i) l'articolazione procedimentale nel modello della l. n. 689/1981 è tendenzialmente bifasica, mentre nei procedimenti delle Autorità è presente, sistematicamente, la pre-istruttoria con la quale si "attrae" al procedimento sanzionatorio l'attività di vigilanza (informativa e ispettiva) svolta dalle Autorità;

ii) il principio di separazione tra istruzione e decisione, sebbene richiamato dalle leggi generali, non viene garantito perché – al contrario – l'apparato sanzionatorio delle Autorità indipendenti si caratterizza per vari profili (organizzativi¹¹⁸ e funzionali¹¹⁹) di commistione tra fase di accertamento e fase decisoria;

iii) i termini del procedimento sono fissati in modo parzialmente difforme e, a lungo, considerati ordinatori¹²⁰;

iv) diversamente da quanto previsto dalla l. n. 689/1981 non è sempre garantito il principio della contestazione immediata e il contraddittorio - data la mancata distinzione tra istruzione e decisione - è strutturalmente configurato (e interpretato dalla giurisprudenza) come contraddittorio di tipo "verticale" con finalità (anche) collaborativa¹²¹.

118 Il dato emerge anzitutto sotto il profilo organizzativo: mentre la l. n. 689/1981 (artt. 17 e 18), ispirandosi alla struttura del processo penale, ripartisce tra organi diversi i compiti di accertare la violazione e di applicare la sanzione, le discipline in esame li concentrano davanti al Collegio dell'Autorità, ovvero li affidano a uffici ugualmente sottoposti alla direzione e al controllo del Collegio. Al riguardo v. già M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 103 che aveva evidenziato la necessità di garantire la «distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione» con riguardo ai procedimenti dell'AGCM.

119 Il riferimento è a quelle «regressioni della sequenza procedimentale», con le quali per esempio il Collegio, competente per la fase decisoria, dispone approfondimenti istruttori affidandoli proprio agli stessi uffici che hanno condotto l'istruttoria (e che hanno quindi formulato la proposta di sanzione) M. MONTEDURO, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 271.

120 Per l'analisi di questo profilo e la considerazione delle evoluzioni più recenti sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Termini dei principi sanzionatori delle Autorità indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2023, p. 821 ss.

121 In questi termini, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5362; sez. II, 28 aprile 2022, n.13341; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5347; sez. II, 28 aprile 2022, n.13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1769, n. 1740, n. 1741; Cass. civ., 24 settembre 2019, n. 23814 ove si afferma: «non va obliato che le garanzie disposte nel procedimento penale scontano la specifica struttura del contraddittorio di tipo orizzontale, poiché teso a garantire la parità delle parti avanti il Giudice terzo imparziale, mentre nell'ambito del procedimento amministrativo, caratterizzato da una struttura di tipo verticale con l'Amministrazione in posizione sovraordinata, il contraddittorio appare finalizzato all'apporto collaborativo del privato quale partecipazione al corretto svolgersi dell'azione amministrativa». In termini cfr. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass.

In questo quadro, la “confusione” tra l’attività di vigilanza e attività sanzionatoria ha veicolato interpretazioni difformi su quale sia la disciplina generale da utilizzare come modello per le normative secondarie e, in sede applicativa, per colmare le lacune e risolvere le antinomie: se la l. n. 241/1990 oppure la l. n. 689/1981. Trattandosi di leggi statali aventi pari forza, il criterio della specialità conduce a considerare prevalente la legge n. 689/1981, in quanto speciale per oggetto¹²². Tuttavia, le ricostruzioni che hanno enfatizzato le peculiarità dell’apparato sanzionatorio in esame, sostenendo che partecipi più della finalità regolatoria che non della classica finalità punitiva, hanno offerto giustificazione teorica all’applicazione della l. n. 241/1990¹²³, finanche con riferimento all’art. 21-*octies*, c. 2, che dispone l’irrelevanza dei vizi procedimentali ai fini dell’annullamento dell’atto¹²⁴.

Su queste basi, è stato ritenuta non annullabile la sanzione adottata in violazione delle norme procedimentali attinenti al diritto di difesa (*i.e.* per l’esclusione del contraddittorio nella fase istruttoria), al principio di piena conoscenza degli atti istruttori (*i.e.* per la mancata trasmissione delle conclusioni dell’Ufficio sanzioni agli interessati)¹²⁵ e ai termini massimi di conclusione del procedimento¹²⁶.

civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2019, n. 8047, n. 8046.

122 In questi termini v. Cass., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591, in *Foro it.*, 2006, I, 2019 ss ove si afferma che la l. n. 689/1981 (speciale per oggetto) prevale, in caso di contrasto, sulla l. n. 241/1990; nella giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542.

123 In tale senso v. M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 125 ss. In termini più problematici v. L. DONATO, *Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale*, ivi, p. 113 ss e F.F. TUCCARI, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, ivi, p. 159 ss.

124 A partire da Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929, in *Foro it.*, 2010, I, 3121. Cfr., di recente, Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2022, n. 13341 e n. 13339.

125 Su questi profili cfr. Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935 sulla quale si v. le osservazioni di F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 306 ss. Negli stessi termini cfr. Cass. civ., sez. II, 13 dicembre 2010, n. 25162; Id., 10 dicembre 2010, n. 25005 e, infine, Id., 7 dicembre 2010, n. 24784 Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2011, n. 15849.

126 Secondo un orientamento (inaugurato da Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929) l’inosservanza del termine finale è vizio che attiene al procedimento, in quanto tale rientrando sotto l’ambito di applicazione dell’art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 che sancisce l’irrelevanza dei vizi del procedimento e della forma degli atti in tutti i casi in cui, a causa della natura vincolata del provvedimento, il contenuto di questo non potrebbe comunque essere

Ne è derivata una situazione di forte incertezza e una complessiva de-quotazione delle garanzie procedurali poste a difesa del sanzionando.

5.3. L'elemento che ha "infranto" il precario equilibrio: l'abuso dello strumento sanzionatorio e la elaborazione della nozione di «sanzione punitiva» da parte della giurisprudenza CEDU e costituzionale

In questo quadro si è poi inserito un ulteriore fattore. Il legislatore nazionale, nel recepire le fonti europee, ha fortemente inasprito la risposta sanzionatoria: sono state aumentate le fattispecie di illecito, incrementati i limiti massimi delle cornici edittali e sono stati introdotti varie ipotesi di doppio binario sanzionatorio¹²⁷.

I settori di competenza delle *Authorities* hanno così rappresentato il principale campo di affermazione di una «nuova generazione» di sanzioni amministrative¹²⁸ con caratteri sostanzialmente diversi e capaci di incidere su diritti fondamentali della persona. Si tratta di misure dirette a sanzionare illeciti di elevata gravità che coinvolgono interessi di rilevanza collettiva (concorrenza tra imprese, trasparenza e correttezza delle negoziazioni nei mercati regolati, stabilità del sistema bancario e creditizio etc..) e dotate di estrema afflittività: sanzioni pecuniarie di elevatissimo ammontare (ad es. le sanzioni irrogate da AGCM o da Consob in caso di *market abuse*), misure interdittive che inibiscono l'attività economica dell'impresa per lassi temporali molto ampi (ad es. l'iscrizione nel casellario ANAC con esclusione dalle gare d'appalto¹²⁹), a cui spesso si aggiungono «meccanismi di *naming e shaming*», dovuti alla pubblicazione delle sanzioni sul sito ufficiale dell'Autorità, che compromettono la reputazione e l'onorabilità professionale dei destinatari¹³⁰.

Questo processo ha infranto il già precario equilibrio. L'attribuzione di

diverso da quello adottato. In questi termini v. Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142 in *Giur. it.*, 11, 2016, p. 2440 con nota di E. DESANA, *Procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia: l'insostenibile leggerezza dei termini*, *ivi*, pp. 2442-2450.

127. Sul punto, nel settore dei mercati finanziari, v. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e la persistente criticità di una tormentata disciplina*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; E. BINDI, A. PISANESCHI, *La soluzione italiana al doppio binario sanzionatorio nel market abuse*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2019, p. 75 ss.

128 F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1775-1819.

129 Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2023, n. 2790; Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2023, n. 6324; TAR Roma, Lazio, sez. I, 28 settembre 2023, n. 14400.

130 P. CERBO, *Sanzioni amministrative punitive*, *cit.*, p. 123.

questa «nuova generazione» di sanzioni alla competenza delle Autorità indipendenti ha rappresentato un “abuso” della sanzione amministrativa, determinando quella che è stata efficacemente definita la «truffa delle etichette»: si è finito per applicare il regime sostanziale e procedimentale dei provvedimenti amministrativi a misure che per finalità e grado di afflittività sono equiparabili a delle vere e proprie pene¹³¹.

Come ampiamente noto, questa «truffa delle etichette» è stata svelata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che mediante l'applicazione della nozione di «sanzione punitiva»¹³² ha esteso l'applicazione dei principi convenzionali propri della materia penale (art. 6 e 7 CEDU) anche alle sanzioni emanate da alcune Autorità indipendenti.

Particolarmente significative per il nostro ordinamento, sono state la sen-

131 Sul tema generale si veda, in particolare, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

132 A partire dalla sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell'8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, (in tema di sanzioni detentive disciplinari militari) la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri (c.d. criteri *Engel*) in base ai quali è possibile qualificare una sanzione come “sostanzialmente penale”: a) la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale (tale indicazione, però, ha un valore relativo e costituisce solo un punto di partenza); b) la reale natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva e deterrente; c) la severità-afflittività, ovvero la gravità del sacrificio imposto ai diritti del sanzionato. In base alla giurisprudenza successiva (citata di seguito) sono stati chiariti due ulteriori aspetti: la qualificazione formale data nell'ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia laddove determini un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione e, dunque, conduca a un complessivo incremento delle garanzie per gli individui; d'altra parte, il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non cumulativi, perciò la severità-gravità può non essere necessaria ove la sanzione abbia in se stessa una natura punitiva e, viceversa, l'elevata gravità può determinare la ‘colorazione’ penale anche di una misura che non ha esclusivamente finalità punitiva. L'orientamento è stato confermato in molte pronunce successive. Cfr., *ex multis*, Corte EDU, sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50 su cui v. 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, 894 ss; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32; 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*; 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A. v. France*; 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes c. France*, par. 31; 27 settembre 2011, c. 43509/08, sent. *Menarini Diagnostics c. Italia*; 30 giugno 2011, caso 25041/07, *Messier v. France*, par. 52. Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; sez. I, 10 dicembre 2020, (ricorsi nn. 68954/13 e 70495/13), *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*. La letteratura sul tema è ormai amplissima. Per un inquadramento generale si veda a F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1775 ss; E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

tenza *Grande Stevens*, relativa al procedimento sanzionatorio di Consob e la sentenza *Edizioni del Roma*, relativa al procedimento sanzionatorio di AGCOM¹³³. Ma altrettanto importanti sono state due recenti pronunce relative alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, in particolare, le sentenze n. 151 del 2021¹³⁴ e n. 260 del 2021¹³⁵ con cui la Corte Costituzionale ha chiarito che l'attività sanzionatoria deve sottostare ad una disciplina speciale rispetto a quella che caratterizza l'ordinario agire amministrativo¹³⁶.

In questo modo sono state stigmatizzate le criticità presenti nella disciplina dei procedimenti sanzionatori e, grazie a questa evoluzione, la giurisprudenza "domestica" – soprattutto amministrativa – sta progressivamente imponendo la modifica dei procedimenti sanzionatori, con innalzamento delle garanzie di tutela dei soggetti incolpati¹³⁷.

133 Cfr. Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014 *Grande Stevens c. Italia* relativa al procedimento sanzionatorio di Consob; Corte EDU, sez. I, 10 dicembre 2020, (ricorsi nn. 68954/13 e 70495/13), *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia* sul procedimento sanzionatorio di AGCOM. Rilevante è stata anche la sentenza 27 settembre 2011, c. 43509/08, sent. *Menarini Diagnostics c. Italia* con cui la Corte EDU ha affermato la natura penale di una pesante sanzione pecuniaria inflitta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a un'impresa accusata di avere partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza, ma nel merito ha rigettato il ricorso, rilevando che la società ricorrente aveva beneficiato di un'effettiva tutela di *full jurisdiction* in linea con lo *standard* richiesto dall'art. 6 CEDU.

134 Cfr. Corte cost., 12 luglio 2021, n. 151, in *Giur. cost.*, 4, 2021, p. 1599 ss, con osservazioni di F.G. SCOCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*, con cui la Corte Costituzionale, seppur con una pronuncia-monito di inammissibilità, ha rilevato l'illegittimità dell'art. 28 della l. n. 689/981 nella parte in cui non prevede «un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso».

135 Corte cost. 28 dicembre 2021, n. 260, con nota di P. CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, in *Giur. cost.*, 2, 2022, p. 1077 ss.

136 Corte cost. sent. n. 151 del 2021 ove si afferma che la natura del potere sanzionatorio impone di tenere distinta «la disciplina generale del procedimento amministrativo (nell'ambito della quale alla violazione del termine procedimentale ordinariamente fissato all'Amministrazione non consegue l'invalidità dell'atto tardivamente adottato) rispetto alla disciplina, per questa parte a carattere speciale, del procedimento irrogativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, il cui paradigma normativo è individuabile nella legge n. 689 del 1981».

137 In particolare le pronunce con cui è stata censurata la disciplina procedimentale contenuta nei regolamenti di Consob (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595, 1596) IVASS (cfr. Cons. Stato, VI, 28 marzo 2019, n. 2043 (con nota di E. BINDI, A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il procedimento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Qual è il razionale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giustamm.it*, 6, 2019) e ANAC (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2023, n. 5969, con nota di A. CAMARDA, *Garanzia del contraddittorio e natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'ANAC*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2024, p. 88 ss).

5.4. I profili di perdurante criticità

Nonostante si stiano affermando orientamenti giurisprudenziali più garantisti, la disciplina dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti continua ad essere applicata e interpretata “in modo debole”, per aspetti quali la separazione tra le funzioni di istruzione e quelle di decisione, il contraddittorio¹³⁸ e la natura dei termini¹³⁹.

Ciò è anche effetto della teoria della continuità tra procedimento e processo elaborata dalla giurisprudenza CEDU¹⁴⁰ che, seppur con alcune differenze a seconda delle caratteristiche della misura che viene in rilievo (e non senza alcune incoerenze¹⁴¹), si basa sul principio per cui laddove il procedimento di ir-

138 La giurisprudenza ordinaria che ha giurisdizione sulle sanzioni di Consob e Banca d'Italia continua a giustificare la legittimità di un contraddittorio verticale in funzione collaborativa. Cfr. la giurisprudenza citata al § 5.2.

139 Di recente si è affermata la tesi della natura ordinatoria del termine di avvio dei procedimenti sanzionatori (sulle procedure di competenza dell'AGCM, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2023, n. 3505; Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761; Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, nn. 3570, 3571, 3572; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, e 25 gennaio 2021, n. 738; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 512), tesi che era stata avallata anche da un parere dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa (pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it). L'orientamento è stato messo in discussione dal Tar Lazio (ord. 1° agosto 2023 n. 12962, con riguardo ad un procedimento in materia di abuso di posizione dominante; ord. 2 agosto 2023, n. 13016, con riguardo ad un procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette), che ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo di verificare se l'applicazione «meccanica» del termine di decadenza dei 90 giorni previsti dall'art. 14, l. n. 689/1981 possa porsi in contrasto con l'esigenza di effettività dell'azione di repressione degli illeciti *antitrust*. La Corte di Giustizia si è pronunciata con due sentenze (seconda sezione, 30 gennaio 2025 C-511/23 e C-510/23) affermando che «l'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1(...) nonché l'articolo 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, (...) ostano ad una normativa nazionale impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica».

140 In dottrina v., tra gli altri, M. ALLENA, *L'art. 6 e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, pp. 25 ss; A. CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE online*, 3, 2019, pp. 2146-2149; F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 2013, p. 669 ss.

141 Per una puntuale analisi della giurisprudenza CEDU sulla «gradazione delle sanzioni» che non rientrano nel c.d. *hard core of criminal law* v. E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 45-77, secondo i quali è possibile distinguere: a) *minor offences senza necessità di accertamento sul fatto* (sanzioni irrogate a seguito di un accertamento automatizzato o matematico) a cui l'art. 6

rogazione della sanzione da parte dell'autorità amministrativa non sia conforme ai canoni del giusto processo, la possibilità di un controllo giurisdizionale successivo è sufficiente ad escludere una violazione dell'art. 6 CEDU purché siano soddisfatti i fondamentali requisiti di *terzietà* e di *full jurisdiction*¹⁴².

In questa prospettiva, dunque, il procedimento amministrativo che si svolge dinanzi all'Autorità altro non è che una prima "fase" di accertamento degli illeciti, seguita dalla "fase" di carattere giurisdizionale; tanto che per verificare la compatibilità con i vincoli convenzionali si ritiene necessario considerare il *continuum* tra procedimento e processo¹⁴³. In altre parole, ove i diritti di difesa non abbiano trovato idonea considerazione nel momento di esercizio della funzione amministrativa, perché il procedimento non è stato adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi tra le parti, queste mancanze possono essere compensate dal processo, purché questo sia svolto da un giudice terzo e imparziale, nonché dotato di pieni poteri di cognizione e decisione, ovvero della capacità di riesaminare sotto ogni profilo, di fatto e di diritto, l'atto elaborato in sede amministrativa¹⁴⁴.

Al riguardo, merita sottolineare che in tutti i giudizi che hanno riguarda-

Cedu può non applicarsi (caso 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*); b) *minor offences* (sanzioni di lieve entità) per cui è ammissibile la compensazione *ex post* delle garanzie dell'equo processo da parte di un giudizio di *full jurisdiction*; c) *criminal offences* (sanzioni afflittive incidenti sui diritti della persona e sul patrimonio) per le quali la Corte, talvolta, ha affermato la necessità che le garanzie dell'art. 6 debbano essere applicate anche nella fase procedimentale (ad es. Corte EDU, 11 agosto 2009, *Dubus S.A. c. Francia*), in altri casi – tra cui quelli relativi al nostro ordinamento – ha ammesso la compensazione *ex post* delle garanzie mancanti in sede procedimentale (ad es. Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; sez. I, 10 dicembre 2020, *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*).

142 Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, par. 139; Corte EDU, 21 ottobre 2003, caso n. 29010/95, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*; Id., 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Priea and Others v. the Czech Republic*; caso n. 49429/99, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, § 113.

143 In questi termini v. Tar Lazio, Sez. II, 27 novembre 2014, nn. 11886 e 11887.

144 Sul canone della «*full jurisdiction*» ricavabile dalla giurisprudenza CEDU v., tra gli altri, G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 9 ss; L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere*, *ivi*, p. 237 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1ss; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 26 ss. Come avremo modo di considerare (nel capitolo IV) vi sono ricostruzioni parzialmente diverse del concetto di *full jurisdiction* (ex art. 6 CEDU).

to il nostro ordinamento la Corte EDU ha ritenuto che il sindacato esercitato dal giudice rispondesse a questi requisiti¹⁴⁵. Non a caso, dunque, la più recente giurisprudenza, soprattutto della Cassazione¹⁴⁶, segue questa impostazione, con l'esito di arrivare ad affermare una sostanziale irrilevanza «delle questioni attinenti ai diritti di difesa nella fase amministrativa»¹⁴⁷.

Un esito del genere si pone in contrasto con il principio, sempre più consolidato, nella giurisprudenza costituzionale secondo il quale a fronte di sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” devono essere riconosciute garanzie adeguate alla gravità del sacrificio che può essere inflitto ai diritti fondamentali coinvolti. E ciò riguarda anche le garanzie procedurali, non foss'altro perché – anche ammesso che il sindacato esercitato dal giudice (ordinario e amministrativo) risponda effettivamente ai canoni della *full jurisdiction*¹⁴⁸ – non tutti i vizi del procedimento possono essere effettivamente compensati dal successivo riesame giurisdizionale¹⁴⁹.

145 Nella sentenza *Menarini Diagnostics srl c. Italia*, §§ 64 ss, la Corte EDU ha ritenuto che l'art. 6 CEDU fosse stato rispettato nella misura in cui il giudice amministrativo, pur non potendosi sostituire all'autorità, può svolgere un sindacato pieno su ogni valutazione, anche se tecnico-discrezionale, nonché sindacare la proporzionalità della sanzione ed eventualmente rimodularla. In senso analogo nel caso *Grande Stevens e a. c. Italia*, § 149 la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il controllo operato dalla Corte d'Appello (*ex artt. 187 septies e 195 T.U.F.*) fosse sufficiente a consentire il rispetto dei principi fissati dalla Convenzione europea, limitandosi a censurare l'assenza di un'udienza pubblica.

146 Cfr. rispetto a sanzioni riconosciute come sostanzialmente penali: Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237; sez. II 21 maggio 2020, n. 9371; sez. II, 21 maggio 2020, n. 9385; rispetto a sanzioni amministrative mere: Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9561. Negli stessi termini v. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass. civ., sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27564; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210 e sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683.

147 C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi.it*, 23, 2019.

148 Aspetto che è escluso da molti. Nell'opinione dissenziente espressa in calce alla sentenza *Menarini*, il giudice Pinto de Albuquerque ha dubitato dell'effettiva conformità al canone della *full jurisdiction* del sindacato effettivamente svolto dal giudice amministrativo, osservando che la tesi del c.d. sindacato debole finisce per sottrarre il “nocciolo duro” della valutazione delle *Authorities* al controllo giurisdizionale. In dottrina, nello stesso senso, v. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 100 ss. Di recente, è stata prospettata (da Cons. Stato, 19 luglio 2019, n. 4990) la possibilità di un sindacato più penetrante sulle valutazioni tecniche poste a fondamento dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust, sulla base del canone della c.d. «maggiore attendibilità». Sul punto torneremo nel capitolo IV § 5.

149 Infatti, data la natura immediatamente esecutiva della sanzione e la mancanza di un effetto sospensivo automatico conseguente al ricorso, è del tutto possibile che il sindacato giurisdizionale, per quanto penetrante, sia comunque, insufficiente a porre rimedio alla situazione concretamente prodottasi *medio tempore* nella sfera giuridica del privato. Inoltre, l'immediata esecutività che caratterizza i provvedimenti sanzionatori può confliggere con il

Più in generale, la teoria della continuità fra procedimento e processo giustifica una svalutazione degli istituti del diritto amministrativo sanzionatorio rinunciando a ricavarne tutte le prerogative garantistiche che è doveroso trarvi, così impedendo una lettura evolutiva e costituzionalmente orientata di quest'ultimi (che sono stati depotenziati dalla interpretazione giurisprudenziale della l. n. 689/1981)¹⁵⁰.

In definitiva, la vigente “concentrazione-confusione” dei poteri di vigilanza e sanzione in capo alle Autorità determina un assetto non più accettabile, perché il fatto che alle sanzioni amministrative non debbano applicarsi le regole del processo penale non significa che la disciplina non debba essere adeguata alla natura della funzione esercitata e alla rilevanza dei diritti coinvolti.

6. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività di vigilanza

Vi è poi un altro aspetto da considerare, poiché il sistema attuale sta cominciando a dispiegare effetti anche sul regime giuridico dell'attività di vigilanza, con implicazioni che meritano attenta considerazione.

La “confusione” dei poteri e dei procedimenti, che caratterizza molti dei sistemi di *public enforcement* nei settori considerati, si coglie infatti anche se si analizzano i poteri di vigilanza.

Come ricordato, i procedimenti sanzionatori vengono generalmente ricostruiti, in sede teorica e talvolta anche in sede normativa, come articolati in tre fasi: pre-istruttoria, istruttoria e decisoria. Tuttavia, se si guarda alla natura, alle finalità e ai caratteri del potere esercitato emerge che la fase pre-istruttoria è espressione dell'attività di vigilanza che, entro una certa misura, è autonoma da quella sanzionatoria. Inoltre, come ricordato all'interno del procedimento sanzionatorio sono stati “innestati” alcuni sub-procedimenti con finalità spiccatamente preventiva e ripristinatoria (il più ricorrente è il sub-procedimento di impegni).

principio di presunzione di innocenza, ove una misura “sostanzialmente penale”, con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta in assenza di un equo procedimento. In questo senso v., con riferimento a sanzioni tributarie, Corte EDU, 23 luglio 2002, caso 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108; Corte EDU, sez. III, 27 gennaio 2009, caso n. 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, § 50. Sul punto v. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., 39-41.

¹⁵⁰ P. CERBO, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 55 ss.

Ebbene questo assetto – in origine giustificato da obiettivi di efficienza e di potenziamento del *public enforcement*¹⁵¹ – oltre che foriero di qualificazioni non pienamente coerenti in chiave sistematica, è oggi messo in discussione dalla categoria delle «sanzioni amministrative di natura penale».

Ciò perché, per effetto della più recente giurisprudenza e di interpretazioni ulteriormente estensive avanzate dalla dottrina, sembra essere in atto la tendenza opposta a quella descritta nel capitolo precedente: l'«attrazione» della vigilanza nella sanzione, vale a dire l'estensione delle garanzie proprie dell'attività sanzionatoria all'attività di vigilanza *tout court* solo perché (potenzialmente) prodromica alla stessa. Si tratta di una tendenza che merita particolare attenzione perché se da un lato determina un innalzamento del livello di tutela per gli operatori economici vigilati, dall'altro lato potrebbe incidere sull'effettività dell'azione di controllo.

Per far emergere questo aspetto occorre rapidamente descrivere le caratteristiche essenziali dei procedimenti di vigilanza e gli elementi essenziali del regime di efficacia dei relativi provvedimenti.

6.1. La plurima strumentalità dell'attività di vigilanza

La funzione di vigilanza, per come delimitata in questo studio (v. § 2), è attuazione degli artt. 3 e 41 Cost.¹⁵², degli art. 101 e ss del TFUE¹⁵³, nei mercati finanziari anche dell'art. 47 Cost.¹⁵⁴, e in quello dei contratti pubblici anche

151 Potenziamento che si è effettivamente realizzato anche perché – come visto nel capitolo precedente – l'attività sanzionatoria è stata soggetta a discipline proprie dell'attività di amministrazione attiva, con conseguente 'de-quotazione' di alcune garanzie partecipative e dunque maggiore celerità dei relativi procedimenti.

152 V., tra gli altri, M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative e libertà costituzionali*, cit., 453 per cui le funzioni delle autorità sono riconducibili «ai limiti che l'art. 41, secondo comma, Cost. (in collegamento con l'art. 3, comma 2) consente di imporre all'esercizio dell'iniziativa economica privata.».

153 Come già considerato, anche la vigilanza che le Autorità (*in primis* AGCM ma anche altre Autorità di settore, quali ARERA e AGCOM) sono chiamate a svolgere a tutela della concorrenza dei mercati di riferimento, è funzionale all'esistenza di corrette dinamiche economiche e quindi, indirettamente, assicura protezione agli interessi più "deboli" (di utenti dei servizi, dei consumatori, delle piccole e medie imprese che operano come fornitori delle grandi imprese, delle imprese concorrenti o interessate ad accedere a nuovi mercati etc..).

154 Su cui, tra i molti, v. F. MERUSI, *Art. 47 in Commentario alla Costituzione* diretto da Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 154; S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 950. Pare infatti da condividere la tesi che ritiene operante la riserva di legge di cui all'art. 41 Cost. anche in materia di disciplina del credito, in quanto principio fondamentale di qualsiasi intervento pubblico in un sistema improntato al primato delle libertà individuali, sul punto v. V.

degli artt. 81, 97, 119 Cost.¹⁵⁵ e comprende l'attività di accertamento diretta a verificare che l'attività degli operatori economici sia conforme a determinate regole o a *standard* elaborati dalle stesse Autorità, nonché l'attività diretta a far cessare i comportamenti scorretti, imporne la correzione e se possibile riparare i danni cagionati.

La funzione si esplica mediante l'esercizio di una serie di poteri di amministrazione attiva: ispezioni, provvedimenti ampliativi¹⁵⁶, provvedimenti ordinatori (*i.e.* richieste di documenti, diffide ad adempiere, ordini di dare/facere; divieti) nonché provvedimenti conformativi dell'attività degli operatori vigilanti, che possono arrivare - in presenza di determinate condizioni - fino all'intervento sostitutivo in situazioni di crisi¹⁵⁷, ovvero all'esclusione temporanea dal mercato¹⁵⁸.

In ogni caso presuppone un'intensa attività conoscitiva che si svolge in due principali forme: vigilanza informativa¹⁵⁹, che concerne l'acquisizione con-

SPAGUOLO VIGORITA, *Profili costituzionali dell'esercizio del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, p. 351.

155 Le finalità della funzione di vigilanza svolta da ANAC nel settore dei contratti pubblici, sono dichiarate dalla stessa normativa in termini di rispetto della legalità e della trasparenza delle negoziazioni, anche in funzione di prevenzione della corruzione (art. 222 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), nonché di garanzia dell'economicità dell'esecuzione affinché dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario (art. 222, c. 3, lett. i) e c. 6, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Al riguardo si veda W. GIULIETTI, *La vigilanza Anac in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2, 2022, p. 99 ss.

156 Il rilascio di un'autorizzazione presuppone, infatti, la verifica della presenza di certi presupposti e il controllo sulla loro permanenza, è dunque di per sé una forma di controllo. In questo senso v. M. DE BENEDETTO, *Controlli della pubblica amministrazione su privati: disfunzioni e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 858; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 185.

157 Cfr., ad esempio, l'art. 69-*vicies-semel* TUB che prevede il potere di *removal*, ovvero di rimozione forzata degli esponenti aziendali di un ente creditizio in crisi che può essere esercitato da Banca d'Italia nello stato iniziale di una situazione di crisi con l'obiettivo di consentire alla banca di rimanere sul mercato senza ricorrere alle misure più gravi dell'amministrazione straordinaria, della liquidazione coatta amministrativa o della risoluzione.

158 Si pensi alle segnalazioni nel casellario ANAC in materia di contratti pubblici.

159 In dottrina, v. M. CLARICH, *Attività di vigilanza (profili generali)*, cit., pp. 152 ss; E.L. CAMILLI, *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, cit., p. 163-181. Sui due metodi di vigilanza, quello cartolare e quello ispettivo di Isvap, v. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 112-113. A livello europeo, la vigilanza informativa è definita 'vigilanza ordinaria' dal quadro normativo sul Meccanismo Unico di vigilanza (MUV), Reg. n. 1024/2013; Reg. Ue n. 468/2014 della Banca centrale europea, il *Manuale di vigilanza del Muv. Vigilanza bancaria europea: funzionamento del Muv e approccio di vigilanza*, marzo 2018 e la *Guida alle ispezioni in loco e alle indagini sui modelli interni*, settembre 2018, elaborati dalla BCE. Al riguardo si veda M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, Torino, 2022, p. 42-43; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020, pp. 42-45 e 171-237.

tinua di flussi di dati e di informazioni che riguardano la situazione degli intermediari o le negoziazioni degli strumenti finanziari, e la vigilanza ispettiva¹⁶⁰ che prevede l'effettuazione di controlli presso le sedi degli operatori economici per verificare l'esattezza dei dati forniti, nonché per conoscere aspetti della gestione non conoscibili senza l'osservazione diretta.

Nel settore finanziario la distinzione è espressamente codificata¹⁶¹, ma anche nei settori in cui non si trova la medesima classificazione, la disciplina comunque distingue le attività conoscitive che le Autorità svolgono in funzione della sorveglianza sul mercato di riferimento¹⁶², delle indagini dirette a verificare la correttezza delle informazioni ricevute, ovvero la fondatezza di esposti o segnalazioni¹⁶³, da cui possono emergere potenziali violazioni della normativa di riferimento.

Entrambe le forme di vigilanza sono tendenzialmente svolte sulla base di una programmazione periodica con la quale l'Autorità individua le proprie priorità di azione, anche alla luce delle risultanze dei pregressi controlli, e perseguono innanzitutto una finalità *conoscitiva* che è strumentale anche allo svolgimento delle altre funzioni attribuite alle Autorità.

Da una lato, è strumentale all'attività di regolazione e di *advocacy*, in quanto le informazioni raccolte costituiscono la base necessaria per l'elaborazione, l'aggiornamento o la modifica degli atti di indirizzo con cui orientano gli

160 Cfr. gli artt. 6-ter, 62-nonies TUF e gli artt. 54 e 68 TUB.

161 Cfr. gli artt. 6-bis, 62-quater, 62-octies TUF; art. 51, 66 TUB sulla vigilanza informativa. Rientrano nella vigilanza informativa anche le verifiche connesse agli obblighi di comunicazione del collegio sindacale e dei revisori contabili (art. 8 TUF e TUB). Nel mercato assicurativo cfr. gli artt. 190 e 190-bis del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 e Regolamenti IVASS n. 30 del 26 ottobre 2016, n. 36 del 28 febbraio 2017, n. 50 del 3 maggio 2022.

162 In materia antitrust, le indagini conoscitive che l'AGCM può svolgere ai sensi dell'art. 12, c. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (art. 17 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, *Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*) e sono stati implementati dalla l. Con riferimento ad ANAC si vedano i poteri di cui all'art. 222, c. 3 lett. a), b), f), g) e co. 7, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

163 Cfr. in materia antitrust, i poteri ispettivi e ordinatori previsti dall'artt. 12, c. 2-bis, e 14 l. 10 ottobre 1990, n. 287. Cfr. con riferimento all'ANAC i poteri di cui all'art. 222, c. 5, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 nonché il *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici* adottato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023 e Regolamento approvato dal Consiglio dell'Autorità il 21 febbraio 2018 recante le *Linee-guida per lo svolgimento delle ispezioni*. Cfr., ad es., in materia di servizi di telecomunicazioni, il regolamento dell'AGCOM recante *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*, di cui alla delibera n. 220/08/CONS come modificata dalla delibera n. 173/22/CONS, nel settore dei trasporti, cfr. l'art. 3 del *Regolamento per lo svolgimento delle attività ispettive dell'Autorità*, adottato con delibera del Consiglio n. 1/2017 del 25 gennaio 2017.

operatori e gli andamenti dei mercati, nonché per la redazione delle relazioni informative e delle proposte destinate agli organi politici¹⁶⁴. Dall'altro lato, se dalle notizie raccolte o dagli accertamenti compiuti emerge il sospetto di irregolarità o comportamenti illeciti, gli esiti dell'attività conoscitiva possono giustificare l'adozione di provvedimenti ordinatori o conformativi ovvero l'avvio di procedimenti sanzionatori¹⁶⁵.

A quest'ultimo obiettivo è funzionale, in particolare, la vigilanza ispettiva tradizionalmente qualificata come un'attività di indagine finalizzata all'individuazione e all'acquisizione di elementi di giudizio¹⁶⁶ e che si svolge mediante procedimenti (o sub-procedimenti¹⁶⁷) dichiarativi¹⁶⁸.

Le ispezioni svolte dalle Autorità indipendenti sono definite «ispezioni esterne»¹⁶⁹ o «economiche»¹⁷⁰ in quanto rivolte a soggetti (persone fisiche o giuridiche) esterni al titolare della funzione di controllo e sono state ricondotte ai principi di cui agli artt. 41, c. 2, 47, 97 Cost. che legittimano forme di controllo pubblicistico sugli operatori economici a tutela di interessi pubblici e diritti individuali costituzionalmente rilevanti¹⁷¹.

164 Cfr. con riferimento ai poteri di ANAC in materia di contratti pubblici l'art. 222, c. 2, 3 e 7, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

165 Cfr. l'art. 3 del *Regolamento per lo svolgimento delle attività ispettive* di ART.

166 La strumentalità delle ispezioni amministrative rispetto alle esigenze conoscitive era già stata chiarita da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1959, p. 289 e poi da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 33 ss. Sul tema v., altresì, R. PEREZ, *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 1387 ss. e, più di recente, E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Torino, 2011.

167 S. VALENTINI, *Ispezioni (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, p. 935; ID., *Le ispezioni amministrative. Funzioni e caratteri*, Milano, 1999, p. 33-34; M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 1114; V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., p. 61 ss.

168 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 487, il quale colloca le ispezioni nell'ambito dei procedimenti dichiarativi, affermando che le ispezioni possono essere atti istruttori di procedimenti o procedimenti autonomi. In termini analoghi v. S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative*, cit., pp. 23-24.

169 Sulla distinzione tra ispezioni interne ed esterne si veda S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative. Funzioni e caratteri*, Milano, 1999, p. 26; V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, Milano, 1999, p. 58.

170 M. PASSALACQUA, *Ispezioni economiche Tipologie, procedimenti e approcci sistematici*, Padova, 2005, p. 338.

171 In questi termini cfr. F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, Napoli, 2012, p. 187 ss.; M. DE BENEDETTO, *Controlli della pubblica amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 857.

6.2. La disciplina procedimentale e il regime di efficacia degli ordini di vigilanza

A differenza di altri istituti che perseguono finalità conoscitiva, la funzione di vigilanza informativa e ispettiva, come quella propriamente ordinatoria si caratterizzano per autoritatività: gli atti e i comportamenti in cui si esplicano determinano una compressione della sfera giuridica dei soggetti sottoposti alle operazioni di accertamento, potendo incidere in via unilaterale su diritti costituzionalmente protetti (libertà di domicilio, segretezza della corrispondenza, diritto alla riservatezza etc.).

I relativi poteri sono perciò subordinati al rispetto della riserva di legge¹⁷² e, nel caso, della riserva di giurisdizione¹⁷³ previste dalle disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti su cui può incidere, nonché del principio di legalità (ex artt. 23 e 97 Cost.) in base al quale l'esercizio dei poteri autoritativi è subordinato alla sussistenza di una norma di attribuzione che ne definisca gli elementi essenziali¹⁷⁴.

Nel sistema delle Autorità indipendenti, a fronte di disposizioni legislative formulate in termini piuttosto ampi, l'attività di vigilanza è disciplinata da fonti secondarie e/o dai regolamenti delle stesse Autorità e, come prima accennato, la concentrazione dei poteri in capo allo stesso soggetto fa sì che i procedimenti di vigilanza e i procedimenti sanzionatori siano così intimamente collegati da arrivare a "confondersi". In alcuni casi vi è una specifica disciplina¹⁷⁵,

172 M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 971 rilevava che: «in quanto atti autoritativi le ispezioni necessariamente incidono su diritti fondamentali, e in quanto esista la norma attributiva della potestà, il principio di riserva di legge è osservato».

173 Eventualità che si pone quando i poteri ispettivi di accesso ai luoghi e di richiesta di documenti possano incidere sui diritti protetti dagli artt. 14 e 15 della Costituzione. Su tale aspetto si tornerà più puntualmente quando si analizzerà il regime di efficacia dei poteri ispettivi. Merita però ricordare che l'art. 14, c. 2, rimettendo a leggi speciali la disciplina delle ispezioni finalizzate a tutela di specifici interessi pubblici («per motivi sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali») consente una deroga rispetto al controllo preventivo dell'autorità giudiziaria, ammettendo che a fronte del bilanciamento con altri interessi generali la tutela del domicilio non riceve la medesima tutela della libertà personale.

174 Sul punto v., tra gli altri, M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, cit., p. 1141 ss; V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., p. 36 ss.; M. PASSALACQUA, *Ispezioni economiche*, cit., p. 343; F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, cit., p. 36.

175 Cfr., ad esempio, per ANAC il *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici* adottato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023 e il *Regolamento* approvato dal Consiglio dell'Autorità il 21 febbraio 2018 recante le *Linee-guida per lo svolgimento delle ispezioni*. Per AGCOM cfr. il regolamento *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*, di cui alla delibera n. 220/08/CONS come modificata dalla delibera n. 173/22/CONS.

mentre in altri casi¹⁷⁶ – come anticipato – le attività di vigilanza informativa e ispettiva sono regolate quale fase preliminare (c.d. pre-istruttoria) o interna (istruttoria) del procedimento sanzionatorio.

Nei casi in cui è presente un'apposita disciplina, i regolamenti delle Autorità stabiliscono che, fatte salve ragioni d'urgenza¹⁷⁷ o la necessità di far salvo l' "effetto sorpresa"¹⁷⁸, il vigilato deve essere informato (mediante la consegna di un atto scritto) dell'oggetto dell'accertamento, degli obblighi di collaborazione (*i.e.* trasmissione di documenti e dichiarazioni scritte, audizioni orali¹⁷⁹) e delle conseguenze in caso di rifiuto¹⁸⁰ nonché dei diritti e delle garanzie di cui si può avvalere.

Tra queste compaiono la facoltà di farsi assistere da consulenti di fiducia, purché ciò non comporti la sospensione o il ritardo dell'ispezione¹⁸¹, la possibilità di rilasciare dichiarazioni, se del caso, contestando l'esattezza delle rilevazioni o la pertinenza dei documenti visionati e acquisiti, mediante osservazioni riportate nel verbale ispettivo¹⁸², di cui di regola viene consegnata copia¹⁸³. Talvolta è previsto anche un contraddittorio scritto sul documento contenente le

176 Cfr. l'art. 4, c. 1, del *Regolamento sul procedimento Sanzionatorio della Consob* adottato con delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013 e aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera n. 19521 del 24 febbraio 2016; par. 1.1. del Regolamento di Banca d'Italia recante *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*; art. 8 del *Regolamento IVASS recante la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*. In materia antitrust il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 (emanato in attuazione della Direttiva UE 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018) ha rafforzato i poteri ispettivi e di indagine dell'AGCM.

177 Per ANAC cfr. l'art. 18 del *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici* e Per AGCM cfr. l'art. 14, co. 1, l. n. 287/1990. Per ANAC il Regolamento recante le *Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni* di ANAC, p. 7;

178 Sulla necessità di giustificare la deroga alla previsione di cui all'art. 7, l. n. 241/1990 in ragione della necessità di procedere ad accertamenti "a sorpresa", cfr., *ex multis*, TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 15 marzo 2021, n. 174; TAR Umbria, Perugia, sez. I, 15 maggio 2015, n. 215; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 10 giugno 2008, n. 1961.

179 Cfr. l'art. 6 del *Regolamento concernente le attività di vigilanza svolte dalla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica ...*, cit., per l'attività di AGCOM; cfr. gli artt. 5, c. 3, e 10 del d.p.R. 9 maggio 2001, n. 244 sull'attività di ARERA.

180 Su cui vedi *infra* nel testo.

181 Cfr. l'art. 1, co. 8, 9, 10, 13 del regolamento dell'AGCOM recante *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*, di cui alla delibera n. 220/08/CONS come modificata dalla delibera n. 173/22/CONS, ove si prevede anche che il personale ispettivo consegna la "carta dei diritti" recante l'indicazione dei diritti e delle garanzie di cui l'ispezionato si può avvalere.

182 Cfr. il Regolamento recante le *Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni* di ANAC, pp. 7-9.

183 Cfr. l'art. 1, co. 14 del regolamento dell'AGCOM recante *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*.

risultanze dell'istruttoria¹⁸⁴.

Nei casi in cui manca uno specifico regolamento relativo all'attività di vigilanza, ovvero questa sia considerata la fase preliminare di un procedimento sanzionatorio, la disciplina applicabile è quella disposta in generale per i provvedimenti individuali¹⁸⁵. Di conseguenza le garanzie partecipative sono ricalcate su quelle previste dalla l. n. 241/1990, comprendendo la preventiva comunicazione di avvio (con le limitazioni ricordate per i casi di urgenza e riservatezza), il diritto di presentare memorie scritte e documenti e di prendere visione degli atti¹⁸⁶.

Merita precisare che ciò non significa che le altre garanzie difensive (comunicazione risultanze, contraddittorio orale etc..) non siano riconosciute, ma che sono assicurate (*i.e.* dovrebbero essere assicurate, v. §§ 5) soltanto dopo il formale avvio del procedimento sanzionatorio a favore del soggetto privato che è stato specificamente individuato come possibile responsabile di un illecito¹⁸⁷.

In ogni caso, i poteri di vigilanza (seppur in modo diverso in relazione alla natura giuridica¹⁸⁸ e al contenuto¹⁸⁹ dei diversi atti) hanno natura obbligato-

184 Cfr. l'art. 19 Comunicazione delle risultanze istruttorie del *Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*.

185 Cfr. il *Regolamento generale sui procedimenti amministrativi della CONSOB ai sensi dell'articolo 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e dell'articolo 2, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni* adottato con delibera n. 18388 del 28 novembre 2012 e successivamente modificato con delibera n. 18628 del 31 luglio 2013 e delibera n. 22922 del 6 dicembre 2023; il *Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi e delle fasi procedurali di competenza della Banca d'Italia e della Unità di informazione finanziaria per l'Italia, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni* adottato con delibera n. 425 del 2021; *Regolamento concernente l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi dell'IVASS, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241* adottato il 2 dicembre 2014.

186 Cfr. art. 10 e 11 del *Regolamento generale sui procedimenti amministrativi della CONSOB*, art. 6 e 7 del *Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi e delle fasi procedurali di competenza della Banca d'Italia* che per espressa previsione «non si applicano ai procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti aventi natura cautelare ovvero carattere di necessità e urgenza».

187 Cfr., ad esempio, l'art. 6, co. 4, e l'art. 7, co. 3 e 4, d.p.R. 30 aprile 1998, n. 217 recante il *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

188 A seconda che si tratti dell'ordine di vigilanza informativa, dell'ordine che dà avvio all'ispezione (c.d. mandato ispettivo) o dell'atto conclusivo del procedimento ispettivo.

189 Quando dall'accertamento emerge la regolarità dell'attività verificata, il procedimento può essere archiviato, se iniziato d'ufficio, o può portare all'adozione dell'atto ampliativo richiesto (*i.e.* l'autorizzazione). D'altra parte, in caso di ispezioni, l'atto finale (*i.e.* verbale o relazione ispettiva) può rilevare come attestazione della corretta applicazione della disciplina da parte dell'operatore economico. Quando, invece, emergono irregolarità o illegittimità, l'atto

ria perciò la loro esecuzione richiede la cooperazione del soggetto coinvolto, in assenza della quale gli effetti giuridici non possono prodursi, con conseguente frustrazione della finalità conoscitive cui sono preordinati¹⁹⁰.

La reticenza del vigilato, che impedisca l'accesso ai luoghi, si rifiuti di rendere disponibili determinati documenti, rimanga silente davanti alle richieste di informazioni o di chiarimenti, può infatti pregiudicare il buon esito delle operazioni di accertamento.

Per evitare tale eventualità, e dunque assicurare l'efficacia dell'azione di controllo, sono astrattamente possibili due istituti: l'esecutorietà dell'atto adottato, che conferisce all'Autorità la possibilità di eseguirli coattivamente, nel rispetto della riserva di giurisdizione se gli atti incidono sul domicilio (ex artt. 14, co. 2, Cost.)¹⁹¹ o sulla segretezza della corrispondenza (ex art. 15 Cost.)¹⁹², ovvero la previsione di una misura sollecitatoria o sanzionatoria¹⁹³ a fronte dell'inadempimento spontaneo degli obblighi (di *pati*, di *dare* o di *facere*) gravanti sul destinatario.

Secondo i principi di carattere generale, i mandati ispettivi e gli ordini di

che contiene le risultanze istruttorie può costituire il presupposto per l'emanazione di un provvedimento ordinatorio che conclude il procedimento; oppure può costituire il presupposto per l'invio di segnalazioni ad altre autorità amministrative o giurisdizionali (es. Corte dei conti o magistratura) o per l'avvio di altri procedimenti di competenza della stessa Autorità, che differiscono a seconda della disciplina di settore.

190 Sul punto si veda M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 46: «Il rapporto tra autorità indipendenti e imprese regolamentate presenta anche elementi di simbiosi. Per esercitare al meglio i propri poteri, le prime hanno bisogno della collaborazione delle seconde al fine di acquisire il maggior numero di dati sulla situazione di ciascuna azienda e sulle dimensioni del mercato nel suo insieme e di colmare così almeno in parte le "asimmetrie informative" che caratterizzano sempre i rapporti tra regolatori e soggetti regolati».

191 In dottrina v. P. BARILE, E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964; G. AMATO, *Commento all'art. 14 in Commentario alla Costituzione* diretto da M. BRANCA, Bologna-Roma, 1977; P. CARETTI, *Domicilio (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, p. 320 ss; M. DELLA MORTE, *Commento all'art. 14*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 342 ss; P. SCARLATTI, *Libertà e inviolabilità del domicilio*, in *Enciclopedia Treccani – Diritto on line*, 2016.

192 In dottrina v. P. BARILE, E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964; P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1989; F. DONATI, *Commento all'art. 15*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 362; C. CARUSO, *La libertà e segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Form di Quaderni costituzionali*, rassegna, 10/2013.

193 Cfr. l'art. 222, co. 13, d.lgs. n. 36/2023.

vigilanza informativa sono di regola obbligatori¹⁹⁴ (e non coercitivi)¹⁹⁵, pertanto a garanzia della loro efficacia la disciplina di settore (nazionale ed europea¹⁹⁶) pone in campo ai destinatari specifici obblighi di cooperazione, alla cui violazione sono collegate misure negative di diversa natura: penalità di mora in caso di ritardo nell'adempimento¹⁹⁷ ovvero sanzioni pecuniarie in caso di rifiuto o di trasmissione di comunicazioni inesatte, incomplete o fuorvianti¹⁹⁸. Inoltre, in molti dei regolamenti di disciplina delle attività ispettive è espressamente previsto che «non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione, ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste (...) dalle legge, l'opposizione: a) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o pre-

194 Cfr. Corte cost. 2 febbraio 1971, n. 10; Corte cost., 25-31 marzo 1987, n. 88. Al riguardo v. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 227-228. Con riferimento alle ispezioni della Commissione europea in materia antitrust v. M. PASSALACQUA, *Le ispezioni economiche*, cit., pp. 220 e 341, e più in generale sui poteri ispettivi di alcune Autorità europee v. M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit., pp. 162-168.

195 Fermo restando che se durante il controllo emergono elementi tali da far sospettare la sussistenza di un reato, dovrà trovare applicazione la disciplina delle ispezioni giudiziali «con la conseguenza che gli atti compiuti dovranno essere convalidati ex art. 14, co. 2, Cost.» (così per le ispezioni tributarie G. AMATO, *Commento all'art. 14*, cit., p. 77; V. TENORE, *Studi sull'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., p. 200) e che, in caso di mancata collaborazione degli interessati, le Autorità possono avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza. Cfr. l'art. 14 l. n. 287/1990, e l'art. 8, c. 4, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 prevede che, l'Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza rinviando all'articolo 54, c. 4, della legge 6 febbraio 1996, n. 52. Cfr. altresì, l'art. 187-*octies* del TUF.

196 In materia procedimento antitrust svolto dalla Commissione europea, gli art. 20 e 21 del Regolamento CE n. 1/2003 prevedono le sanzioni cui si espone l'impresa che rifiuta di collaborare e i casi in cui, in caso di opposizione, l'ispezione può essere realizzata con l'uso della forza grazie all'intervento delle autorità nazionali. In materia, cfr. M. MACCHIA, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 178 ss.; A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo*, cit., 86 ss; M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit., pp. 12-30.

197 Cfr. l'art. 15, c. 2-*bis*, l. n. 287 del 1990 prevede che l'Autorità «può irrogare alle imprese e associazioni di imprese penalità di mora il cui importo può giungere fino al 5 per cento del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle a: a) ottemperare alla diffida di cui al comma 1 del presente articolo; b) ottemperare alle misure cautelari adottate ai sensi dell'articolo 14-*bis*; c) rispettare gli impegni resi obbligatori mediante decisione ai sensi dell'articolo 14-*ter*».

198 In materia antitrust, l'art. 12, c. 2-*bis*, 2-*ter* l. n. 287/1990 rinvia all'art. 14, c. 5 (Cfr. altresì gli artt. 9 e 10 del d.P.R. n. 217/98); l'art. 2, c. 20, l. 14 novembre 1995, n. 481 applicabile alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (ARERA, AGCOM, ART); nel settore dei mercati finanziari cfr. l'art. 187-*quindices* TUF e l'art. 144 TUB. In materia di obblighi di trasparenza e di prevenzione della corruzione ANAC: l'art. 222, co. 13, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e il «Regolamento sull'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici» adottato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023 nonché le «Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni».

scrizioni interne, anche orali; b) di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative; c) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo»¹⁹⁹.

In questi casi, dunque, la cooperazione dei privati è indotta dalla “minaccia” della misura afflittiva, la quale dunque è strumento di *enforcement* dell’obbligo di collaborazione, senza però incidere sulla natura dell’intervento amministrativo che rimane non coercitivo, dato che il soggetto può anche rifiutarsi di adempiere all’ordine o all’invito, accettandone le relative conseguenze²⁰⁰.

6.3. L'estensione delle garanzie difensive delle sanzioni c.d. «punitiva» nei procedimenti di vigilanza

Una volta illustrato brevemente il sistema, è possibile concentrarsi sul profilo problematico che interessa segnalare che riguarda proprio le implicazioni che si stanno producendo sulle garanzie procedurali e sul regime di efficacia degli ordini di vigilanza (ispettiva e informativa) dato l’intreccio di poteri che caratterizza il sistema delle Autorità e l’applicazione della nozione di «sanzione punitiva».

Per effetto di alcuni recenti interventi giurisdizionali²⁰¹ e legislativi²⁰², in-

199 Per AGCM v. il comma 3 dell’art. 10 (Ispezioni) d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217. Per ARERA, AGCOM e ART v. artt. 7, co. 1 (Richieste di informazioni e documenti, e art. 8, co. 3 (Accessi e Ispezioni) d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244. Per ANAC v. l’art. 14 (Richiesta di informazioni, chiarimenti e documenti) del *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*.

200 A PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 227 secondo il quale l’ispezione è misura meramente obbligatoria «la cui attuazione richiede il concorso dell’inquisito, il quale a suo rischio e pericolo – rischiando cioè di subire eventuali sanzioni di natura penale, civile o amministrativa – può anche rifiutarsi di adempiere all’ordine o all’invito».

201 La Corte costituzionale con sent. n. 84 del 2021, in dialogo con la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (2 febbraio 2021, *DB c. Consob*, causa C-481/19), ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 187-*quindices* TUF nella parte in cui impone di sanzionare anche la persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

202 Cfr. l’art. 12, c. 2-*bis*, l. n. 287/1990 (per come modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 recante *Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*) a norma del quale «l’Autorità può in ogni momento richiedere a imprese e a enti che ne siano in possesso di fornire informazioni e di esibire documenti utili. Tali richieste di informazioni indicano le basi giuridiche su cui sono fondate le richieste, sono proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un’infrazione degli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge».

fatti, è stata riconosciuta una deroga al generale obbligo di collaborazione gravante sui soggetti vigilati, cui è stato riconosciuto il diritto al silenzio anche nei procedimenti di vigilanza.

Il caso è noto, e ampiamente commentato in dottrina, perciò è sufficiente richiamarne gli esiti.

La Corte costituzionale, previo rinvio pregiudiziale alle Corte di Giustizia²⁰³, ha riconosciuto alle persone fisiche vigilate la possibilità di rifiutarsi di adempiere agli ordini delle Autorità se le informazioni richieste sono suscettibili di far emergere la loro responsabilità «per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo o per un reato»²⁰⁴, entro specifici limiti.

In primo luogo, si è precisato che la garanzia, dunque, opera per le dichiarazioni confessorie delle persone fisiche coinvolte in procedure suscettibili di condurre all'irrogazione di sanzioni amministrative «punitive» secondo i c.d. criteri *Engel*, valutazione che è rimessa al giudice nazionale²⁰⁵; ovvero, se la sanzione inflitta non ha coloritura penale, può essere fatta valere qualora «in base alla normativa nazionale, gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura siano utilizzabili in un procedimento penale, intentato nei confronti di questa stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di reato»²⁰⁶. In secondo luogo, la Corte ha precisato che in ogni caso «il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, quali un rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista dalle autorità o manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa»²⁰⁷.

203 Corte giust., 2 febbraio 2021, *DB c. Consob*, causa C-481/19, in *www.curia.europa.eu.*, su cui, tra i molti, v. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*, in *Sistema Penale*, 2021, 73 ss; G. DELLA CANANEA, *Common constitutional traditions taken seriously: the right to remain silent in administrative procedure*, in *Italian Journal of public Law*, 1, 2022, p. 275 ss.

204 Si veda, in particolare, Corte cost., ordinanza n. 117 del 2019, su cui v., tra gli altri, G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020; G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2, 2020, p. 579; e Corte cost., sent. n. 84 del 2021, su cui, tra i molti, v. E. BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri d'indagine di Banca d'Italia e Consob*, in *Giur. cost.*, 2, 2021, p. 1048; I. SFORZA, *Il nemo detegere nelle audizioni Consob e Banca d'Italia: uno statuto ancora da costruire*, in *Sistema penale*, 2, 2022, p. 98.

205 *Ibidem* § 42.

206 *Ibidem*, § 44.

207 *Ibidem*, § 41.

Nonostante le richiamate precisazioni, i principi affermati dalle Corti sono stati oggetto di interpretazioni estensive. In particolare, una parte della dottrina ha sostenuto che le garanzie riconosciute dalla Corte costituzionale alle persone fisiche nell'ambito delle indagini per illeciti di *market abuse*, oltre che incidere sulle tecniche informative delle Autorità²⁰⁸, dovrebbero essere applicate in materia *antitrust* e anche a favore delle persone giuridiche²⁰⁹.

In più, si è proposto di ampliare la portata del diritto al silenzio al punto da includere non solo le dichiarazioni propriamente confessorie (come sancito dalla Consulta e dalla Corte di Giustizia), ma anche tutte le dichiarazioni e produzioni documentali astrattamente utilizzabili dall'Autorità contro il soggetto vigilato²¹⁰, nonché, addirittura, la reticenza ingannevole e il mendacio²¹¹.

In questo quadro, nonostante alcune differenze, le tesi di coloro che sostengono la possibilità di invocare il diritto al silenzio a fronte di doveri di collaborazione di secondo grado sono accomunate da due presupposti.

In primo luogo, una nozione estremamente lata di sanzione amministrativa di «natura penale». Da molte ricostruzioni, infatti, emerge una nozione di «materia penale» talmente ampia da ricomprendere tutte le sanzioni di un dato ambito (per es. il settore dei mercati finanziari, quello *antitrust*, quello fiscale e tributario) solo perché *alcune* delle misure applicate in quei contesti sono state riconosciute «punitiva» dalla giurisprudenza europea²¹². Tanto che si arriva a sostenere che possono giustificare un rifiuto di collaborare le condotte punite con sanzioni pecuniarie di modesta entità²¹³, e finanche i comportamenti che

208 Così v. M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. banc.*, 3, 2022, sez. II, pp. 689-733.

209 In questi termini v. M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, cit., p. pp. 726-733; E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio, Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022, pp. 117-121.

210 V. E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, cit., pp. 117-121; M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, cit., pp. 726-733.

211 E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, cit., pp. 145-155.

212 Cfr. E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, cit., p. 243 che critica l'orientamento della Corte di Cassazione che esclude la natura punitiva alle sanzioni irrogabili da Consob e Banca di Italia diverse da quelle previste in materia di abusi di mercato.

213 V., per es., A. MARCHESELLI, *Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali*, *Riv. tel. dir. trib.*, 1, 2021, p. 131 che ritiene «sicuramente punitiva», pur riconoscendo la non elevata entità dell'importo (minimo di 250 e massimo di 2000 euro), la sanzione prevista per chi ometta di rispondere alle richieste istruttorie dell'Agenza delle Entrate. Negli stessi termini v., A. MARINELLO, *Diritto al*

possono determinare «conseguenze sfavorevoli anche ulteriori e diverse» (c.d. «sanzioni improprie»²¹⁴) quali la perdita di un beneficio (detrazione o diritto di rivalsa), la previsione di preclusioni probatorie o di oneri (come l'assoggettamento del contribuente al c.d. accertamento induttivo) previsti come conseguenza per la mancata collaborazione²¹⁵.

In secondo luogo, le varie ricostruzioni avallano l'idea che la (asserita) natura afflittiva delle misure irrogabili (nei contorni appena evidenziati), attrae l'intero procedimento di indagine all'interno del perimetro applicativo delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

Seguendo questa prospettiva nei settori considerati, la potenziale strumentalità dell'attività di vigilanza rispetto all'esercizio della funzione sanzionatoria varrebbe di per sé a determinare l'applicazione di tutte le garanzie proprie della materia penale.

6.4. I profili problematici

La questione esaminata è complessa e l'approdo a cui è giunta la giurisprudenza è molto rilevante. In primo luogo perché è stato il frutto di un virtuoso "dialogo" tra le Corti²¹⁶ che ha portato ad individuare una soluzione uniforme, aspetto «tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità»²¹⁷.

Inoltre, la decisione finale ha prodotto un innalzamento dello *standard* di

silenzio e sistema tributario: il processo di osmosi tra Corte Europee e Corti nazionali innalza lo standard di tutela del contribuente, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2, 2022, pp. 654-656.

214 Su cui v., tra gli altri, L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni improprie nel sistema tributario*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da A. GIOVANNINI, A. DI MARTINO, E. MARZADURI, Milano, 2016, p. 1317 ss; ID., *Sanzioni improprie e imposizione tributaria*, in L. PERRONE, C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 519 ss.

215 A. MARCHESELLI, *Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio*, cit., pp. 131-134; v. anche A. MARINELLO, *Diritto al silenzio e sistema tributario: il processo di osmosi tra Corte Europee e Corti nazionali innalza lo standard di tutela del contribuente*, cit., pp. 658-664 il quale però esclude che la medesima conclusione valga per l'accertamento induttivo extracontabile, ritenendo che non abbia connotazione sanzionatoria.

216 Sull'importanza data dalla Corte costituzionale allo sviluppo della cooperazione intergiurisdizionale si vedano G. LATTANZI, *Relazioni sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, p. 18-21; M. CARTABIA, *Relazioni sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2019*, p. 6, 14-15; G. CORAGGIO, *Relazioni sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020*, p.18-20 tutte pubblicate in www.cortecostituzionale.it.

217 Cfr. Corte cost. sent. n. 149 del 2022 relativa alla dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio del *ne bis in idem* in un caso di doppio binario sanzionatorio in materia di diritto d'autore.

tutela delle persone fisiche esposte al rischio di essere punite con misure afflittive molto gravi nell'ambito di un sistema a doppio binario sanzionatorio, in forza del quale i medesimi fatti possono essere puniti sia in sede penale che in sede amministrativa (sempre con misure sostanzialmente penali). In questo quadro non si può che convenire con la Corte costituzionale quando afferma che a fronte «di simili scenari sanzionatori» pareva necessario il riconoscimento, «in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato» (cfr. ord. n. 117 del 2019).

Nondimeno, vi sono alcuni aspetti su cui conviene porre l'attenzione perché potrebbero essere forieri di implicazioni non pienamente auspicabili.

Infatti, le interpretazioni estensive avanzate in dottrina, in parte avallate da alcuni profili di ambiguità della sentenza n. 84 del 2021²¹⁸, hanno l'effetto di ridimensionare gli obblighi informativi dei soggetti vigilati (non ancora formalmente indagati), con il rischio di depotenziare uno degli strumenti su cui si basa l'attività conoscitiva dell'Autorità, utile anche allo svolgimento dell'attività di regolazione e di vigilanza nel loro complesso.

Infatti, l'estensione delle garanzie della materia penale ai procedimenti di vigilanza *tout court*, solo perché potenzialmente prodromici all'adozione di qualsiasi sanzione amministrativa, potrebbe determinare una sorta di “penalizzazione” delle misure amministrative afflittive (anche se con finalità inibitoria, ripristinatoria, risarcitoria etc.)²¹⁹.

218 In particolare non è completamente chiaro se la garanzia riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 84 del 2021 comprenda soltanto il privilegio contro l'autoincriminazione, dato che si riferisce alle dichiarazioni da cui può emergere una responsabilità per un illecito punito con sanzione amministrativa «punitiva» ovvero per un reato, oppure se possa implicare un vero e proprio *right to remain silent* poiché in un passaggio dell'argomentazione si richiama le dichiarazioni auto-indizianti «da cui possono emergere informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita».

219 È quello che fa una parte della dottrina che enfatizzando, tra i criteri *Engel*, quello dell'afflittività arriva non soltanto a sostenere la “pan-penalizzazione” delle sanzioni amministrative, ma anche la possibilità di ricondurre sotto i principi dell'art. 6 CEDU tutti i provvedimenti amministrativi con effetti afflittivi (anche se con finalità non punitiva) con quel che ne deriva in termini di garanzie procedurali e di intensità del sindacato giurisdizionale. In questo senso v. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 1338. Su queste basi una dottrina più recente ha analizzato i poteri ispettivi muovendo dal presupposto di dover verificare, tra l'altro, se questi rispettino i principi dell'art. 6 CEDU (M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit., spec. pp. 191-199), muovendo dal presupposto che questi si applichino non solo ai poteri e provvedimenti sanzionatori ma anche

In questa prospettiva, oltre che la coerenza con le fonti nazionali²²⁰ ed europee²²¹, vi sarebbe da verificare se l'anticipazione di queste regole già alla fase di vigilanza non potrebbe risultare sproporzionata, correndo il rischio di offrire un'iper-garanzia alle posizioni soggettive dei soggetti vigilati, con pregiudizio per l'efficacia dei controlli.

Il che non significa – merita precisare – che si debba negare al vigilato tutele adeguate, ma che, in termini generali, è da valutare se non sia opportuno disciplinare in modo specifico e differenziato le garanzie difensive da riconoscere in sede di vigilanza, al fine di trovare un equilibrio fra le esigenze di tutela dei vigilati e le esigenze di salvaguardia dell'effettività del *public enforcement*.

7. Distinzione e tipizzazione dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti

L'analisi fin qui svolta ha messo in rilievo le implicazioni che ha determinato e sta determinando la “concentrazione-confusione” dei poteri che caratterizza il sistema delle Autorità amministrative indipendenti, sul regime procedimentale dell'attività sanzionatoria e su quella di vigilanza.

Entrambe le tendenze non sono però coerenti con il sistema costituzionale e sovranazionale cui devono ispirarsi i poteri in esame, da cui si ricava un'esigenza di tipizzazione e distinzione dei poteri con conseguente differenziazione dei regimi giuridici a questi applicabili. Tale esigenza emerge sia dalle norme che riconoscono i diritti fondamentali su cui i poteri incidono (§ 7.1.), sia dai

ai poteri e provvedimenti autoritativi perché particolarmente afflittivi o perché prodromici (anche solo potenzialmente) all'avvio di un procedimento sanzionatorio.

²²⁰ Il legislatore italiano, nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (art. 35, l. 5 agosto 2022, n. 118), nel prevedere il potere dell'AGCM di richiedere «*in ogni momento*» (e, dunque, anche prima del formale avvio di un'istruttoria) «a imprese e a enti che ne siano in possesso di fornire informazioni e di esibire documenti utili», ha utilizzato una formula che pare incentrata sul diritto a ‘non auto-incolparsi’ e che richiama quella del Considerando n. 23 del Regolamento CE n. 1/2003 («[t]ali richieste di informazioni indicano le basi giuridiche su cui sono fondate le richieste, sono proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un'infrazione degli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge») nonché quella utilizzata dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. § 6.2.)

²²¹ Come ricordato la Corte di Giustizia e il diritto europeo derivato (direttiva 2016/342/UE), continuano a escludere che il principio del *nemo tenetur se detegere* operi per le persone giuridiche e lo circoscrivono nei limiti del *privilege against self-incrimination*. Inoltre, l'assunto andrebbe passato al vaglio anche della dottrina Engels, perché i provvedimenti di vigilanza di per sé non hanno sempre un elevato grado di afflittività e non hanno finalità punitiva (semmai preventiva o ripristinatoria); pertanto, rispetto ad essi non si pongono le medesime esigenze di tutela che vengono in rilievo a fronte della potestà sanzionatoria.

principi fondamentali che devono orientarne la disciplina (§ 7.2.).

7.1. I fondamenti (costituzionali, convenzionali, europei) dal punto di vista delle norme sui diritti

La dimensione multilivello (costituzionale, europea, internazionale) del principio di legalità, oggi consacrata nell'art. 117, c. 1. Cost., insieme alla vigenza delle Carte dei diritti (la CEDU e la CDFUE) e alla giurisprudenza delle Corti europee applicativa delle stesse, hanno fatto emergere che i principi fondamentali sull'esercizio del potere rilevano e sono declinati innanzitutto come diritti della persona.

In questo quadro, l'aspetto particolarmente significativo dell'evoluzione più recente è la tendenza all'integrazione dei parametri costituzionali con quelli delle Carte europee²²² in linea con l'idea per cui «la missione essenziale dei diritti fondamentali è quella di fissare altrettanti limiti invalicabili all'azione dei poteri dello Stato (legislativo, amministrativo, giudiziario), in nome della tutela di un nucleo centrale di interessi della persona stessa, riconosciuti come non disponibili da parte della collettività»²²³.

Emblematico è stato, per le funzioni di amministrazione attiva, l'art. 41 CEDU, che declina in termini di diritto ad una buona amministrazione, rispettivamente, i principi di imparzialità, di eguaglianza sostanziale, di tempestività, di trasparenza-accessibilità, l'obbligo di motivazione e la responsabilità da fatto illecito delle Istituzioni pubbliche²²⁴. Il medesimo mutamento di prospettiva si

222 In questa prospettiva assume particolare rilevanza il 'dialogo' fra le Corti, nazionali ed europee, che si è sviluppato a seguito della dottrina della "doppia pregiudizialità" elaborata a partire da Corte cost., sent. n. 269 del 2017. Sul tema si veda, tra gli altri, G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 2925 ss; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali, costituzionali ed europei*, in *Quaderni cost.*, 1, 2018, p. 197 ss; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020; C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.

223 Così F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 481 ss, lo stesso Autore ha ulteriormente sviluppato la riflessione, con riferimento al diritto penale, in ID., *Diritto penale e diritti della persona*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Paliero*, Milano, 2022, pp. 845-874 pubblicato anche in *Sistema penale*, 13 marzo 2023.

224 In questa prospettiva si veda C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e diritti e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 255 ss. Sull'art. 41 CDFUE si veda

è avuto per la potestà sanzionatoria amministrativa: grazie alla più recente giurisprudenza, CEDU e costituzionale, hanno progressivamente acquisito centralità i diritti sanciti dagli art. 6, 7 CEDU e dagli artt. 47, 48, 49 CDFUE. In questo modo, la giurisprudenza ha fatto emergere come i principi costituzionali ritenuti tradizionalmente da applicare alle sanzioni amministrative in senso tecnico (*i.e.* aventi finalità propriamente punitive) rilevano anche in termini di diritti fondamentali della persona²²⁵.

Ebbene, come emerge dal testo delle disposizioni citate, il grado di protezione che ricevono i diritti in questione è sensibilmente diverso. Ciò si spiega – qui sta il punto che interessa evidenziare – sia in ragione della diversa intensità con cui possono essere incisi/limitati dai poteri di amministrazione attiva o da quello punitivo, sia dal diverso assetto che assume l'equilibrio tra gli interessi del singolo e gli interessi della comunità (e conseguentemente tra individuo e potere pubblico) nel quadro delle diverse funzioni. Quest'ultimo profilo incide sul modello procedimentale da applicare all'esercizio delle diverse funzioni.

Per tali ragioni, pare necessario (ri)condurre al corretto e (diverso) fondamento costituzionale e convenzionale i diversi poteri affidati alle Autorità indipendenti.

I poteri di regolazione e di vigilanza concretizzano funzioni di amministrazione attiva il cui esercizio, di regola, dà luogo ad una vicenda amministrativa “multipolare” e si esplica mediante una pluralità di atti e di operazioni materiali che mirano a soddisfare in via immediata gli interessi pubblici. Perseguono dunque finalità (non punitive ma) inibitorie, ripristinatorie, risarcitorie etc.. ed esplicano effetti direttamente riconducibili alla protezione di una pluralità di interessi.

È per questo che devono essere ricondotti sotto l'ambito applicativo degli artt. 23, 97 Cost. e 41 CEDU: l'ordinamento definisce un certo equilibrio (in-

anche D. U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 601 ss; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 537 ss.

225 F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, cit. p. 492 «in una prospettiva di tutela integrata» quel che rileva è se una «disposizione sia o meno compatibile con il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* nella sua dimensione di diritto fondamentale della persona, riconosciuto assieme a livello costituzionale e sovranazionale».

dividuo-comunità e, dunque, libertà-autorità) che può richiedere che il destinatario dell'azione amministrativa subisca delle limitazioni nei propri diritti e sia gravato da obblighi (procedimentali e finali) necessari a soddisfare l'interesse generale; un equilibrio che, in definitiva, implica che l'amministrazione abbia la disponibilità dell'assetto di interessi.

Pertanto, fermo restando l'esigenza di predeterminazione delle regole in base alle quali devono essere svolte le funzioni di vigilanza, soprattutto ispettiva (aspetto su cui sarebbe senz'altro opportuno che vi fossero delle discipline uniformi, anche di livello europeo²²⁶) è ammissibile che tanto il modello procedimentale quanto l'ampiezza delle garanzie difensive da riconoscere al soggetto vigilato siano diversi da quelli riconosciuti in sede sanzionatoria e che siano definiti tenendo conto anche delle esigenze di effettività dell'azione di controllo.

Diversamente la potestà sanzionatoria, anche quando esercitata dall'amministrazione, è espressione di potestà punitiva che deve essere sottoposta ad uno specifico e differenziato regime giuridico, riconducibile agli artt. 25, 97 Cost., 6, 7 CEDU. L'evoluzione della giurisprudenza CEDU e costituzionale in materia sanzionatoria, infatti, ha dimostrato che nell'accertamento degli illeciti le Autorità amministrative perseguono una finalità punitiva, omogenea a quella perseguita con la sanzione penale²²⁷, finalità che è ulteriore rispetto al fine di cura degli interessi pubblici affidata alla loro competenza e rispetto alla quale i diritti individuali reclamano garanzie coerenti e adeguate.

Quando l'ordinamento sceglie di prevedere e fare applicare una sanzione in senso tecnico assegna al comportamento illecito un particolare disvalore e dunque, nel sanzionare, persegue una finalità *specificata e ulteriore* (rispetto a quella di tutela dell'interesse pubblico)²²⁸, una finalità 'repressiva' anche in funzione

226 Sui limiti della disciplina europea in materia di poteri ispettivi delle Autorità di regolazione e vigilanza e sulla opportunità di discipline uniformi nei diversi settori si veda F. GHEZZI, B. MARCHETTI, *La proposta in materia di direttiva europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 5, 2017, p. 1015 ss e l'ampia analisi di M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit..

227 Omogeneità che, peraltro, si poteva ricavare già dal principio di specialità previsto dall'art. 9 l. n. 689/1981, su cui v. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 583; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 311. Per l'applicazione del metodo teleologico che consente di «ricavare gli specifici caratteri della sanzione amministrativa dagli scopi ad essa attribuiti dal legislatore» v. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., § 5.

228 Così, chiaramente, Corte cost. n. 151 del 2021.

deterrente, sul piano generale e individuale²²⁹.

La potestà sanzionatoria, dunque, è espressione di un'attività *giustiziale* che dà luogo ad una vicenda amministrativa da configurare in termini tendenzialmente "bipolari", riguardando direttamente il soggetto che ha posto in essere la violazione, con conseguente limitazione della rilevanza giuridica degli interessi dei terzi (imprese concorrenti, consumatori, utenti etc..) che sono avvantaggiati più dalle misure preventive e di vigilanza che non dalla sanzione in sé.

Tali elementi giustificano la specialità della disciplina in materia di sanzioni amministrative (anche non sostanzialmente penali), nel senso di un "rafforzamento" delle istanze garantiste a favore del destinatario e impongono determinate qualificazioni giuridiche dell'attività e dell'atto con cui è esercitata, in attuazione dei principi di stretta legalità, imputabilità e colpevolezza, previsti dalla l. 689 del 1981 che a lungo la giurisprudenza ha interpretato e applicato in modo molto riduttivo, ma che di recente sta rivalutando²³⁰.

In definitiva, il percorso di riconsiderazione dei poteri pubblici sotto l'angolo visuale dei diritti della persona, offre elementi utili per fare emergere la diversa ratio dei limiti sostanziali e di forma cui devono essere subordinati i poteri di vigilanza e quelli sanzionatori, per essere conformi alle coordinate della odierna dimensione della legalità (costituzionale, europea e convenzionale).

7.2. I fondamenti dal punto di vista dei principi sul potere

Dal punto di vista del potere, la questione si coglie in modo particolare

229 C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 102 ss.

230 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2024, n. 12 che qualifica la revoca del *rating* di legalità e il divieto di ripresentare la domanda di attribuzione del *rating* per un anno dalla cessazione del motivo ostativo, in caso di inottemperanza agli obblighi informativi gravanti sull'impresa, come sanzioni in senso stretto e ritiene necessaria la prova della sussistenza dell'elemento soggettivo. In particolare (al § 1.3.) si afferma che: «senza necessità di stabilire se le sanzioni di cui all'articolo 7, commi 2 e 3, del Regolamento abbiano anche natura "sostanzialmente penale" ai sensi della giurisprudenza della CEDU, si applicano a tali provvedimenti i principi e le regole previsti in materia di sanzioni amministrative dalla Legge 24 novembre 1981, n. 689 e, pertanto, deve sussistere in capo alla società sanzionata l'elemento soggettivo».

considerando il principio di legalità²³¹, nella sua funzione garantista²³² che trova fondamento nel principio personalista e in quello di giustiziabilità degli atti amministrativi.

Sotto un primo profilo, il fatto che la disciplina legislativa debba fondare e delimitare il potere pubblico è diretta conseguenza del principio personalista su cui si fonda lo Stato di diritto costituzionale²³³, in base al quale la libertà della persona 'viene prima' del potere dello Stato e degli interessi dei gruppi sociali cui l'individuo può appartenere.

Di conseguenza l'intervento pubblico limitativo delle libertà individuali deve essere autorizzato dalla legge (artt. 23, 97 Cost.) e deve essere giustificato da uno degli scopi che la Costituzione affida alle istituzioni della Repubblica: garantire la tutela delle libertà altrui (art. 2 Cost.), agire per ridurre le disuguaglianze di fatto, promuovere i fattori abilitanti della partecipazione attiva dei

231 Sul principio di legalità è impossibile dare indicazioni bibliografiche esaustive, data la vastità del tema e la quantità dei contributi dottrinali. Senza pretesa di completezza si rinvia a F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1988, spec. 620 ss; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, *ivi*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 ss; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965, p. 155 ss; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in ID., *Amministrazione e Costituzione*, 1996; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dir. pubbl.*, IX, Torino, 1994; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 117 ss; ID., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in A.A. V.V., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, 2008, p. 21 ss; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, *ivi*; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 4-22; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SATTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79-90; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, p. 433 ss; F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2016, supplemento, p. 83 ss; E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Esi, 2022, p. 55 ss.

232 Sulla duplice funzione del principio: legalità-indirizzo e legalità-garanzia v. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 16-17; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, pp. 36-38.

233 Su cui, tra i molti, v. P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Stato di diritto. Storia, teoria critica*, Milano, 2002 e *ivi* in particolare i saggi di D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 17 ss; P. COSTA, *Stato di diritto: un'introduzione storica*, p. 89 ss; L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, p. 387 ss; di recente si veda i contributi raccolti in M. GREGORIO, B. SORDI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti (Firenze, 10 marzo 2023), Milano, 2023.

cittadini e del pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.)²³⁴, assicurare tutela agli interessi diffusi e collettivi che difficilmente trovano garanzia in forma differenziata (artt. 9, 41, c. 2 e c. 3 Cost.).

Sotto altro profilo, la previsione dei fini e dei modi di esercizio del potere amministrativo si giustifica per la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale (artt. 24, 113 Cost.): la pre-determinazione legislativa degli elementi essenziali degli atti amministrativi offre al giudice un parametro di raffronto sulla base del quale verificarne la legittimità. Per rendere possibile la verifica del giudice, a sua volta sottoposto soltanto alla legge (art. 101 cost.), è necessario che la norma fornisca un parametro sufficientemente stringente²³⁵.

A tutela di queste esigenze, operano i due corollari del principio di legalità: il principio di nominatività e il principio di tipicità²³⁶, in base ai quali i provvedimenti amministrativi devono trovare fondamento in puntuali norme di legge che stabiliscano il fine pubblico da perseguire, il contenuto, l'oggetto e gli effetti giuridici che possono produrre²³⁷.

Secondo le ricostruzioni prevalenti, nel principio di nominatività trova espressione la legalità in senso formale, soddisfatta dalla presenza di un fondamento legislativo alla base dell'esercizio del potere, mentre il principio di tipicità soddisfa anche un'esigenza di legalità sostanziale²³⁸, assicurando una disciplina idonea a circoscrivere i margini di discrezionalità mediante la previa determinazione degli elementi dell'atto²³⁹. In applicazione di tale principio, dunque, viene definito l'ambito di incidenza del potere autoritativo sulla sfera di libertà degli individui.

234 Si veda, da ultimo, E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 561

235 L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Milano, 1990, p. 5. Il collegamento tra art. 113 Cost. e principio di legalità è affermato già in Corte cost., 22 dicembre 1964 n. 118, in *Giur. cost.* 1964, 1189.

236 Sul tema, di recente, v. A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2-3, 2020, p. 529 ss; E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, cit., p. 548 ss; L. PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità degli atti amministrativi*, Genova 2003.

237 D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 107-109; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2023, p. 37; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 34.

238 V., già, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 551. Più di recente P. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

239 Di particolare rilievo in questo senso la nota sentenza Corte cost. 7 aprile 2011, n.115.

Quanto al fondamento, il principio di tipicità trova enunciazione generale negli artt. 23 e 97 Cost., nonché previsione specifica nelle singole norme della Costituzione e delle Carte europee che ammettono la previsione di limiti legali alle libertà e ai diritti individuali. Quanto ai contenuti, il principio si articola essenzialmente in due profili: la tassatività *dei tipi di atto* (esistono soltanto gli atti amministrativi definiti dalla legge ed è escluso che l'amministrazione possa emanare atti di diverso tipo, da essa stessa articolati e definiti) e la *determinatezza* della previsione normativa che attribuisce il potere (non basta una mera attribuzione di potere, ma occorre una descrizione articolata e puntuale dei presupposti, dell'oggetto, degli effetti giuridici che possono scaturire)²⁴⁰.

7.3. Segue. la rilevanza del principio di tipicità

Per quanto qui direttamente interessa, va tuttavia considerato che, nella prospettiva costituzionale, la tipicità è da riferire ai poteri (prima ancora che agli atti) e non è sintetizzabile in un unico modello, avendo un'intensità diversa rispetto alle varie forme di azione amministrativa²⁴¹.

Secondo l'impostazione che pare preferibile, la tipicità è strettamente legata al carattere dell'imperatività²⁴², ovvero alla capacità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica a prescindere dal consenso dell'interessato²⁴³. Non

240 In questo senso v., tra gli altri, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 107 secondo il quale la tipicità «si articola nel senso che spetta ordinariamente alla legge individuare gli atti che possono avere effetti autoritativi, stabilire quali siano questi effetti, prevedere in presenza di quali presupposti possano essere presi, quali organi abbiano la competenza ad emanarli seguendo quale procedimento»; v. anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, p. 65.

241 A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., p. 530.

242 Sulla tesi per cui la tipicità riguarda soltanto l'attività amministrativa autoritativa v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, p. 82; ID., *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Aldo Piras*, Milano, 1996 (ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, p. 493 ss); D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 760; ID., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, Milano, 2010. Per una diversa tesi, in base alla quale la tipicità per gli atti autoritativi discenderebbe dal principio di legalità, mentre per gli atti non autoritativi discenderebbe dalle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 616, richiamato da E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, cit., p. 560. In senso critico sul rapporto tra tipicità e imperatività v. anche B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 391 ss.

243 Sulla controversa nozione di imperatività (o autoritatività del provvedimento) si vedano almeno gli scritti di M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 157 ss.; ID., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 988 ss; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; M.

opera dunque per l'attività di prestazione in senso stretto e per l'attività amministrativa consensuale²⁴⁴.

Inoltre, anche rispetto ai poteri autoritativi – e qui sta il profilo che interessa sottolineare – può assumere “graduazioni” diverse in relazione alle finalità e agli effetti del singolo potere.

La ragione di ciò è presto spiegata: in base ai principi dello Stato costituzionale di diritto e del sistema multilivello di fonti sovranazionali²⁴⁵, per cui l'amministrazione partecipa alla realizzazione del progetto costituzionale²⁴⁶, il rapporto tra legge e attività amministrativa si è arricchito di elementi di complessità²⁴⁷ che condizionano anche la portata del principio di tipicità²⁴⁸.

In primo luogo, come risulta evidente, l'individuazione dell'interesse pubblico da perseguire è affidata non solo alla norma attributiva del potere ma anche alle norme che definiscono i compiti e le finalità del soggetto pubblico competente, nonché alle disposizioni, di diverso livello, che disciplinano la materia nel suo complesso²⁴⁹.

D'altra parte, l'esigenza di predeterminazione dei criteri e dei parametri

RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 20; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1 ss.

244 Sul tema v. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; rispetto agli accordi di diritto pubblico, v. C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, p. 85 ss; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, Torino, 2003, p. 214 ss.

245 V. VIGLIOTTI, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 371 parla di «prospettivismo della legalità, intesa come la constatazione, cioè, che vi sono tante legalità quante sono le prospettive da cui la si osserva, insieme con la perdita del ruolo protagonista della sua fonte eponima, che non è più in grado di definirne i confini e di deciderne i contenuti» fa riferimento alle plurime legalità: costituzionale, comunitaria, convenzionale, legalità penale internazionale, legalità globale.

246 Al riguardo, v. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in ID., *Amministrazione e Costituzione*, 1996. Più di recente la prospettiva è valorizzata da A. PIOGGIA, *La Costituzione e il diritto amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, cit., p. 43 ss.

247 Rispetto alla concezione dell'attività amministrativa come meramente esecutiva della legge teorizzata da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, p. 281 ss poi pubblicato in *Scritti vari di diritto pubblico*, 1955, p. 203 ss.

248 A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., p. 538 «il canone della tipicità, pur affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in termini pressoché perentori, ha subito e continua a subire alcune deroghe sistematiche».

249 S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., pp. 9-10 che considera i vari fattori che «relativizzano» la centralità del c.d. «interesse pubblico primario» e rendono sempre più complessa la sua individuazione nel caso concreto.

che consentono di circoscrivere l'esercizio del potere e di permetterne uno scrutinio giurisdizionale efficace non è soddisfatta sempre e soltanto dalle fonti primarie (nazionali o europee). Ciò spesso non sarebbe possibile e, talvolta, neppure auspicabile²⁵⁰. Pertanto, in molti settori – dalla regolazione delle attività economiche al funzionamento dei servizi pubblici anche sociali – si fa sempre più ricorso a una normazione “elastica” in virtù della quale è la stessa legge a “dilatare” l'ambito dei poteri amministrativi, attraverso il ricorso a clausole generali²⁵¹ e a concetti indeterminati²⁵², che richiedono di definire gli obiettivi da realizzare rispetto ad ambiti circoscritti e di calarli sulle singole circostanze concrete.

È evidente, dunque, che il canone della legalità-tipicità trova significativi “temperamenti” e continua ad operare soprattutto come «regola sull'interpretazione delle norme attributive di poteri amministrativi: regola che “si traduce anche in un fattore di precomprensione delle disposizioni di diritto amministrativo” che impone all'interprete di assumere che “la norma sul potere amministrativo abbia sempre un contenuto precettivo sostanzioso, ancorché maggiore di quello enunciato dal testo della disposizione”»²⁵³.

Ebbene, in ragione di questa complessità e dell'operazione interpretativa

250 Al riguardo è significativa la recente prospettazione, da parte della Corte costituzionale, di una riserva di amministrazione nei confronti del legislatore, da intendersi in termini di riserva di procedimento: cfr. Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69; Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116; Corte cost., 4 agosto 2021, n. 177. Sul tema, si veda S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 725 ss; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

251 Sulle clausole generali, *ex multis*, E. FABIANI *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 183 ss. Nella dottrina amministrativa, tra gli altri, v. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1191 ss; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2007; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012; L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309; ss; M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, Pisa, 2021.

252 Sui concetti giuridici indeterminati e sulla complessa distinzione tra le varie formule (norma elastica, concetto indeterminato, clausola generale) v., *ex multis*, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit.; E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, 'standards' valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3556 ss; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 ss.

253 E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, cit., p. 63 che, a sua volta, richiama A. TRAVI, *Tipicità degli atti e 'potere amministrativo'*, cit., pp. 532-533

che questa richiede, il canone della tipicità va “calibrato” sul tipo di potere autoritativo che viene in rilievo e sui diritti su cui incide. Ciò perché quale sia il grado di determinatezza della disciplina di un certo potere, non è questione che possa essere completamente definita in astratto, ma dipende dai valori che esso coinvolge²⁵⁴. Rilevano le riserve di legge e il carattere assoluto o relativo delle stesse nonché le finalità del potere; ma rilevano anche i margini di “comprimibilità” e, ad un tempo, le esigenze di tutela che la Costituzione e le Carte europee ammettono e prefigurano per i diversi diritti.

Riportando queste considerazioni all’oggetto della presente analisi, si può dunque considerare fisiologico che il grado di determinatezza della norma attributiva dei poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione delle Autorità indipendenti possa variare in ragione delle diverse finalità e degli effetti che ciascuno è destinato a produrre sui diritti individuali.

Il dato è confermato, per esempio, nel quadro della problematica questione dei c.d. poteri impliciti che trova diversa soluzione a seconda che ci riferisca ai poteri di *rule making*, ovvero a poteri che si svolgono mediante atti autoritativi, di carattere ablatorio e conformativo, o a poteri sanzionatori²⁵⁵.

Per i primi, che si esercitano mediante atti generali non immediatamente incidenti nella sfera soggettiva degli interessati, è ammissibile – seppur entro certi limiti sottoposti al controllo giurisdizionale – l’esercizio di un potere ricavato in via interpretativa dalla norma di attribuzione; per i secondi, che incidono in modo diretto sulla sfera giuridica dei destinatari, è sempre necessaria una *previa ed espressa* disposizione di legge; mentre per i poteri sanzionatori (punitivi) è necessario non solo che il conferimento di potere sia previo ed espresso, ma anche che siano *previamente determinati in modo sufficientemente certo* gli elementi essenziali (presupposti, tempi, effetti). Non è casuale, del resto, che la legge generale in materia di sanzioni amministrative declini il principio in termini di «stretta legalità»²⁵⁶.

254 E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, cit., pp. 565-567.

255 Sul punto v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 731; S. SPUNTARELLI, *Poteri impliciti*, cit., p. 948 e 955; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., p. 87- 88.

256 Come osservato già da P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 593.

Considerazioni analoghe valgono per la dimensione procedimentale del potere che pure è soggetta al principio di legalità-tipicità. Come osservato, infatti, «gli atti istruttori e strumentali idonei a condizionare l'esito del procedimento, e perciò la decisione finale, sono soggetti anch'essi ad un canone di tipicità»²⁵⁷ nel senso che devono trovare fondamento nelle norme che regolano lo specifico potere e devono risultare coerenti e proporzionati rispetto alle finalità e al carattere del potere esercitato.

I vari istituti procedimentali (il termine, la partecipazione, il contraddittorio, la conoscenza degli atti etc.) trovano dunque diversa declinazione in relazione al tipo di funzione esercitata²⁵⁸.

La legge n. 241/1990, del resto, prevede una cornice di regole generali, ma non definisce un unico modello. Al contrario, offre la base legittimante per molteplici varianti per quanto attiene al rapporto tra l'organo responsabile della fase istruttoria e l'organo con potere decisionale e per quanto riguarda i possibili modelli di partecipazione²⁵⁹.

Ciò perché – anche sul piano procedimentale – l'equilibrio costituzionalmente compatibile tra le esigenze di garanzia (degli interessi privati e dell'interesse pubblico) e le esigenze di efficienza ed effettività, deve essere basato sulla considerazione dei diritti su cui incide il singolo potere, di volta in volta esercitato, e sullo scopo perseguito²⁶⁰.

8. Autorità indipendenti: garanzia delle libertà e giustizia nei mercati

Tanto considerato, per risolvere le criticità evidenziate sembra necessario ridefinire lo statuto disciplinare delle funzioni delle Autorità indipendenti. Si è consapevoli che si tratta di un'operazione tutt'altro che semplice perché in gioco vi è la necessità di individuare un giusto equilibrio fra le esigenze di tutela dei diritti dei soggetti vigilati e l'esigenza di salvaguardare l'effettività dell'attivi-

257 A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., p. 538

258 In questi termini v. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss; da ultimo v. T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., pp. 27-29.

259 In termini generali, sulle diverse forme e funzioni della partecipazione procedimentale v., tra gli altri, F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 943 ss; M. BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, p. 296 ss.

260 Sulla rilevanza del principio del contraddittorio e sull'esigenza di adeguare il modello di partecipazione alle esigenze del tipo di procedimento e degli interessi che coinvolge si veda, di recente, Corte cost. sent. n. 47 del 2023 in materia di procedimento tributario.

tà di prevenzione, controllo e repressione degli illeciti affidata alle Autorità, a sua volta funzionale alla protezione di interessi pubblici e privati di particolare rilevanza.

Tuttavia, la convinzione è che a tal fine sia doveroso tenere conto primariamente degli elementi di ordine sistematico appena richiamati, per come ricavabili dai principi costituzionali rilevanti in materia.

In quanto Istituzioni della Repubblica le Autorità indipendenti devono informare la loro azione ai principi dello Stato di diritto, quindi non possono essere veicolo di sistemi lesivi delle prerogative costituzionali: lo statuto procedimentale e sostanziale applicato ai loro atti deve essere coerente con le funzioni svolte e con i diritti su cui incidono. Da qui la necessità di adeguare i sistemi sanzionatori ai principi fondamentali del diritto punitivo, per come interpretati dalla Corte costituzionale e dalle Corti europee.

D'altra parte, in quanto apparati amministrativi, lo statuto della loro azione non può essere orientata all'esclusivo fine di tutelare le posizioni soggettive dei diretti destinatari (al pari di quanto avviene nell'esercizio della funzione giurisdizionale), ma deve essere salvaguardata anche la loro capacità di intervento a tutela degli altri diritti e interessi rilevanti.

Il modello sociale e pluralista, che caratterizza la nostra Carta costituzionale esclude che possano considerarsi valide quelle letture – avanzate nei primi anni '90 ma talvolta riproposte in dottrina – secondo le quali la “garanzia” che le Amministrazioni indipendenti devono assicurare è da riferirsi esclusivamente alle libertà economiche²⁶¹.

Al contrario, il tipo di intervento che l'ordinamento affida loro è funzionale all'equilibrio tra i diritti dei vari soggetti che “abitano” i mercati, all'insegna della realizzazione dei valori costituzionali di giustizia e di eguaglianza²⁶² su

261 Cfr. cap. I, § 2 anche per i relativi riferimenti bibliografici. Sul punto, da ultimo, v. M. MANETTI, *Potere e garanzie (Autorità indipendenti)*, cit., pp. 788-789.

262 Come messo in evidenza dalla dottrina anche se effetti redistributivi e lotta alle disuguaglianze non sono obiettivi direttamente affidati alle Autorità indipendenti, tuttavia il fisiologico contrasto alle tendenze monopolistiche, alle posizioni dominanti e agli extra-profitti a beneficio anche dei ‘soggetti deboli’ del mercato (lavoratori, PMI fornitrici o concorrenti etc.) può aumentare a condizione che le Autorità «considerino consapevolmente la ricaduta positiva della loro applicazione sull'uguaglianza economica, che diano priorità alle decisioni che potrebbero influenzare positivamente le persone a basso reddito, che sostengano politiche di welfare che creino maggiori opportunità e che contribuiscano a rendere l'impatto della concorrenza rafforzata meno ‘minaccioso’ per i perdenti». In questi termini v. A. BOITANI, A. PEZZOLI, *Antitrust e lotta alle disuguaglianze: obiettivo esplicito o esternalità consapevole?*, in *Mercato*

cui si poggia il progetto costituzionale²⁶³.

In questo quadro, la diversa tipizzazione dei poteri è necessaria e opportuna anche per salvaguardare l'effettività del *public enforcement*.

8.1. Distinzione organizzativa e differenziazione del regime giuridico applicabile ai poteri di regolazione-vigilanza e a quelli sanzionatori

È indubbio che la ricostruzione proposta avrebbe un impatto significativo, soprattutto sull'attività sanzionatoria²⁶⁴; ma alle possibili disfunzioni si potrebbe far fronte modificando l'assetto organizzativo e le regole di funzionamento del sistema attualmente vigente, in particolare sciogliendo il “nodo” della “confusione” dei poteri.

L'unitarietà della funzione di «governo dei mercati» affidata alle Autorità amministrative indipendenti non richiede necessariamente (anche) l'omogeneità del regime giuridico dei mezzi di azione; anzi, l'analisi svolta ha dimostrato che l'indistinzione tra le funzioni (e tra i relativi strumenti) può pregiudicare anche l'effettività dell'azione di *enforcement*.

In ogni caso, la sottoposizione del potere punitivo a discipline più garantiste non incide sulla possibilità di far ricorso agli altri poteri (cautelari, ordinatori, ripristinatori etc..) di cui dispongono le Autorità²⁶⁵, né impedisce di potenziare l'attività di vigilanza²⁶⁶, in aderenza al criterio di proporzionalità nella

concorrenza regole, 3, 2023, p. 19.

263 In questi termini, da ultimo, v. M. MANETTI, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, cit., p. 788-798, ma già N. MARZONA, *Consob e Costituzione*, in *Jus*, 1987, p. 213 faceva discendere la “legittimazione” costituzionale della Consob nella funzione, ad essa attribuita, di recupero dell'uguaglianza all'interno di una serie di relazioni economiche.

264 Si veda al riguardo le considerazioni critiche di F. GHEZZI, *Sui «tempi» del procedimento in materia di intese ed abusi nell'interpretazione dei giudici amministrativi italiani: un «tentato omicidio» del diritto antitrust?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2022, p. 237 ss.

265 Come conferma anche la giurisprudenza che ha affermato la natura perentoria dei termini dei procedimenti sanzionatori; si veda, in particolare, Cons Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761: «Deve (...) considerarsi come l'accertamento operato dall'Autorità sorregga un provvedimento il cui contenuto consiste nella sola irrogazione di una sanzione pecuniaria. L'estinzione del potere non riguarda, quindi, ulteriori sanzioni o, comunque, ordini di diversa natura che, in quanto estranei al provvedimento, non possono ritenersi involti dalla statuizione». Negli stessi termini v., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, ord. 9 luglio 2024, n. 6057.

266 Vi è chi dubita dell'efficacia dissuasiva di sanzioni punitive particolarmente afflittive, contestando alla radice l'idea che sanzioni particolarmente elevate siano in grado di influenzare in modo significativo le condotte delle imprese, e ritiene che sarebbe più utile incrementare l'azione preventiva delle Autorità. Si veda in questo senso M. LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2020, p. 256, nt. 42.

scelta degli strumenti giuridici di prevenzione, dissuasione e repressione degli illeciti, accolto anche dal diritto europeo²⁶⁷.

In concreto, l'ipotesi proposta può essere perseguita in (almeno) due modi: mediante una separazione di carattere organizzativo tra gli apparati preposti alle funzioni di regolazione-vigilanza e gli apparati preposti all'esercizio del potere sanzionatorio; ovvero mediante una riforma della disciplina che abbia l'effetto di distinguere più nettamente, sul piano procedimentale e delle garanzie, l'esercizio dei poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione.

Come noto, la strada della totale separazione tra Autorità di regolazione e vigilanza e Autorità con funzioni sanzionatorie e para-giurisdizionali è stata seguita in Francia, nel settore dei mercati finanziari, in esecuzione di una pronuncia della CEDU²⁶⁸. Si tratta di una soluzione che naturalmente richiederebbe l'intervento del legislatore e andrebbe valutata con attenzione perché, senz'altro garantirebbe al massimo le esigenze di «parità delle armi» nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, assicurando l'effettiva terzietà dell'organo competente ad applicare le sanzioni; tuttavia, porterebbe con il sé il rischio di ridurre la forza deterrente di un modello di *enforcement* in cui un'autorità amministrativa mantiene il potere di irrogare sanzioni di rilevante entità.

267 Il riferimento è all'art. 15 legge 10 ottobre 1990, n. 287, per come modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, recante *Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, che non solo stabilisce che la principale conseguenza dell'accertamento dell'infrazione deve essere l'intimazione a rimuovere la stessa mediante una diffida, lasciando la sanzione pecuniaria solo per i casi più gravi, ma aggiunge anche che al «momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, l'Autorità opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità».

268 In specie, a partire dalla sentenza *Dubus* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. France*), riguardante la struttura organizzativa interna della *Commission bancaire française* (COB) e la compatibilità della stessa rispetto all'art. 6 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, pur presentando una certa distinzione tra l'organo istruttorio-accusatorio (*Secrétariat Général*) e l'organo decisorio competente ad adottare la sanzione (*Commission*), non era realizzata una sufficiente separazione tra gli stessi. In particolare, il *Secrétariat Général* (l'organo istruttorio) appariva in posizione servente rispetto alla *Commission* (l'organo decisorio) dalla quale riceveva istruzioni ed era controllato (Cedu, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.v. France*, § 60). In attuazione di tale sentenza, nel 2010 è stata creata una nuova autorità (*Autorité de control prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte e non più da una commissione unica (cfr. l'art. L. 612-4 dell'Ordonnance n. 2010-76 del 21 gennaio 2010). Al riguardo si veda E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 93-102.

La strada della distinzione organizzativa interna, tra apparati preposti alla vigilanza e apparati preposti all'esercizio del potere sanzionatorio, seppur di non facile realizzazione (poiché nel modello vigente la decisione è sempre affidata all'organo collegiale), sembra però percorribile mediante discipline organizzative che assicurino effettiva distinzione tra gli uffici preposti ai diversi procedimenti (di vigilanza e sanzionatori) ovvero alle diverse fasi dei procedimenti diretti all'accertamento di condotte illecite.

Altresì utile sarebbe escludere, nell'ambito del procedimento sanzionatorio, quelle che sono state definite «regressioni della sequenza procedimentale»²⁶⁹, con le quali il Collegio, competente per la fase decisoria, dispone approfondimenti istruttori affidandoli proprio agli stessi uffici che hanno condotto l'istruttoria (e che hanno quindi formulato la proposta di sanzione). Nello stesso senso, si potrebbe prevedere un divieto espresso per i funzionari che abbiano preso parte ad una delle fasi del procedimento di intervenire anche nelle altre.

Ancora di più pare necessaria la riforma della disciplina procedimentale in modo da assicurare l'effettiva differenziazione, sul piano procedimentale e delle garanzie, dei regimi giuridici cui sottoporre i poteri di vigilanza e quelli sanzionatori.

Si tratta di una soluzione più facilmente percorribile dato che, nella gran parte dei casi, richiederebbe soltanto la modifica dei regolamenti elaborati dalle stesse Autorità, e che consentirebbe di modulare le regole procedimentali e le garanzie difensive dei soggetti destinatari in relazione alla finalità della misura da assumere e al suo grado di afflittività, nonché di disciplinare in modo puntuale i limiti di utilizzabilità del materiale probatorio acquisito nell'una o nell'altra sede.

La soluzione proposta risponderebbe al monito, rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale, circa la necessità di calibrare la tutela dei diritti del destinatario (vigilato o incolpato) sulla specificità dei procedimenti e dunque in ragione del grado di "costrizione" cui il soggetto si trovi sottoposto, del tipo di pregiudizio che rischia di subire e del grado di coinvolgimento dei diritti degli

²⁶⁹ M. MONTEDURO, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, cit., p. 271.

altri soggetti del mercato²⁷⁰. E avrebbe l'effetto di ricostituire il legame tra le finalità contemplate dalla legge e gli strumenti utilizzati per realizzarle, in linea con l'idea che una cosa è “sorvegliare”, altra cosa è “punire”²⁷¹.

270 Corte cost., sent. n. 84 del 2021 (punto 5. del *Considerato in diritto*) che ha invitato il legislatore a dare una «declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto [al silenzio] – non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale – rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della CONSOB, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione».

271 Le espressioni sono impropriamente riprese da M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.