

LUCA BORDIN

Dottore di ricerca in diritto pubblico, Sapienza – Università di Roma
luca.bordin@giustizia.it

POTESTÀ SANZIONATORIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E DISCREZIONALITÀ: PROFILI FUNZIONALI E STRUTTURALI

PUNITIVE POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND DISCRETION: FUNCTIONAL AND STRUCTURAL ASPECTS

SINTESI

Il presente contributo esamina la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione sia sotto il profilo funzionale dell'inerenza alla sanzione amministrativa della cura concreta dell'interesse pubblico, sia sotto quello strutturale dei possibili margini di scelta *lato sensu* discrezionale che possono essere riconosciuti all'amministrazione. All'esito, vengono svolte riflessioni in ordine alla stessa collocazione ordinamentale della potestà sanzionatoria amministrativa, alla luce della c.d. teoria del prestito.

ABSTRACT

The paper analyzes the punitive power of the public administration in its functional and structural aspects. From the first point of view, it analyzes the role of public interest; while, in the structural perspective, it examines the spaces of discretion that may be afforded to administrative authorities. The study concludes by reflecting on the constitutional positioning of administrative sanctioning powers within the broader legal framework, considered through the lens of the so-called borrowing theory.

PAROLE CHIAVE: sanzione amministrativa; interesse pubblico; discrezionalità amministrativa e giudiziale; teoria del prestito.

KEYWORDS: administrative sanction; public interest; administrative and judicial discretion; loan theory.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Sanzione amministrativa, provvedimento amministrativo e interesse pubblico (generale). – 2.1. *Segue*. Brevi cenni alla dogmatica del provvedimento amministrativo. – 2.2. La rilevanza statica dell'interesse pubblico (generale) nella sanzione amministrativa. – 3. Il profilo strutturale della potestà sanzionatoria amministrativa. I margini di scelta dell'amministrazione. – 3.1. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento conoscitivo. La discrezionalità tecnica. – 3.2. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento dispositivo: l'*an*. – 3.2.1. Discrezionalità nell'*an* e potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 3.3. *Segue*. La possibile discrezionalità nel momento dispositivo: *quantum*. – 3.4. La sanzione amministrativa e (l'inconfigurabilità del)la discrezionalità nel momento teleologico. – 4. Breve sintesi dei risultati ottenuti in ordine alle caratteristiche funzionali e strutturali della potestà sanzionatoria amministrativa. – 5. Possibili ricadute sostanziali e processuali. Alcune considerazioni (non) conclusive.

1. Premessa

«Nel campo del diritto in generale, e del diritto amministrativo e penale in ispecial modo, si avverte ogni giorno più la necessità di individuare e definire le sanzioni amministrative punitive»¹. È con queste parole che si apre uno dei primi lavori monografici in materia di sanzioni amministrative, nell'intento di porre al centro della ricerca l'indagine definitoria, quale *prius* rispetto a qualsivoglia approccio ricostruttivo. A distanza di un secolo dalla notazione citata, l'individuazione e la definizione dell'oggetto di quell'indagine sembrano operazioni ancora *in fieri*².

Per vero, le riflessioni della dottrina hanno contribuito in misura rilevante a disvelare natura, oggetto e funzione della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, senza tuttavia esaurire le prospettive d'indagine³.

Del resto, la delimitazione del concetto stesso di sanzione nel diritto amministrativo⁴ è stata complicata dalla polisemia assunta dal termine in ambito

1 A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, p. 3.

2 Sull'attualità della questione definitoria si è espresso, in anni recenti, P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3605 ss.

3 Circostanza questa ineludibile per qualsiasi tematica oggetto di studio della scienza giuridica che, in quanto scienza umana, si caratterizza per il suo essere scienza del divenire. In ciò si evoca la nota distinzione tra scienze della natura e scienze dello spirito operata dal filosofo tedesco Wilhelm Dilthey. Cfr. W. DILTHEY, *Introduzione alle scienze dello spirito*, in G.A. De Toni (a cura di), Firenze, 1974. Per un inquadramento generale del pensiero del filosofo v. F. BIANCO, *Introduzione a Dilthey*, Roma-Bari, 1985. Sullo sfondo resta la questione, di centralità assoluta nel dibattito filosofico contemporaneo, della stessa plausibilità della distinzione tra scienze naturali (o esatte) e scienze spirituali (o non esatte). Sul punto, v. *infra*, nota n. 190.

4 La letteratura in materia è sconfinata e risulterebbe arduo richiamarla in un'unica nota bibliografica. Sull'argomento, senza pretesa di esaustività, v. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; ID., *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 500 ss.; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit.; U. ARDIZZONE, (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939, p. 1084 ss.; V. DOMENICHELLI, *Sanzioni amministrative, principio di legalità e poteri del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1381 ss.; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie – principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; ID., (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; A. VIGNERI, *La sanzione amministrativa, origine e nozione*, Padova, 1984; G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988; ID., (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 345 ss.; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988; C. PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa: tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa*, Padova, 1990; E. ROSINI, *Le sanzioni amministrative: la giurisdizione ordinaria*, Milano, 1990; E. CASETTA, (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Dig. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 598 ss.; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999; A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'uomo: i vincoli CEDU all'amministrazione*

giuridico. Peraltro, la locuzione è impiegata, in generale, con una molteplicità di significati anche nel campo della filosofia morale, delle scienze sociali e del linguaggio comune.

Così, tanto gli usi a-tecnici, propri del linguaggio comune, quanto quelli (pur specialistici) di pertinenza di discipline non giuridiche «hanno, in certa misura, condizionato e contribuito a modificare gli usi tecnico-giuridici di “sanzione”»⁵.

Nell'ambiente giuridico è generalmente possibile scorgere almeno due significati del termine. Il primo è proprio del diritto costituzionale. In base ad esso la sanzione costituisce un sinonimo di approvazione, sostanziandosi nell'atto con cui il sovrano licenzia una legge già approvata dal Parlamento⁶.

Nel secondo senso, il termine è impiegato nella teoria del diritto e nelle discipline giuridiche positive «per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza»⁷.

Se, come detto, molti e assai proficui sono stati i contributi della dogmatica allo studio della sanzione amministrativa, sembra doveroso illustrare le ragioni sottese alle riflessioni di seguito esposte.

Sul punto, occorre osservare che la vasta produzione scientifica sul tema sembra caratterizzarsi per la persistenza di talune questioni ricostruttive addensatesi attorno all'istituto, nella duplice direzione di: *i*) disvelare il rapporto tra la sanzione amministrativa e le altre misure sfavorevoli di spettanza della p.a.; *ii*) cogliere il *discrimen* tra penalmente rilevante e sanzione amministrativa⁸.

repressiva, Napoli, 2018; S. TERRACCIANO, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedurali*, Napoli, 2023; F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2025, 1, p. 3 ss.; F. PIEMONTESE, *La sanzione amministrativa. Aporie e opzioni sistematiche*, Torino, 2025.

5 G. GAVAZZI, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 1.

6 In questi termini, ad esempio, si esprimeva l'art. 7 dello Statuto Albertino, secondo cui «*Il Re solo sanziona le leggi e le promulga*». La sanzione regia è, dunque, istituto tipico dei regimi monarchici. Essa, pertanto, non trova perfetti corrispondenti nell'attuale assetto repubblicano. In termini N. BOBBIO, (voce) *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 530 ss., il quale individua quale corrispondente della sanzione regia «*se pure con una certa approssimazione, il potere di veto, che può essere risolutivo o solo sospensivo (art. 74 Cost.) del Presidente della Repubblica: con questa differenza, che la sanzione in quanto espressione del potere legislativo del re è un momento della formazione della legge, il potere di veto in quanto esercitato dal capo dello stato in funzione non legislativa interviene quando la legge è già formata per ottenere l'annullamento o la revisione*» (p. 530).

7 N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., p. 530 ss.

8 Ed è proprio intercettando questi profili che in dottrina si è rilevata la necessità di fondare la dogmatica della sanzione amministrativa «*su criteri di maggior pregnanza, tali da contraddistinguere con sempre maggior nettezza questa figura giuridica, sia esternamente, dalla 'contigua' sanzione penale, sia internamente, nell'universo dei mezzi coattivi della pubblica amministrazione. Solo così potrà essere riconquistata - in tutti i suoi profili, sia sistematici che giuspolitici - la "specialità" della sanzione amministrativa come strumento di controllo sociale*», C. E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 353.

Simili questioni sembrano allora assurgere a vere e proprie *invarianti*⁹ dell'istituto.

Con riferimento alla prima problematica, la trasposizione sul piano della dogmatica amministrativa del concetto teorico generale di sanzione giuridica¹⁰ sembrerebbe aver risentito dell'inevitabile interferenza dovuta allo sviluppo delle categorie concettuali proprie del diritto amministrativo, prime fra tutte quelle di discrezionalità amministrativa, di procedimento e di provvedimento amministrativo¹¹. Di qui la tendenza, sovente emersa negli approcci metodologici al tema, a dilatare la nozione di sanzione amministrativa al punto da ricondurvi tutte le misure *lato sensu* sfavorevoli di pertinenza dell'amministrazione pubblica.

I problemi di delimitazione esterna del concetto di sanzione amministrativa, invece, si sono posti soprattutto rispetto alla sanzione penale¹². Tale ordine di questioni ha costantemente impegnato gli studiosi della materia, costituendo il terreno elettivo per la definizione stessa della nozione di sanzione amministra-

9 Per riprendere la nota terminologia impiegata da M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 25 e 251.

10 Sul tema generale della sanzione giuridica, senza alcuna velleitaria pretesa di esaustività, si vedano W. CESARINI SFORZA, *Norma e sanzione*, in *RIFD*, 1921, p. 60 ss.; G. GARILLI, *Il concetto di sanzione*, Palermo, 1934; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 26 ss.; ID., *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 237 ss.; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223 ss.; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, p. 86 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957; E. CAMMARATA, *Sulla concepibilità di un nesso logico tra "illecito" e "sanzione"*, in *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, vol. I, Milano, 1967, p. 101 ss.; N. BOBBIO, (voce) *Sanzione*, cit.; F. D'AGOSTINO, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 303 ss.; G. GAVAZZI, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, cit.; ID., *Norme primarie e norme secondarie*, ora in *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, p. 165 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 662 ss.

11 Nella stessa manualistica difatti, assai spesso la sanzione amministrativa è esaminata nella trattazione dedicata ai procedimenti amministrativi o in quella sul provvedimento. Per un esempio della prima impostazione v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 1291 ss.; per la seconda, v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 177 ss.; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, p. 698 ss., i quali però chiariscono che, pur esaminate nel capitolo sul provvedimento amministrativo «a rigore, le sanzioni amministrative non sono perfettamente inquadrabili nell'ambito della funzione provvedimentale propriamente intesa» (p. 698).

12 Problemi particolari non sembrano invece porsi con riferimento alla sanzione civile del risarcimento del danno. Questa, difatti, pur non misconoscendo – specie in alcune ipotesi evincibili dalla legislazione speciale – il perseguimento di finalità (anche) punitive, è caratterizzata dal suo preminente orientarsi alla riparazione, consentendo di collocare il danneggiato sulla medesima curva di indifferenza (per usare un'espressione tipica della microeconomia ma sovente richiamata anche nella giurisprudenza) in cui si sarebbe trovato ove l'illecito aquiliano non fosse occorso. La distinzione con la sanzione amministrativa, una volta aderito alla tesi della natura afflittiva di questa sanzione, quale *pena in senso tecnico*, risulta di intuitiva rappresentazione. Per una sintesi delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza in ordine ai rapporti tra sanzioni amministrative, pene private e risarcimento del danno, v. S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 27 ss.

tiva¹³. Del resto, i primi tentativi definitivi sono stati compiuti proprio dalla dottrina penalistica, segno evidente dell'interdisciplinarietà della tematica, alla quale in questa sede si approccia prendendo le mosse dalla dichiarata adesione alla teoria zanobiniana della sanzione amministrativa quale *pena in senso tecnico*, al fine di distinguere – sul piano intra-sistemico del diritto amministrativo – le sanzioni dalle altre misure negativamente incidenti sui loro destinatari¹⁴.

È sulla scorta della circostanza che per quasi un secolo il dibattito si sia polarizzato intorno alle sopracitate questioni che induce a riflettere sui profili funzionali e strutturali della potestà sanzionatoria.

¹³ Cfr. S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴ Com'è noto Zanobini individua l'essenza del fenomeno nell'afflittività e propone la celebre definizione, secondo la quale le sanzioni amministrative sarebbero «*pene in senso tecnico, la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo*», G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 38. In quanto *pena in senso tecnico*, la sanzione amministrativa, zanobinariamente intesa, non è assimilabile a strumenti diretti alla conservazione o al ripristino di interessi sostanziali lesi dell'infrazione. In termini, C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 351, i quali ritengono che la concezione di Zanobini trovi conferma «*nella l. n. 689 del 1981 che in tema di sanzioni amministrative individua al capo I alcuni principi - probabilmente di portata non assoluta, ma molto generali - chiaramente modellati sulla nozione di 'sanzione amministrativa' intesa come 'pena'*» e concludono accordando preferenza all'orientamento inaugurato da Zanobini «*motivata da una duplice esigenza: un'esigenza, da un lato, di chiarezza e puntualità nell'indagine, che suggerisce di adottare una nozione omogenea e pregnante, anziché una nozione più ampia, dimostratasi però eterogenea e vaga; dall'altro lato, un'esigenza di concreta aderenza al diritto positivo, che impone all'interprete di ricercare soluzioni coerenti con gli svolgimenti legislativi. A questo proposito, lo schema di principi delineato dalla l. n. 689, cit. e il concetto di sanzione che implicitamente se ne ricava sembrerebbero criteri, non solo legittimi, ma addirittura privilegiati al fine di stabilire che cosa debba intendersi per "sanzione amministrativa" nel nostro ordinamento*».

L'adesione alla teorica della *pena in senso tecnico* consente di escludere dal campo d'indagine quelle che di solito vengono definite sanzioni amministrative in senso lato. La distinzione si deve a quell'indirizzo dottrinario che ha costruito la categoria della sanzione amministrativa in modo non unitario, distinguendo al suo interno tra sanzioni in senso ampio e in senso stretto. In termini si vedano, A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., p. 90 ss., 107 ss.; U. ARDIZZONE, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit.; A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980), Milano, 1982, p. 125 ss., in part. p. 128. Tra i migliori interpreti di questo ampio argomentare figura proprio Tesaurò, il quale fa rientrare nel concetto di sanzione amministrativa «*ora reazioni, ora prevenzioni; reazioni quando sono minacciate e comminate per la trasgressione di ordini amministrativi; prevenzioni, quando stanno ad assicurare lo svolgimento della funzione preventiva dell'amministrazione indipendentemente dall'emanazione di precetti generali o di ordini particolari*», A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., p. 90 ss. All'interno di questo insieme è possibile individuare le sanzioni amministrative punitive – oggetto precipuo della monografia del 1925 – quali «*mezzi di natura afflittiva, con i quali si assicura lo svolgimento dell'attività amministrativa*», servendo «*in tutti quei casi, in cui è turbato il regolare svolgimento dell'attività amministrativa e, non essendo in alcun modo possibile la riparazione del danno, si è costretti a infliggere pene ai colpevoli, oppure quando è necessario prevenire possibili danni o pericoli per la società giuridicamente organizzata*», A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., p. 107 ss.

La distinzione è stata oggetto di critiche in quanto consente di ricomprendere nel campo delle sanzioni amministrative istituti assai eterogenei. Si è difatti osservato che «*Una nozione così ampia di sanzione è apparsa poco utile sul piano ricostruttivo della disciplina applicabile, in quanto*

A parere di chi scrive, nell'opera di trasposizione dal piano teorico a quello dogmatico¹⁵, la dottrina sembrerebbe aver avvertito l'intrinseca problematicità nel rapportare le funzioni amministrative propriamente dette alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione e, conseguentemente, nel riferire anche a quest'ultima la funzionalizzazione dell'attività alla cura dell'interesse pubblico.

Tale funzionalizzazione – di per sé predicabile, come meglio si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, anche rispetto all'esercizio di poteri vincolati – è di particolare evidenza ove all'amministrazione la norma attributiva e regolativa del potere riconosca margini di scelta discrezionali.

Quello del confronto tra attività provvedimentale discrezionale e sanzione risulta allora la sede privilegiata per l'analisi della potestà sanzionatoria nella prospettiva della discrezionalità amministrativa, nella duplice declinazione funzionale e strutturale.

Sul primo versante, occorre indagare in che modo l'interesse pubblico possa interagire con la potestà sanzionatoria amministrativa. Ciò, al fine di chiarire se la sanzione amministrativa possa assurgere a strumento di cura diretta dell'interesse pubblico nel caso concreto.

ricomprensive ipotesi tra loro molto eterogenee», S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 12. Altra parte della dottrina, a proposito dell'incidenza del diritto sovranazionale sulla definizione di sanzione amministrativa, ha osservato come una nozione «*eccessivamente inclusiva, in quanto priva di confini precisi, lungi dall'assicurare un ampliamento delle garanzie rischia di risolversi in un'operazione meramente nominalistica*», P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, *cit.*, p. 3612.

Nonostante simili rilievi, la distinzione tra sanzioni latamente intese e sanzioni in senso stretto è penetrata anche nel formante giurisprudenziale, secondo il quale «*le prime hanno una finalità ripristinatoria, in forma specifica o per equivalente, dell'interesse pubblico leso dal comportamento antigiusdittico; le seconde hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale*», Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5425. Ad inaugurare, in giurisprudenza, questa distinzione, è stata Cass., Sez. un., 24 febbraio 1978, n. 926, ripresa poi anche dalla giurisprudenza amministrativa a partire da Cons. Stato, Ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 42. Sul punto, cfr. S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 13.

Pur rientrando nell'alveo delle *pene in senso tecnico*, in questa sede non verranno indagati i profili relativi alle sanzioni disciplinari, data la specificità del fenomeno. Com'è noto, le sanzioni disciplinari hanno la peculiarità di attenersi «*alla trasgressione di doveri particolari, aventi però come destinatari esclusivamente coloro che si trovano con l'Amministrazione in un particolare rapporto di subordinazione (esempio tipico, quello dei pubblici impiegati), caratterizzato da regole disciplinari affatto specifiche, i cui principi informativi andrebbero dunque esaminati caso per caso*», M.A. SANDULLI, (voce) *Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 6.

Lo stesso legislatore, del resto, nell'offrire una disciplina generale delle sanzioni amministrative con la l. n. 689/1981, eccettua, all'art. 12 l. cit., dall'ambito di applicazione della novella proprio le violazioni disciplinari.

15 Numerosi sono gli apporti della dogmatica amministrativistica sul tema che prendono abbrivio dall'esame della sanzione dal punto di vista della teoria generale. Tale itinerario si riscontra, ad esempio, in G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, *cit.*; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, *cit.*; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, *cit.*; G. PAGLIARI, *op. cit.*; E. CASETTA, (voce) *Sanzioni amministrative*, *cit.*; S. CIMINI, *op. cit.*; G. MARTINI, *op. cit.*

Dal punto di vista strutturale, invece, si ritiene indispensabile esaminare il modo in cui la potestà in esame è delineata dalle norme attributive e regolative della stessa, al fine di chiarire se e quali margini di discrezionalità amministrativa siano riconosciuti all'amministrazione.

Simili riflessioni, peraltro, sembrano costituire un rilevante banco di prova per la sperimentabilità di una ricostruzione unitaria del fenomeno punitivo statale, foriera, com'è intuibile, di conseguenze ulteriori, anche sul piano processuale.

L'impressione che sta alla base di questo ipotizzato tentativo ricostruttivo – qui solamente evocato, ma che necessiterebbe di più ampi e autonomi svolgimenti – è che l'attribuzione a un'istanza superiore, di carattere pubblicistico, della capacità di comminare una conseguenza sfavorevole, una *pena in senso tecnico*, a fronte di una condotta inosservante di un precetto giuridico, possa rintracciare il suo *primum movens* nelle attribuzioni più intime della sovranità statale. Che poi questa astratta possibilità di comminare una punizione possa declinarsi¹⁶ secondo gli schemi ordinamentali del diritto penale o di quello amministrativo pare potersi considerare circostanza tale da non oscurare questo comune principiarsi delle diverse manifestazioni di potestà espresse nell'atto della punizione-sanzione.

Se le considerazioni che precedono non risultano – come ci si augura – del tutto peregrine, sembrano allora poter offrire sufficiente giustificazione delle ragioni sottese allo svolgimento delle riflessioni qui presentate.

Ciò, a maggior ragione, se solo si pensi al fatto che il tema del rapporto tra la sanzione e la discrezionalità amministrativa non è certo nuovo nel dibattito dogmatico. Anche di recente, infatti, è riemersa in dottrina la tesi che riconosce margini di discrezionalità amministrativa nell'*an* e nel *quantum* all'amministrazione titolare della potestà sanzionatoria¹⁷.

Esaminati gli elementi posti alla base di questa tesi, si evidenzieranno le ragioni sottese all'adesione a quella ricostruzione che ritiene non configurabili margini di discrezionalità amministrativa propriamente detta nell'esercizio della potestà sanzionatoria.

16 Non si spiegherebbe altrimenti la presenza nell'ordinamento di «*illeciti amministrativi che offendono interessi generalissimi della collettività e che ben potrebbero essere reati e viceversa illeciti penali minori che continuano a restare nel novero delle contravvenzioni o addirittura in quello dei delitti, pur rappresentando la loro commissione soltanto un intralcio allo svolgimento di attività amministrative*», G. VASSALLI, (voce) *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 793 ss., in part. p. 798.

17 Ci si riferisce, in particolare, a F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 79 ss.; S. CIMINI, *op. cit.* Più sfumata appare la posizione di S.L. VITALE, *op. cit.*, per il quale mentre «*la discrezionalità amministrativa dell'amministrazione in ordine all'an della sanzione appare limitata*» (p. 286), con riferimento al *quantum* è maggiormente propenso a scorgere profili di discrezionalità amministrativa (cfr. p. 289).

2. Sanzione amministrativa, provvedimento amministrativo e interesse pubblico (generale)

L'indagine che ci si propone muove dal preliminare esame della rilevanza che l'interesse pubblico può assumere nel rapporto amministrativo¹⁸. È in questa prospettiva, difatti, che sembrerebbe possibile distinguere le tradizionali funzioni di amministrazione attiva¹⁹ dalla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione.

¹⁸ Esso si pone in rapporto di specie a genere con il concetto di "rapporto giuridico", elaborato dalla teoria del diritto, e in special modo dalla c.d. corrente relazionale che, nella speculazione sul fondamento del diritto, rinviene proprio nel rapporto giuridico il punto di partenza per la ricostruzione del fenomeno della giuridicità. Alla costruzione della categoria generale del rapporto giuridico ha contribuito anche la dogmatica giuridica, per mezzo della progressiva generalizzazione dei concetti desumibili dalla concreta esperienza giuridica. Cfr. S. PALAZZOLO, (voce) *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 ss., in part. p. 289. Sul tema del rapporto giuridico, tra i molti, A.G. CONTE, (voce) *Rapporto (Teoria del diritto come)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 785 ss.; G. LAZZARO, (voce) *Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 787 ss.; A. CATANIA, (voce) *Rapporto giuridico. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993; P. STANZIONE, (voce) *Rapporto giuridico. II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993. Per le coordinate essenziali relative alla teoria relazionale v. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2010, Bari-Roma, pp. 16-17; S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino, 2014, p. 33 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, ed agg. C. Faralli (a cura di), Bari-Roma, 2020, p. 228 ss. Aderiscono e coltivano la teoria relazionale G. DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1912; ID., *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1952; F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Firenze, 1940; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953.

Il rapporto giuridico ha costituito terreno di speculazione tradizionale della dogmatica privatistica, ciò in ragione di una lettura restrittiva della stessa nozione di rapporto. Si è a tal proposito osservato che «se per rapporto giuridico si intende (restrittivamente) la relazione tra (titolari di) diritti soggettivi e (titolari di) obblighi (ed obbligazioni), risulta del tutto evidente che un (tale) rapporto non può essere (di norma) oggetto del processo amministrativo, per la ragione che le situazioni giuridiche soggettive che spettano all'amministrazione e al privato non sono (di norma) quelle appena indicate, bensì rispettivamente poteri (o potestà) e interessi legittimi. Tuttavia, se si accoglie una nozione meno restrittiva di rapporto giuridico, intendendolo come relazione tra (titolari di) situazioni soggettive contrapposte ma concernenti un medesimo oggetto (ad esempio: il potere di espropriare un determinato bene immobile e l'interesse legittimo del proprietario a conservarne la proprietà; il potere di rilasciare una autorizzazione, l'interesse del richiedente ad ottenerla e l'interesse del terzo a farla rifiutare), allora è perfettamente predicabile il rapporto giuridico amministrativo (di diritto sostanziale) tra amministrazione e privati», F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 155 ss., in part. p. 163. Si v. G. BERTI, *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, p. 41 ss., in part. p. 59, per l'affermazione secondo cui il rapporto interpretato «è veramente il prototipo del rapporto giuridico, giacché racchiude un concetto di autolimitazione reciproca e consapevole di due posizioni di libertà».

Più recente sembra l'attenzione riposta dai giuspubblicisti al tema del rapporto giuridico di diritto amministrativo; ancor più ravvicinata nel tempo pare la penetrazione del concetto nella giurisprudenza (cfr. Corte cost. 4 maggio 2017, n. 94.).

Le difficoltà di concepire la relazione tra p.a. e privato in termini di rapporto giuridico, riscontrate negli orientamenti tradizionali, possono rintracciare una possibile chiave di lettura nella concezione della posizione dell'amministrazione e, per suo tramite, dello Stato, rispetto al

In proposito, larga parte della dottrina ritiene detta potestà un complemento²⁰ delle funzioni attribuite all'amministrazione per la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge. Emblematica di questa posizione è l'autorevole tesi che iscrive la potestà sanzionatoria nell'alveo dei poteri di autotutela²¹. In questa prospettiva, mentre la sanzione giurisdizionale sarebbe vero e proprio atto di applicazione della sanzione, volto alla restaurazione dell'ordine giuridico violato, quella amministrativa assicurerebbe l'attuazione e l'esecuzione del precetto.

La posizione da ultimo indicata è stata recentemente valorizzata da una parte della dottrina, al fine pratico di dimostrare: *i)* che la sanzione amministra-

cittadino, tale da rendere inconfigurabile un rapporto bilaterale.

Sul concetto di rapporto amministrativo e sulla sua evoluzione v. G. BERTI, *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, cit.; G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007, in part. p. 78 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008. Si v. anche G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 585 ss. Nella manualistica si v. l'attenzione posta al tema da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 112 ss.

19 Che «consiste nell'esercizio, attraverso moduli procedurali, dei poteri amministrativi attribuiti dalla legge a un apparato pubblico al fine di curare, nella concretezza delle situazioni e dei rapporti con soggetti privati, l'interesse pubblico», M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 105.

In generale, sul concetto di funzione e su quello di attività amministrativa, *ex plurimis*, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; ID., (voce) *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989; M.S. GIANNINI, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 988 ss.; G. MIELE, (voce) *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 686 ss.; E. CASETTA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 522 ss.; G. MARONGIU, (voce) *Funzione (funzione amministrativa)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989; F.G. COCA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 75 ss.; B.G. MATTARELLA, (voce) *Attività amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, p. 520 ss.; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013; S. PEDRABISSI, *Funzione amministrativa, esercizio del potere e principio di legalità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, vol. I, Napoli, 2015, p. 199 ss.; A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

20 Sul punto, v. S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 35 ss., in part. p. 38; G. PAGLIARI, *op. cit.*, p. 185; S. CIMINI, *op. cit.*, p. 59, il quale richiama in proposito l'opinione di C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., secondo cui «L'amministrazione competente ha un interesse particolare allo svolgimento della funzione sanzionatoria, determinato proprio dalla complementarità di tale funzione rispetto alle funzioni attive, di cura diretta di una certa sfera di interessi» (p. 243). Si veda anche, con particolare riferimento alle sanzioni poste a tutela degli assetti concorrenziali del mercato, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, p. 177.

21 Per la dottrina in parola, infatti, le sanzioni rientrerebbero nell'ambito della «autotutela sui rapporti, che si esplica mediante decisioni di condanna successive, le quali postulano che il comportamento dell'interessato abbia già dato luogo ad un conflitto attuale mediante il già avvenuto sacrificio delle pretese dell'amministrazione», F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 537 ss., in part. p. 549. Anche questa dottrina differenzia sanzioni in senso stretto da quelle in senso ampio, puntualizzando come «il nome di sanzioni amministrative, in senso stretto, va riservato a quelle ipotesi in cui la comminazione di una misura svantaggiosa per il privato non consegue lo scopo di assicurare la esecuzione di un precetto attraverso la soddisfazione di un interesse dell'amministrazione, garantito da quel precetto, ma agisce indirettamente per quello scopo limitandosi a

tiva è strumento (diretto) di realizzazione dell'interesse pubblico; ii) che proprio per tale funzionalizzazione, la potestà sanzionatoria non è incompatibile con la spendita di discrezionalità amministrativa (nell'*an* e nel *quantum*)²².

Le riflessioni che seguono, al contrario, mirano ad evidenziare le ragioni di una persistente adesione a quell'orientamento tradizionale²³, in base al quale l'amministrazione, all'atto di sanzionare il trasgressore, non si avvarrebbe di discrezionalità amministrativa pura.

A tal fine pare dunque opportuno brevemente riepilogare e poi replicare agli argomenti addotti da quanti considerano la sanzione amministrativa misura di diretto perseguimento dell'interesse pubblico.

Si fa anzitutto notare come la funzione della sanzione amministrativa non si esaurirebbe «nell'accertamento e nella punizione delle infrazioni – e quindi nel garantire l'osservanza dei precetti», qualificandosi «anche per un collegamento con l'interesse pubblico (il quale, secondo l'insegnamento di Benvenuti, viene indirettamente tutelato sanzionando chi ha violato il precetto)»²⁴, per poi concludere nel senso della diretta – e

costituire un effetto dannoso per chi abbia posto in essere il comportamento difforme dal precetto», *Ibidem*. Si vedano inoltre, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, cit.; ID., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980), cit., p. 33 ss. Per una efficace sintesi di questa tesi si veda G. PAGLIARI, *op. cit.*, p. 84.

La posizione di Benvenuti sembra mostrare l'interferenza delle categorie dogmatiche proprie del diritto amministrativo – in questo caso l'autotutela amministrativa – nella declinazione amministrativistica della sanzione giuridica. Una simile raffinata ricostruzione però, potrebbe non consentire di cogliere il *proprium* del fenomeno sanzionatorio sotto il profilo funzionale. In senso critico, in ordine all'ipotizzato rapporto tra autotutela e sanzioni amministrative, cfr. E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 112 ss., in part. p. 116 ss.; G. BARATTI, *op. cit.*, p. 68 ss. In termini adesivi alla posizione benvenutiana, cfr. G. CORAGGIO, (voce) *Autotutela. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988.

Per una recente rilettura della teoria della sanzione amministrativa avanzata da Feliciano Benvenuti, v. M. LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, p. 173 ss.

22 Il riferimento è a S. CIMINI, *op. cit.*, p. 58 ss. Le due conclusioni si rinvengono anche nell'opera di altri studiosi. Si veda, in particolare, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit.

23 Le posizioni degli studiosi che concludono nel senso del carattere non discrezionale sono variamente argomentate e contengono al loro interno sfumature diverse. Nell'ambito della tesi prevalente è possibile includere E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria. Atti del Convegno*, Varese, 1979, p. 125 ss.; ID., *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980), cit., p. 87 ss., in part. p. 116 ss. A. VIGNERI, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leggi civ.*, 1982; G. BARATTI, *op. cit.*; R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 388 ss.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit.; E. CASETTA, (voce) *Sanzione amministrativa*, cit.; E. ROSINI, *op. cit.*

24 S. CIMINI, *op. cit.*, p. 58.

non già solo indiretta, come invece nella prospettazione *benvenutiana* – rilevanza della tutela dell'interesse pubblico.

A tal fine vengono richiamati i poteri delle Autorità amministrative indipendenti²⁵ e il parallelismo tra la competenza ad irrogare la sanzione e quella a svolgere funzioni di amministrazione attiva, emergente dalla disciplina della l. n. 689/1981²⁶.

Simili indici positivi sarebbero probanti del fatto che, mediante la sanzione amministrativa, le amministrazioni si farebbero curatrici (e concretizzatrici) dell'interesse pubblico nella specifica vicenda, a detrimento della posizione del privato attinto dalla sanzione. La conclusione naturale del ragionamento è dunque «che le sanzioni amministrative sono riconducibili alla nozione di provvedimento amministrativo»²⁷.

Sul punto, occorre evidenziare come, da un lato, la comunanza in capo alla stessa autorità di funzioni di amministrazione attiva e del riconoscimento di potestà sanzionatoria manifesta, al più, una coerente distribuzione delle competenze, per come delineata nel disegno del legislatore, in attuazione dei canoni desumibili dall'art. 97 Cost. Inferirne la funzionalizzazione della potestà sanzionatoria amministrativa, però, significherebbe provare troppo, a fronte di disposizioni di carattere organizzativo.

Quanto alle Autorità amministrative indipendenti, invece, va rilevato come dalla loro conformazione normativa sembrerebbe invece ricavarsi la riprova del mancato perseguimento diretto dell'interesse pubblico rispetto all'esercizio della loro potestà sanzionatoria, in ragione del diverso ruolo che questo assume nell'attività tipica di queste peculiari amministrazioni²⁸.

25 Il riferimento a dette amministrazioni è ricorrente negli studi sul tema. A tal proposito, si sostiene in dottrina che le Autorità indipendenti «sono titolari di poteri sanzionatori ed anzi che si caratterizzano proprio per la particolare finalizzazione degli stessi al compimento della propria funzione, al punto che si potrebbe supporre che ciò che connota queste autorità, oltre alla particolare posizione di autonomia di giudizio loro riconosciuta nel momento istitutivo, sia proprio la stessa connessione tra funzione di regolazione e poteri di disciplina di cui dispongono», E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000, p. 39.

26 Si osserva, sul punto, che «se tali misure fossero state pensate solo per punire il trasgressore e svolgere una funzione di prevenzione generale si sarebbe potuto (e forse dovuto) affidare questo compito ad una (o più di una) Autorità amministrativa terza e imparziale», S. CIMINI, *op. cit.*, p. 63.

27 S. CIMINI, *op. cit.*, p. 64. A conferma di tale conclusione viene inoltre richiamata una nota pronuncia delle Sezioni Unite, nella quale si afferma, in un caso di regolamento di giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dall'AGCM, che nella categoria dei provvedimenti adottati dall'Autorità Garante vi rientrano «tutte le determinazioni che essa può assumere nell'esercizio del potere decisionale, dunque sia gli atti di accertamento dei comportamenti vietati e sia i conseguenziali provvedimenti sanzionatori», aggiungendo più avanti nella parte motiva che l'atto di irrogazione della sanzione «ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti», Cass., Sez. Un., 5 gennaio 1994, n. 52.

28 Ciò lascia impregiudicata la possibilità di individuare momenti di esercizio di autentica discrezionalità amministrativa da parte delle Autorità amministrative indipendenti, nell'esercizio dei poteri ad esse attribuite, diversi dalla potestà sanzionatoria. Per una panoramica delle posizioni assunte dalla dottrina in ordine al ruolo dell'interesse pubblico e ai

A tal proposito, non si è mancato di evidenziare i caratteri differenziali con i quali le Autorità amministrative indipendenti curano l'interesse pubblico, rispetto alle amministrazioni tradizionali²⁹.

In questa prospettiva, i criteri e le regole poste dalle Autorità in parola non troverebbero «fondamento nella garanzia o nella tutela di un interesse pubblico, ma, piuttosto, nella necessità ed opportunità di garantire e tutelare, reciprocamente, situazioni soggettive private», sicché si tratterebbe piuttosto «di configurare un interesse pubblico "riflesso" e mediato, affidato, appunto, alla cura delle autorità indipendenti»³⁰.

Ne conseguirebbe l'impossibilità, per le Autorità amministrative indipendenti «di operare sulla base di un apprezzamento discrezionale degli interessi in gioco»³¹. Ciò emergerebbe dalla loro stessa collocazione ordinamentale, poste in posizione di neutralità e di terzietà rispetto agli interessi rilevanti, comparabile a quella «di altre autorità neutrali, quali il giudice e ... il notaio, specie per quanto riguarda il suo ruolo nel processo»³². Sarebbe tale posizione diversa e distinta da quella dei titolari degli interessi a giustificare l'attribuzione «di un potere di controllo, di giudizio e di sanzione come potere riservato esclusivamente all'autorità»³³.

margini di scelta riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti nell'esercizio della vasta gamma dei loro poteri v. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 107 ss.

29 Cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 55 ss.

30 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 58. Il ragionamento svolto dalla A. – che di seguito si tenterà di riassumere – è riferito alla c.d. regolazione condizionale, definibile quale insieme di regole che non prefigura un risultato o un obiettivo al quale l'attività privata è chiamata a conformarsi, quanto criteri di comportamento e regole di condotta rivolti agli stessi privati, volti ad assicurare l'uguaglianza degli operatori economici, la libertà di scelta dei consumatori e l'efficienza allocativa del mercato nel suo complesso di cui sarebbero esempi la disciplina generale della concorrenza e la disciplina sulla trasparenza dei mercati regolati.

Tre sarebbero le caratteristiche essenziali della regolazione condizionale: i) l'assetto degli interessi rilevanti è compiutamente individuato dalla legge ed è dato come valore ordinamentale; ii) le regole e le condizioni cui soggiace l'attività privata «non sono finalizzate alla soddisfazione di un interesse pubblico, ma, invece, alla garanzia di situazioni soggettive private» (p. 60), sicché le norme definirebbero un equilibrio tra situazioni giuridiche private e le autorità indipendenti sarebbero chiamate a controllare che questo equilibrio sia raggiunto e mantenuto; iii) in questi casi «l'amministrazione non è chiamata a scegliere fra gli interessi privati, né a ponderarli o a comporli, né, tantomeno, a soddisfarli: le situazioni soggettive private sono soddisfatte mediante il rispetto di determinate regole da parte di altri soggetti privati. Il rapporto tra le diverse situazioni soggettive private coinvolte non è risolto, quindi, configurando alcune di esse come elementi costitutivi o come graduazione dell'interesse pubblico, ma, invece, attraverso un riferimento mediato» (p. 61).

Per un esame critico delle posizioni espresse dall'A. citata, v. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 150 ss. Quest'ultimo, in particolare, non condivide l'assunto della vincolatezza del giudizio formulato dalla Autorità amministrativa indipendente, poiché ciò non corrisponderebbe al concreto atteggiarsi dell'azione amministrativa.

31 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 63.

32 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 65.

33 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 66.

Sulla scorta degli snodi argomentativi solo succintamente richiamati, la dottrina qui citata avanza l'ipotesi di impiegare, per le Autorità amministrative indipendenti, la categoria dell'interesse generale³⁴. Su questo aspetto si tornerà nel prosieguo, qui anticipando che ad avviso di chi scrive l'archetipo dell'interesse generale sembra essere quello che meglio si attaglia alla potestà sanzionatoria amministrativa *tout court*³⁵. Si è così tentato di evidenziare come gli elementi posti alla base della prospettazione teorica che scorge nella potestà sanzionatoria amministrativa una funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico siano tutt'altro che univoci. Si ritiene infatti che – in disparte la circostanza che la sanzione amministrativa si presenta, nella realtà fenomenica, con il *vestimentum* provvedimento³⁶ – la riconducibilità della sanzione amministrativa al provvedimento amministrativo quale atto di cura dell'interesse pubblico si appalesa contrastante rispetto a indici di carattere etimologico-semantic³⁷, teo-

34 Cfr. L. TORCHIA, *op. cit.*, pp. 66-67.

35 È significativo che il ricorso all'interesse generale sia stato ritenuto praticabile rispetto all'attività di regolazione condizionale delle Autorità amministrative indipendenti anche sulla scorta della loro collocazione ordinamentale in termini di neutralità, terzietà e indipendenza e dunque valorizzando quegli elementi strutturali e organizzativi che presentano indubbia comunanza con le caratteristiche tipiche e proprie dell'autorità giudiziaria.

Nella prospettiva che qui si esporrà, il riferimento all'interesse generale si fonda invece sul rilievo della natura della funzione esercitata dalle amministrazioni con la comminatoria della sanzione, a prescindere dal ricorrere – sotto il profilo organizzativo – degli elementi tipici delle *Authorities*. Sul punto si avrà modo di meglio argomentare nel prosieguo.

36 La sola struttura formale dell'atto sanzionatorio, guardato nella prospettiva della sua esteriorizzazione in un documento redatto per iscritto, è assimilabile a quella del provvedimento amministrativo: l'intestazione nella quale è indicata l'autorità procedente; il preambolo nel quale vengono richiamate le norme giuridiche che assumono rilievo; la parte motiva in cui si individuano gli elementi fattuali e giuridici rilevanti; la parte dispositiva con la quale viene determinata e inflitta la sanzione. In verità, su di un piano ancor più generale, simile struttura si rinviene anche nei provvedimenti giurisdizionali. La qualificazione semantica della sanzione amministrativa in termini di "provvedimento" è stata in passato impiegata per sostenerne la natura discrezionale. Si v. la già citata Cass., Sez. Un., 5 gennaio 1994, n. 52 che, proprio prendendo le mosse dalla qualificazione in termini provvedimentali dell'atto di irrogazione delle sanzioni pecuniarie dell'AGCM, ai sensi dell'art. 14, comma 5, l. n. 287/1990, nella formulazione all'epoca vigente, qualifica tale atto in termini di "provvedimento in senso proprio", involgente l'esercizio di poteri autoritativi discrezionali.

37 Quanto all'etimologia cfr. F. D'AGOSTINO, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 306; ID., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, p. 11 e G. PAGLIARI, *op. cit.*, p. 26. Il termine "sanzione" deriva dal latino *sanctio*, a sua volta ricollegabile al verbo *sancire*. Il participio passato del verbo *sancire* è *sanctum* che, in forma astratta, diviene per l'appunto *sanctio*. Se si passa dall'esame meramente etimologico a quello semantico – con l'avvertenza che l'argomento semantico non può costituire, da solo, il punto risolutivo di un'indagine di carattere giuridico, come del resto non ha mancato di ammonire Giannini, secondo cui «la semantica è utile e pericolosa insieme, potendo dare risultati fallaci», M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 5 – il lemma che qui si indaga si riconnette alla dimensione religiosa dell'esperienza umana, individuando una zona intermedia tra il *sacrum* e il *profanum* (cfr. F. D'AGOSTINO, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 306). È *sanctum* quel particolare aspetto della realtà al quale è ricollegato una *sanctio*; ed è *sanctio* ciò che rende tale aspetto *sanctum*. Il *sanctum* non è un attributo naturale di un ente, quanto il risultato di una qualificazione operata dall'uomo. Sotto tale profilo, la distanza dal lemma "provvedimento" è particolarmente evidente. Questo, a sua volta, origina dal verbo "provvedere" che deriva dal latino *providere*, dato dalla combinazione del

rico-generale³⁸ e dogmatico.

2.1. *Segue*. Brevi cenni alla dogmatica del provvedimento amministrativo

È sui profili dogmatici che occorre, in questa sede, soffermarsi. La non assimilabilità sul piano funzionale della sanzione amministrativa al provvedimento amministrativo pare infatti predicabile sulla scorta di un'attenta lettura della tradizione dogmatica propria del diritto amministrativo.

A tale stregua, la sanzione amministrativa non costituirebbe una *species* dell'ampio *genus* provvedimentale, quanto un vero e proprio *aliud*.

prefisso rafforzativo *pro-* con il verbo *videre*, 'vedere'. In un'accezione tecnica è usato come sinonimo di *consulere*, *statuere*, *decernere*. La forma soggettivata *provisio* è sinonimo di *cura*. Il parallelismo tra questi termini si protrae anche nei secoli successivi. Si pensi, ad esempio, ad alcune cariche amministrative della Serenissima Repubblica di Venezia (*provisor* e *curator*). In termini, e per una disamina più approfondita, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1993, p. 27. Nel linguaggio comune, in un primo senso, il verbo "provvedere" esprime il significato di prevedere o predire. Usato in forma transitiva il verbo indica l'azione di chi si dota di ciò che occorre; in quella intransitiva esprime il significato di prendere le misure opportune per raggiungere un determinato scopo o per ovviare a qualche bisogno o inconveniente. Cfr. AA.VV., *Treccani 2014 – Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2014, p. 1629. Mentre dunque la sanzione evoca letteralmente un'operazione di qualificazione di dati fenomenici, il provvedimento si riferisce all'apprestamento di una misura volta al raggiungimento di uno scopo.

38 Di sicuro interesse è anche la profonda distanza tra la sanzione e il provvedimento nella prospettiva della teoria del diritto.

Su di un piano normativistico, difatti, la sanzione giuridica si apprezza soprattutto nell'analisi dell'ordinamento in prospettiva nomostatica, nella dicotomia tra norma primaria e norma secondaria; il provvedimento si colloca, invece, in una dimensione nomodinamica e gradualistica dell'ordinamento, secondo la fondamentale distinzione tra norma superiore e norma inferiore. Quest'ultima non si riduce a mera applicazione o esecuzione della prima ma «è applicazione o esecuzione nella misura in cui si produce attraverso quelle modalità stabilite dalla norma superiore, ma rispetto a quest'ultima ha per definizione sempre un surplus innovativo. Questo *quid novi* è in realtà il contenuto della decisione che viene a prodursi all'interno della cornice normativa», A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 55. Nella ricostruzione nomodinamica *kelseniana*, «Partendo dalla Grundnorm, supposta valida di per sé ossia senza essere stata creata per delegazione di un'autorità superiore, si scende per una scala di delegazioni dalle autorità superiori autorizzanti alle inferiori che sono autorizzate alla creazione di norme, finché si arriva all'autorità giudiziaria la cui sentenza è anch'essa una norma, ma individuale e non generale», W. CESARINI SFORZA, (voce) *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 659 ss., in part. p. 687. Com'è noto, Kelsen propone una visione integrata delle funzioni giurisdizionali ed amministrative nella comune prospettiva dell'applicazione del diritto, in contrapposizione alla funzione creativa della norma, di pertinenza del potere legislativo. Cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. S. Cotta, G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1952, p. 269 ss.

Per F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 26, «il provvedimento attua (deve attuare) i gradi superiori dell'ordinamento dal punto di vista deontico (le norme prodotte), assiologico e antropologico (l'assetto di valori ed interessi determinato) e ciò in contrapposizione – non già, nella prospettiva dell'indagine ivi compiuta, alla sanzione ma – al negozio giudico che «rispetta (deve rispettare) i gradi superiori dell'ordinamento dal punto di vista deontico, assiologico e antropologico».

Rispetto alla distinzione tra norma primaria e norma secondaria è noto come non siano mancate ricostruzioni che hanno patrocinato un'inversione dei due termini, intravedendo nella

Per meglio contestualizzare simili affermazioni risulta assai proficuo lo svolgimento di brevi cenni in ordine alla categoria del provvedimento amministrativo, limitati a quanto di interesse per il prosieguo del discorso qui condotto sulla discrezionalità amministrativa e sul suo rapporto con la sanzione.

Com'è noto, quella di provvedimento amministrativo è nozione che, pur essendo di assoluta centralità nella dogmatica e nella pratica del diritto amministrativo, non risulta oggetto di una disposizione definitoria di diritto positivo³⁹.

La perimetrazione del concetto è dunque opera meritoria della dottrina e della giurisprudenza⁴⁰ e affonda le sue radici nelle teorizzazioni sull'atto amministrativo⁴¹. Storicamente, infatti, il provvedimento nasce «dalla costola dell'atto

sanzione la norma primaria e nel precetto quella secondaria, con evidente riduzionismo del giuridicamente rilevante al momento coattivo sanzionatorio. Il primo tentativo di capovolgere i termini della dicotomia è fatto risalire a Rudolf von Jhering. Si osserva a tal proposito che «Von Jhering è giurista dell'età bismarckiana; siamo alla fine dell'Ottocento quando lo Stato moderno, pur celebrando i suoi fasti, comincia a essere minacciato dalla pressione politica di nuove forze sociali e reagisce trincerandosi nella propria autoreferenzialità: lo Stato produce il diritto che si indirizza ai suoi funzionari, veri destinatari del diritto, che debbono applicare il diritto stesso. Un mondo quindi circolare e chiuso, ove la dimensione del giuridico collegata all'esperienza attiva del singolo individuo sembra attutirsi, se non scomparire. Ecco: la considerazione che porta Jhering a spostare il momento focale del diritto nella sanzione è il frutto dell'applicazione di un criterio di importanza. Il ragionamento è questo: se il diritto è tale perché è espressione della volontà e della forza dello Stato, allora il diritto si articola, primariamente, in quelle norme che stabiliscono appunto le sanzioni negative, cioè la manifestazione della forza coercitiva nel giuridico», A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 126. Ma la più nota inversione dei due termini si deve all'opera di Kelsen, per il quale la norma primaria sarebbe la sanzione, mentre il precetto assurgerebbe a norma secondaria. Contrariamente alla prospettiva tradizionale, difatti, «per Kelsen, la vera norma primaria, anzi l'unica vera norma giuridica è la norma sanzionatoria», F. D'AGOSTINO, (voce) *Sanzione (teoria generale)*, cit., p. 319, il quale, facendo propria la critica di Hart, osserva che «affascinato dal mito scientifico della semplicità, Kelsen non si è mai voluto accorgere dell'indebita semplificazione della realtà giuridica cui la sua teoria costringeva; non si può non concordare con Hart, quando scrive che una simile dottrina acquista la piacevole uniformità del modello a un prezzo veramente troppo alto, quello di recar violenza alle diverse funzioni esercitate dai diversi (e reciprocamente irriducibili) tipi di norme giuridiche». Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 61.

Il collocamento della sanzione e del provvedimento su piani teorici diversi ha consentito a parte della dottrina di concludere per la non riconducibilità della sanzione amministrativa (e in particolare di quella sostanzialmente penale) al paradigma provvedimentale anche sulla scorta del diverso atteggiarsi del principio di legalità, evidenziando che «la legalità "penalistica" e quella amministrativa innescano una differente dinamica giuridica: le norme "penali" definiscono da sé i termini del conflitto tra le sfere giuridiche coinvolte; le norme amministrative "indirizzano" l'azione regolatrice degli apparati amministrativi, per fare in modo che gli stessi – in quanto delegati dall'ordinamento a "comporre" la gerarchia degli interessi coinvolti – operino in modo imparziale e coerente con l'indirizzo politico-amministrativo. Per le medesime ragioni, l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo si configura, sul piano strutturale e funzionale, in termini diversi dalla nozione di "provvedimento"», D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Riv. Reg. mer.*, 2022, p. 47 ss., in part. p. 85.

Emerge allora, e in ciò confermando i risultati evincibili già sul terreno etimologico, la distinzione – sul piano funzionale – tra la norma sanzionatoria, volta alla qualificazione di un comportamento umano in termini di illiceità e quella scaturente dal provvedimento amministrativo, tesa alla cura dell'interesse pubblico. Qui intendendo la norma in termini assai generici, quale *regula iuris*, senza alcuna intenzione di qualificare in termini normativi il provvedimento.

amministrativo, come sua species eminente»⁴².

Per vero, la dottrina italiana intercetta la centralità della questione definitoria dell'atto amministrativo solo dopo esser stata lungamente occupata nella stessa identificazione del concetto di amministrazione⁴³.

La necessità di individuare il perimetro dell'atto amministrativo emerge in tutta la sua impellenza per un'esigenza eminentemente processuale⁴⁴: sia la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E (c.d. L.a.c.) che la legge 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. Legge Crispi) si riferiscono – seppur con accezioni e finalità sensibilmente diverse⁴⁵ – all'atto amministrativo⁴⁶; di qui l'esigenza di delimitare con

39 In termini, F. FOLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 112. Non mancano ordinamenti in cui il legislatore si è fatto carico della questione definitoria. Esempio classico è quello del § 35 della Legge sulla procedura amministrativa tedesca del 1976 (VwVfG) che definisce (non già il provvedimento ma) l'atto amministrativo come «ogni provvedimento, decisione o altra misura autoritativa che è emanata da un'autorità amministrativa per regolare un caso singolo nel campo del diritto pubblico e che è volta a produrre un effetto giuridico diretto verso l'esterno». Per un'efficace sintesi della disciplina dell'atto amministrativo nella Legge sulla procedura amministrativa, G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, p. 227. La nozione fatta propria dal legislatore tedesco del 1976 non è molto distante da quella fornita quasi un secolo prima da Otto Mayer. Lo sforzo definitorio così compiuto ha rappresentato una svolta nello studio del fenomeno, se solo si pensi che nella cultura giuridica tedesca precedente si ricomprendeva nel perimetro dell'atto amministrativo qualunque forma di attività dei pubblici poteri. Sull'evoluzione della nozione di atto amministrativo nell'ordinamento tedesco, F. BARTOLOMEI, *L'atto amministrativo nella letteratura giuridica della Repubblica Federale di Germania*, in *Saggi di diritto pubblico*, Milano, 1994, p. 75. Per un'ampia ricostruzione del pensiero mayeriano, nell'ambito di una complessiva ricostruzione critica del concetto di provvedimento v. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, in part. p. 42 ss.

40 In tema, Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6244. Osserva Giannini che l'elaborazione concettuale si deve soprattutto all'opera della dottrina italiana e tedesca e a quella della giurisprudenza francese, cfr. M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 157 ss., in part. p. 157.

41 La prima trattazione generale sugli atti amministrativi si deve a L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1879. La letteratura successiva è vastissima. *Ex plurimis*, E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, Milano, 1911; S. TRENTIN, *L'atto amministrativo: contributi allo studio della manifestazione di volontà della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1915; R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per la teoria dell'atto amministrativo*, in *Jus*, 1941, p. 385 ss.; R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941; U. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milano, 1942; ID., *Gli atti amministrativi*, Napoli, 1964; O. RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 ss.; ID., (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, XII, Torino, 1997, Agg. 2013, p. 243 ss.; O. RANELLETTI, A. AMORTH, (voce) *Atti amministrativi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 1487 ss.; M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, cit.; G. GUARINO, (voce) *Atti e poteri amministrativi*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano, 1983, p. 101 ss.; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986 (rist. anast. dell'ed. 1916); F. SATTA, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988; D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 747 ss.; ID., (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 46 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.; A. LOLLI, *L'atto amministrativo*

precisione tale concetto⁴⁷.

La dottrina elabora differenti prospettazioni teoriche al fine di chiarire i confini della categoria cui le disposizioni del nascente sistema di giustizia amministrativa facevano riferimento.

In un primo tempo è emersa la c.d. teoria formale, alla stregua della quale il perimetro dell'atto amministrativo sarebbe coinciso con ogni atto emanato in virtù di un potere pubblicistico da un organo di un plesso amministrativo. In tal modo la categoria ha subito una dilatazione tale da renderla un contenitore generalissimo, al cui interno far rifluire anche gli atti normativi espressione del potere esecutivo, come i decreti aventi forza di legge⁴⁸.

nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica, Milano, 2000; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000; P.M. VIPIANA, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

42 F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 1.

43 Sul punto, si osserva che «nelle riflessioni della prima dottrina postunitaria, era lo stesso concetto di amministrazione a risultare ampio e non sempre individuato nei suoi precisi limiti, onde non può escludersi che l'incertezza in ordine al concetto di atto amministrativo, strumento tipico dell'agire amministrativo, riflettesse l'incertezza sui limiti e le peculiarità dell'amministrazione», E. CASETTA, (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., p. 243. In termini analoghi, si è fatto notare che «I giuristi del diciannovesimo secolo si erano preoccupati di descrivere l'attività amministrativa, anche in rapporto alle altre forme di attività dei pubblici poteri, e ne avevano offerto classificazioni per materie, ma non ne avevano dato qualificazioni giuridiche, e in particolare non si erano posti il problema delle differenze tra gli atti emanati dalla pubblica amministrazione e quelli dei privati», B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, cit., p. 74.

Le difficoltà nascono probabilmente dal fatto che il concetto di amministrazione, nel corso dei secoli precedenti, fu ricondotto in parte alla giurisdizione e in parte alla legislazione. Isolati i tre poteri dello Stato, alla dottrina postunitaria si richiese l'ulteriore sforzo di distinguere, nell'ambito del potere esecutivo, tra funzioni riconducibili al ruolo costituzionale del governo e quelle più propriamente amministrative. Le difficoltà di una simile distinzione emergono anche rispetto alla concettualizzazione dell'atto amministrativo, specie nella c.d. teoria formale.

44 Analogamente a quanto avvenuto in Francia. E difatti, «L'acte administratif a été révélé par le contentieux et c'est essentiellement de ce point de vue que la notion est toujours appréhendée. Il s'agit, en d'autres termes, de l'acte susceptible d'être attaqué, notamment par la voie du recours pour excès de pouvoir, devant le juge administratif, qui lui appliquera le droit administratif», J. PETIT, P.L. FRIER, *Droit administratif*, Parigi, 2023, p. 381.

45 Sulle ragioni che indussero il legislatore dapprima ad optare per l'abolizione del contenzioso amministrativo e di poi per l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato si v., per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, E. Cardi, A. Nigro (a cura di), Bologna, 2000, spec. p. 69 ss.

46 Si vedano, in particolare, gli artt. 4 e 5 L.a.c. e l'art. 3 Legge Crispi. E difatti, posto dalla L.a.c. il divieto di annullamento dell'atto a carico del giudice ordinario «quella di atto amministrativo divenne una nozione giuridicamente rilevante, e sorse il problema della sua definizione e dei suoi confini», B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., p. 36.

Com'è noto, il privato titolare di un «diritto civile o politico» poteva azionare la sua posizione innanzi alla giurisdizione ordinaria la quale, in caso di accertata illegittimità di un atto dell'amministrazione, disponeva del potere di disapplicazione evincibile a partire dall'art. 4 L.a.c. Ove invece l'amministrato non fosse stato titolare di un diritto soggettivo, le controversie relative agli «affari non compresi» sarebbero state rimesse alla stessa amministrazione.

È stata successivamente elaborata la c.d. teoria formale-sostanziale, in base alla quale l'atto amministrativo sarebbe identificabile al ricorrere di due requisiti: uno formale, dato dalla provenienza da un'amministrazione; l'altro sostanziale, rappresentato dallo scopo di cura di un interesse pubblico. La dottrina ha messo in rilievo la tautologia insita in tale approccio, «essendo da individuare l'atto amministrativo "in senso proprio" nell'atto che fosse tale sotto l'aspetto soggettivo, oggettivo e formale insieme, esso poteva indicarsi come l'atto di autorità amministrativa che fosse esercizio di potestà amministrativa, sì che se ne rinviava la determinazione a concetti estranei alla sua stessa definizione»⁴⁹.

La Legge Crispi, dal canto suo, istituendo la IV Sezione del Consiglio di Stato, ne individuava la competenza nel «decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, ne si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali» (art. 3), in tal modo dando rilievo al tipo di tutela esperibile, di carattere eminentemente impugnatorio.

Sulla Legge di abolizione del contenzioso e sull'istituzione della IV sezione, v., in tempi recenti, F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 671 ss.; ID., *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 13 ss. Si vedano inoltre M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 62; V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, Roma, 2016, p. 25; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, p. 22; L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa. I. Il giudice speciale*, Torino, 2021, spec. pp. 29 ss. e 49 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 29; AA.VV., *Giustizia amministrativa*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2023, p. 4 ss.; AA.VV., *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, M.A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2024. Per un'approfondita analisi storica L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, 2001, Roma – Bari, p. 330.

⁴⁷ Si tenga a mente che il successivo comma 2 dell'art. 3 Legge Crispi escludeva la proponibilità del ricorso avverso «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». La delimitazione dell'atto amministrativo risultava dunque indispensabile anche ai fini della perimetrazione del concetto di atto politico.

In senso critico rispetto alla rottura del «tratto più tipico dell'attività amministrativa», rappresentato «dalla sua continuità», mediante l'emersione del concetto di atto amministrativo, v. F. SATTA, (voce) *Atto amministrativo*, cit., p. 9. Questa dottrina, del resto, si pone in senso fortemente critico nei confronti della nozione, di cui evidenzia l'inconsistenza concettuale. L'atto amministrativo sarebbe concetto «totalmente astratto e indeterminato, del quale è impossibile ricercare la disciplina e tentare una ricostruzione perché non esiste nella realtà. È una pura categoria logica», F. SATTA, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, cit., p. 160. La tendenza della teoria formale dell'atto amministrativo ad includervi anche atti espressione del potere sovrano probabilmente si spiega in ragione dell'originaria assimilazione dell'amministrazione ora al potere legislativo, ora a quello giudiziario, a seconda del grado di vincolatezza del potere. Sul punto L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 297.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, cit., p. 161, che nella citata voce enciclopedica ha rilevato che l'elaborazione di questa teoria è il frutto della valorizzazione del principio di separazione dei poteri. La tesi in commento è stata sviluppata soprattutto dalla dottrina tedesca (Laband e Jellinek) e italiana (Ranelletti e, con alcune attenuazioni, Santi Romano).

Tra le tesi tradizionali, ha poi avuto particolare fortuna quella negoziale⁵⁰. Ciò si comprende in considerazione del clima culturale dell'epoca, fortemente influenzato dall'elaborazione pandettistica⁵¹. È risultato difatti spontaneo, per la dottrina, muovere dall'atto amministrativo quale espressione della volontà dell'amministrazione, secondo una costruzione simmetrica e armonica identificante il naturale termine di paragone nel negozio giuridico contrattuale, quale massima espressione dell'autonomia (e della volontà) privata. Così procedendo, i fautori della tesi negoziale hanno spostato l'attenzione sul contenuto dell'atto amministrativo, da ricercarsi alla stregua del contenuto essenziale del negozio giuridico.

La giustapposizione al contratto è stata criticata dalla dottrina tradizionale⁵², la quale ha sottolineato che «l'atto amministrativo non è avvicinabile al contratto, figura principe del diritto privato, ma piuttosto a quelle determinazioni unilaterali produttive di effetti, che pur si hanno nel sistema privatistico, come il testamento»⁵³.

La principale critica mossa alla tesi negoziale si appunta sul suo fondarsi sulla mancata percezione dei profili differenziali tra l'agire dei privati, liberi nella scelta dei fini da perseguire nell'esercizio della loro autonomia, e l'agere amministrativo, teso al perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁴.

50 La teoria negoziale è sviluppata in Francia da M. HAURIOU, *Précis de droit administrative*, Parigi, 1933, in Germania da K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, 1910. Per l'Italia v. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1914; A. DE VALLES, *op. cit.*; S. TRENTIN, *op. cit.*

51 La letteratura amministrativistica sembra condizionata dalle suggestioni pandettistiche ancora sino alla prima metà degli Anni '30 del Novecento. Cfr. N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 413 ss. Già P. BODDA, *Opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940, p. 100 ss. avvertiva le criticità insite nel trasferire le categorie proprie del diritto privato a quello pubblico.

52 La più recente elaborazione dottrinarica, dal canto suo, non ha mancato di rilevare che l'aver raffrontato il provvedimento al negozio contrattuale anziché all'atto unilaterale privato debba ritenersi uno degli errori prospettici in cui la dottrina tradizionale è incappata e da cui scaturì la centralità dei concetti di imperatività e autoritatività del provvedimento, cfr. B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1 ss.

53 O. RANELLETTI, A. AMORTH, (voce) *Atti amministrativi*, *cit.*, p. 1487.

54 Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2023, p. 757. Osserva Satta, «il sistema di concetti e di valori, sviluppato dalla dottrina nella sua grande rimeditazione del diritto privato, venne trasferito, sic et simpliciter, al diritto pubblico ed amministrativo, dando assolutamente per scontato – davvero assumendo a priori – che la realtà dei rapporti tra cittadini e amministrazione potesse e dovesse venir interpretata e ricostruita secondo quel metodo, secondo quei concetti, secondo quei valori, senza dunque che neppure sorgesse il problema di verificare e conoscere l'esperienza di rapporti amministrativi, disciplinati dal diritto; in una parola, senza preoccuparsi di conoscere l'esperienza del diritto pubblico, e non privato. Il diritto amministrativo nasceva insomma già adulto, senza aver mai attraversato le fasi della propria formazione. Si parlava già di "atti" dell'amministrazione, di "diritti" del cittadino nei suoi confronti, di "contratti di diritto pubblico" ecc., quando tutto era ancora oscuro, avvolto nelle nebbie dell'incertezza: quando occorreva appena affrontare la dinamica dei rapporti e dei conflitti tra poteri dell'amministrazione e diritto del cittadino, quando addirittura si ignorava tutto della formazione degli atti e si concepiva l'amministrazione come una diffidente ed infida struttura, in cui l'unico momento di certezza era il vertice sommo, ministero o ministro.

Il primo passo verso l'emersione del provvedimento amministrativo dal concetto di atto amministrativo è rappresentato allora dalla definitiva emancipazione di quest'ultimo dal negozio giuridico, operazione concettuale che si deve in massima parte all'opera di Giannini⁵⁵, con il quale ci «*si libera così dall'ipoteca pandettistica e si cambia l'angolo visuale, per cui l'atto amministrativo si definisce in relazione alla sua funzione e non più alla sua struttura di dichiarazione di volontà*»⁵⁶.

Ne è di poi conseguita l'individuazione, nel *genus* degli atti amministrativi, della *species* provvedimento⁵⁷.

È per merito di simile elaborazione concettuale e dello sviluppo della c.d. teoria funzionale-procedimentale⁵⁸ che si è addivenuti a una più sicura distinzione tra il provvedimento e l'atto amministrativo e all'emancipazione del primo concetto dal secondo.

La teoria funzionale-procedimentale, oggi prevalente in dottrina, muove dalla valorizzazione della funzionalizzazione del potere e del suo dispiegarsi in moduli procedimentali. Sicché, il provvedimento si caratterizzerebbe rispetto al mero atto amministrativo in quanto atto conclusivo del procedimento. La linea differenziale tra atto e provvedimento viene così individuata mediante la relazione logica di genere a specie: il provvedimento è una particolare *species* di atto amministrativo. La specialità è individuabile nella sua funzione decisoria e terminale del procedimento.

Secondo la ricostruzione così operata, si giunge alla definizione secondo cui «*è provvedimento l'atto amministrativo autoritativo, che realizza in via diretta la cura di un interesse pubblico, è dotato di imperatività e assistito da autotutela, intesa l'imperatività come idoneità a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrato e l'autotutela come idoneità dell'atto ad essere eseguito dal suo stesso autore*»⁵⁹. L'essenza del

La realtà doveva essere affrontata in quest'ottica, frutto di tutt'altra esperienza. Era un'ottica deformante e fuorviante; solo l'astrattezza la salvava», F. SATTÀ, *op. cit.*, p. 4.

55 Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

56 R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 13.

57 Fondamentali sul punto le riflessioni svolte nel 1950 e nel 1959. Si vedano, in particolare, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; ID., (voce) *Atto amministrativo*, cit.

58 Sulla quale si veda, tra i molti, E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, p. 208, il quale pone in risalto, oltre al contributo di Giannini, anche quello di Benvenuti e Nigro. Lo stesso Giannini rinviene l'apertura della nuova fase nell'opera di Donati, Borsi, Presutti, Forti e Bracci, cfr. M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, cit., p. 162.

59 Così viene riassunta l'elaborazione concettuale di Giannini da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 15. Per la manualistica, *ex multis*, L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, Torino, 1998, p. 367; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 393; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, p. 1363; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. Fracchia (a cura di), Milano, 2017, p. 546; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 111; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 285; F.G. SCOCA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2021, p. 274; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 657; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*

provvedimento starebbe dunque in questa sua funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico⁶⁰.

Il discorso necessita, però, di talune puntualizzazioni relative alla natura di detto interesse⁶¹, di non secondario ausilio per le riflessioni qui condotte con riferimento alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione.

Troppo spesso, difatti, il riferimento al concetto di interesse pubblico pare nebuloso e impreciso. Celebre il riferimento all'interesse pubblico quale personaggio in nome del quale se ne combinano di ogni genere⁶².

Attraverso l'esercizio del potere, l'amministrazione pubblica introduce nell'ordinamento una regola giuridica per il caso concreto, determinando l'assetto degli interessi di quella specifica vicenda relazionale. Il fine è solo individuato dalla norma di attribuzione e di regolazione del potere, ma tale identificazione è operata sul piano generale e astratto. È attraverso l'attività conoscitiva e determinativa dell'amministrazione che questo interesse – calato nel procedimento amministrativo – si apprezza nella sua concreta consistenza. Opinando diversamente si sovrapporrebbe il piano generale e astratto con quello concreto, disconoscendo la capacità del provvedimento di introdurre un *quid novi* nell'ordinamento⁶³.

di diritto amministrativo, cit., p. 755.

60 Cfr., per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 236. Più recentemente si è osservato che «*Quanto ai caratteri costanti e indefettibili del provvedimento amministrativo nessun dubbio vi è che tra essi compaia la necessaria finalizzazione al raggiungimento di interessi pubblici concreti. Il provvedimento amministrativo è espressione del potere dell'amministrazione, il quale risulta assai simile al potere dei privati dal punto di vista strutturale, tuttavia se ne differenzia profondamente in quanto rileva come funzione, come strumento di soddisfacimento dell'interesse pubblico*», R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 17.

Non sembra essere casuale che proprio sotto questo profilo sia possibile scorgere la maggior sovrapposizione tra il significato di uso comune del lemma e quello più propriamente amministrativistico. Cfr. quanto osservato *supra*, nota n. 37 sull'etimologia di 'provvedimento'.

61 Vasta è la letteratura sulla rilevanza dell'interesse pubblico. *Ex multis*, W. CESARINI SFORZA, *Sul concetto di interesse generale*, ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, vol. II, Milano, 1967, p. 263 ss.; E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1972, p. 1 ss.; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 57 ss.; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 907 ss. Più di recente, v. le riflessioni di A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 797 ss.; ID., *Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, in *Jus publicum*, 2014, 2.

62 Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 108, il quale ammonisce dal semplicistico riferimento all'interesse pubblico. Osserva infatti che «*se in sede teorica è possibile ragionare, ai più alti livelli, semplicemente in termini di interesse pubblico, allorché si passa a livelli minori (come p. es. già per la teoria della discrezionalità o per quella del procedimento), e ancor più in sede applicativa, non si può sfuggire all'onere dell'esatta identificazione dell'interesse o, più spesso, degli interessi pubblici, sotto pena del generico in dottrina e dell'approssimativo nella pratica e nella giurisprudenza*».

63 E dunque, a venire in rilievo sarebbe «*non l'interesse pubblico generale ed ancor meno l'indeterminato Gemeinwohl, ma un interesse che, sia pure entro i limiti del tipo risultante dalla legge, l'amministrazione stessa "pone" come esigenza storica reale, modellandolo sull'impronta di una situazione di fatto concretamente individuata. E quindi, ancora, un interesse che costituisce la materia di una attività*

Il momento conoscitivo dell'azione amministrativa – l'istruttoria procedimentale – sembra disvelare in modo chiaro quanto si è appena affermato. Nell'istruttoria, infatti, l'amministrazione è chiamata a individuare tutti gli interessi in gioco e ad accertarne la consistenza⁶⁴, in modo da poter assumere la decisione amministrativa che meglio realizzi l'interesse pubblico nel caso concreto, il cui perseguimento è il fine stesso dell'azione amministrativa, per come delineato dalla norma di attribuzione del potere e da quelle che ne regolano l'esercizio.

Il dialogo tra gli interessi, però, non avviene su un piano astratto, in quanto «il risultato dell'istruttoria non è un elemento esterno o reperibile aliunde, bensì un fatto desumibile solo dall'istruttoria: cade così l'idea dell'interesse pubblico come fattore extra ordinem»⁶⁵.

Il *quid novi* immesso nell'ordinamento dal provvedimento amministrativo – la norma giuridica inferiore che esso pone rispetto alla norma giuridica superiore che regola il potere⁶⁶ – è l'oggettivizzazione in concreto dell'interesse pubblico quale risultato dell'istruttoria⁶⁷.

“conoscitiva” e “creativa” al tempo stesso», così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss., in part. p. 379.

64 E ciò a pena di invalidità del provvedimento, *sub specie* di eccesso di potere *ex* art. 21-octies l. 7 agosto 1990, n. 241 e art. 29 c.p.a. In particolare, la non esaustiva individuazione dei fatti rilevanti si risolve nel vizio di incompleta istruttoria; il vizio dell'accertamento, invece, può consistere nell'erroneità o nel travisamento dei fatti. Queste due figure sono tradizionalmente individuate quali indici sintomatici di eccesso di potere. Si v. però V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 487, il quale rileva che in questi casi «il vizio emerge non da un mero sintomo di irragionevolezza dell'agire, ma da un risultato sostanziale dell'azione concreta. Qui non si tratta dunque di figure sintomatiche, anche se ad esse spesso sono accomunate».

Si v. inoltre, N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. II, Roma, 1932, p. 5 ss.; G. DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere legislativo. I. L'eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, 1973, in part. p. 68 ss.; T. ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 55 ss.; A. AZZENA, *Sindacato sui cosiddetti sintomi di eccesso di potere ed ampliamento della competenza del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, p. 29 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 61 ss.

65 A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., p. 803 ss.

66 Ovviamente il riferimento alla “norma” non sta ad indicare la natura normativa del provvedimento, ma è operato nel senso classico di risultato dell'infettibile attività ermeneutica. Nella visione *kelseniana* l'amministrazione «è individualizzazione e concretizzazione di leggi e precisamente di leggi amministrative», H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1934, trad. it. di TREVES G., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952. La citazione è tratta dall'edizione del 2000, nella collana *Piccola Biblioteca Einaudi*, p. 109.

Come osservato, «Ogni azione deontica, e quindi anche il provvedimento amministrativo, è – si ripete – mutamento da uno stato-di-cose deontico ad un altro, il primo iniziale, il secondo risultato dal mutamento. L'effetto del provvedimento, perciò, è necessariamente e per definizione una norma (dispositiva o prescrittiva)», F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 420.

67 Cfr. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., p. 810.

Il dinamismo concreto dell'interesse pubblico – che, facendo capo a una o più amministrazioni, può anche essere definito interesse pubblico amministrativo⁶⁸ – si contrappone alla staticità dell'interesse generale, quale riflesso di una valutazione politica, operata a monte dal legislatore e identificabile, in un contesto democratico-costituzionale, con la volontà generale⁶⁹.

2.2. La rilevanza statica dell'interesse pubblico (generale) nella sanzione amministrativa

La breve incursione nella dogmatica del provvedimento amministrativo⁷⁰ pare aver consentito di chiarire che: i) il provvedimento è funzionalmente proiettato al perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione; ii) detto interesse vive in una dimensione dinamica e fluida nel momento conoscitivo e dispositivo dell'*agere* amministrativo, sicché non può essere mai apprezzato e considerato come un *deus ex machina*⁷¹.

Nell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa, a parere di chi scrive, questo dinamismo dell'interesse pubblico sembra sostituito da una *pietrificata* prevalenza per l'interesse all'osservanza del precetto⁷², quale interesse generale predeterminato al momento dell'introduzione della fattispecie sanzionatoria nell'ordinamento giuridico⁷³. Che poi l'osservanza del precetto persegua in-

68 M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, pp. 908-909, nota n. 66.

69 Cfr. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., p. 827.

70 E non può che essersi trattata di incursione, attesa la centralità della categoria nel diritto amministrativo e la sua pregnanza teorica.

71 Il riferimento è a E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Interesse (diritto amministrativo)*, cit., p. 7.

72 Diversamente accade per quelle che sovente vengono definite sanzioni amministrative in senso lato, ma che qui si preferisce chiamare misure ripristinatorie, rispetto alle quali si ha vero e proprio esercizio della funzione amministrativa, quale cura concreta degli interessi pubblici. In questo caso, difatti, «L'interesse pubblico è curato dall'amministrazione, che agisce come amministrazione in senso proprio e non come (una sorta di) giudice», M. LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 175, che, più avanti, commentando Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1978, n. 926, rileva come detta nota pronuncia abbia individuato «con chiarezza la diversità di ratio delle misure ripristinatorie rispetto alle sanzioni amministrative: mentre le seconde hanno finalità punitiva, le prime attengono alla cura di interessi pubblici e, quindi, sono espressione di un'autentica funzione amministrativa» (p. 191). Oltre, l'A., con particolare riferimento alle misure ripristinatorie in materia ambientale, sembra ricollegare la circostanza del loro essere espressione del concreto esercizio di funzione amministrativa propriamente intesa, con la sussistenza di margini di discrezionalità amministrativa attribuiti all'autorità competente (cfr. p. 198).

Qui si sostiene una posizione complementare a quella da ultimo riportata. E difatti, la funzione afflittiva propria delle sanzioni amministrative intese quali *pene in senso tecnico* esclude che queste possano considerarsi espressione di una funzione provvedimentale amministrativa e, con ciò, la sussistenza di margini di scelta riconducibili alla tradizionale nozione di discrezionalità amministrativa.

73 In termini analoghi, M.A. SANDULLI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 2, per la quale «la sanzione è essenzialmente rivolta a colpire il responsabile dell'illecito, attraverso la comminatoria di un male che esula dalla soddisfazione diretta (inteso quest'ultimo come aggettivo in senso finalistico e non contenutistico) dell'interesse (del soggetto pubblico o privato) specificamente pregiudicato. L'interesse che viene preso in

direttamente finalità di pubblica rilevanza e consistenza pare essere – ancor prima che un dato facilmente evincibile dall'ordito positivo – circostanza imposta dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

L'infrazione di una misura afflittiva, di una *pena in senso tecnico*, non si giustificerebbe se non fosse in qualche modo funzionale alla tutela di interessi di una certa consistenza, a meno di non voler giustificare, sul piano della ricostruzione dogmatica, ipotesi di precetti assistiti da sanzioni per il mero capriccio o l'arbitrio del *rule maker*.

La sanzione, dunque, opera anzitutto in termini di dissuasione della generalità dei consociati (funzione general-preventiva) e, in caso di inosservanza del precetto, retribuisce il trasgressore⁷⁴ e ristabilisce la legalità violata (funzione retributiva), tentando inoltre di esercitare su questi una pressione psicologica affinché non ricommetta la violazione (funzione special-preventiva)⁷⁵.

Essa è retta dallo schema logico-formale dell'imputazione, in base al quale "Se *a*, allora *b*". Da una certa premessa – la protasi – in questo caso la violazione del precetto, segue una data conseguenza – l'apodosi – e cioè l'irrogazione della misura afflittiva⁷⁶.

La sanzione, anche quella amministrativa, replica la struttura del periodo ipotetico.

L'interesse pubblico generale, in simili evenienze, è a soddisfazione garantita, non residuando margini per l'apprezzamento di altri interessi, che al più trovano, per espressa previsione normativa, emersione nel momento dispositivo della quantificazione⁷⁷.

Quanto detto trova conferma nell'essenza stessa del fenomeno della depenalizzazione, alla base di numerose previsioni di sanzioni amministrative presenti nell'ordinamento positivo⁷⁸.

considerazione dalle norme sanzionatorie è invece piuttosto quello – pubblico – al rispetto dell'ordine giuridico (sia questo l'ordine generale o quello particolare dell'Amministrazione)».

⁷⁴ «*Malum passionis, quod infigitur ob malum actionis*», secondo la nota definizione di Ugo Grozio in *De iure belli ac pacis*, l. II, cap. XX, § 1.1.

⁷⁵ La tematica intercetta l'articolato dibattito penalistico sugli scopi e sulle funzioni della pena criminale. Su tali aspetti, per una panoramica generale v., per tutti, P. NUVOLONE, (voce) *Pena (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 787 ss. Sulla punizione e sulle sue funzioni, nell'assetto contemporaneo, si v. le recenti riflessioni di G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024.

⁷⁶ Sul principio di imputazione v. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 149; ID., (voce) *Qualificazione giuridica (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991. In termini generali, sulla struttura della proposizione deontica, v. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 154.

⁷⁷ Si vedano, in particolare, l'art. 11, l. n. 689/1981 e l'art. 133 c.p. Su tale aspetto v. *infra* par. 3.3.

⁷⁸ Come notato in dottrina, «*le sanzioni penali e quelle amministrative pecuniarie connesse a politiche legislative di depenalizzazione sono assimilabili: entrambe assolvono una funzione repressiva mediante l'irrogazione di una sanzione avente un contenuto afflittivo nei confronti del trasgressore. Due elementi forniscono una chiara prova di tale analogia di fondo: il modo di concepire il principio di legalità e la discrezionalità nell'applicazione della sanzione, segnatamente nella quantificazione di essa*», M.

E difatti, quel che nel reato costituiva il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, diviene l'interesse pubblico tutelato dalla sanzione amministrativa, in un *continuum* valoriale caratterizzato – il più delle volte – dal mero succedersi della sanzione amministrativa alle pene di cui all'art. 17 c.p.⁷⁹.

Il parallelismo tra il diritto penale e quello punitivo amministrativo è particolarmente efficace⁸⁰.

Nel sistema penale il bene giuridico tutelato non viene fatto oggetto di ponderazione con l'interesse perseguito dal reo nella commissione del reato o con altri ulteriori interessi emergenti nella fattispecie concreta.

Nella successione dal reato all'illecito amministrativo una simile statica rilevanza di ciò che prima era il bene giuridico tutelato non può che rimanere immutata nella sostanza. L'interesse pubblico generale (all'osservanza del precetto) non è sacrificabile e non dialoga con altri interessi⁸¹.

LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 180.

⁷⁹ Tanto da far parlare la dottrina penalistica, con specifico riguardo al fenomeno dell'efficacia della legge penale nel tempo, di successione impropria. Sul tema v. T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 1322 ss.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 175 ss.; E. AGHINA, *La disciplina transitoria e le norme finali*, in G. Lattanzi, E. Lupo (a cura di), *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001, p. 319 ss.; S. CARDIN, *Principi generali dell'illecito amministrativo*, Padova, 2005, spec. p. 22 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della fattispecie incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 150 ss.; ID., (voce) *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Milano, 2014, p. 648 ss.; D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 322 ss.; V. TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 1 ss.

Del resto, come autorevolmente osservato «il mero mutamento della sanzione non può automaticamente mutare gli interessi tutelati dalla norma o i rapporti in atto, né può crearne di nuovi. In queste condizioni bisogna convenire che – oggi come oggi – una distinzione contenutistica di carattere generale tra reati e illeciti amministrativi non riesce a tenerla in piedi», E. CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, cit., p. 45 ss., in part. p. 54.

⁸⁰ Tale assonanza «tra sanzioni giurisdizionali e sanzioni amministrative» è invece recisamente esclusa da F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, cit., p. 41.

I punti di contatto tra diritto penale e amministrativo saranno illustrati con regolarità in questa sede, al fine di segnalare come fenomeni molto analoghi possano essere spiegati nella comune "galassia afflittiva", prescindendo dal ricorso alla categoria della discrezionalità amministrativa. Per questa felice formula v. R. BARTOLI, *La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, in *sistemapenale.it*, 2 marzo 2021.

⁸¹ Un momento di autonomia rilevanza di interessi ulteriori può essere individuato in quegli istituti del diritto penale che vengono ricondotti dalla c.d. teoria quadripartita nell'alveo della punibilità e che sono spiegati in termini di valutazioni politico-criminali sull'opportunità dell'irrogazione della pena. Per una sintetica esposizione della teoria quadripartita v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2024, p. 241 ss.

Prescindendo in questa sede dal dibattito circa la collocazione della punibilità nella teoria analitica del reato e della stessa possibilità di poterla configurare, nell'esposizione degli elementi

Le ulteriori possibili sovrapposizioni concettuali tra illecito penale e amministrativo potrebbero essere a lungo elencate, ma il senso di quanto precede non cambierebbe. Il tentativo di affermare che la sanzione amministrativa – intesa in questa sede, lo si ribadisce, quale *pena in senso tecnico* – sia in grado di perseguire essa stessa direttamente l'interesse pubblico concreto affidato alle cure dell'amministrazione precedente si scontra con la statica⁸² rilevanza assunta dall'interesse generale nel momento sanzionatorio, sconosciuta alle tradizionali funzioni di amministrazione attiva, specie se discrezionali⁸³.

3. Il profilo strutturale della potestà sanzionatoria amministrativa. I margini di scelta dell'amministrazione

Si sono così indicate le ragioni per le quali la sanzione amministrativa non sarebbe – sotto il profilo funzionale – strumento volto direttamente e concretamente alla cura dell'interesse pubblico e, dunque, un atto avente natura sostanzialmente provvedimentale.

Occorre ora declinare le implicazioni di quanto sin qui sostenuto rispetto al rapporto tra la potestà sanzionatoria dell'amministrazione pubblica e la discrezionalità amministrativa; questione «di rilievo centrale, non solo per un corretto inquadramento del procedimento sanzionatorio, ma anche per una valutazione complessiva dell'istituto»⁸⁴.

A fronte di un orientamento dottrinario prevalentemente orientato a negare spazi di discrezionalità amministrativa nel procedimento sanzionatorio⁸⁵, una parte della dogmatica opina diversamente⁸⁶.

del reato, quale autonomo elemento, preme qui evidenziare il fatto che financo in materia penale il legislatore prevede ipotesi di impunità nei confronti dell'autore di un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole. Ciò non sta certo a significare che la potestà punitiva dello Stato sia rimessa all'arbitraria valutazione del giudice penale, quanto piuttosto che la risposta punitiva può arretrare nei casi e nei modi predeterminati dalla legge e sulla base di valutazioni di opportunità e di politica criminale rimessi al legislatore, inverte nella decisione giudiziaria del caso concreto. Del resto, valutazioni relative alla punibilità di un illecito amministrativo già perfetto (e dunque tipico, anti-giuridico e colpevole) si rinven-gono nella stessa l. n. 689/1981. Si pensi alla morte del trasgressore (art. 7), all'oblazione (cfr. art. 16 sul pagamento in misura ridotta) e alla prescrizione (art. 28). In termini, C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 391.

82 Il riferimento alla staticità, del resto, non è casuale. Come già osservato (cfr. *supra*, nota n. 38), in punto di teoria generale, difatti, mentre è possibile apprezzare il provvedimento in un'ottica nomodinamica, la comprensione del fenomeno sanzionatorio è offerta da una visuale nomostatica dell'ordinamento giuridico, caratterizzata dalla relazione tra il precetto (la norma primaria) e la reazione sanzionatoria (la norma secondaria).

83 Del resto, chi opina diversamente finisce col rilevare l'anomalia con cui la potestà sanzionatoria perseguirebbe l'interesse pubblico e la compatibilità del diretto perseguimento di tale interesse anche in campo penale. Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 66-68. In termini analoghi F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 337 ss.

84 C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 397.

85 Si vedano gli Autori già citati alla nota n. 23.

La giurisprudenza, dal canto suo, non è giunta a solide conclusioni, potendo però individuarsi una tendenza favorevole al carattere non discrezionale della potestà sanzionatoria in alcune pronunce della Corte di Cassazione, a fronte di orientamenti opposti sostenuti nella giurisprudenza amministrativa⁸⁷.

La prospettiva d'indagine tradizionale muove dalla distinzione tra discrezionalità amministrativa nell'*an* e discrezionalità amministrativa nel *quantum*.

Un tale approccio al tema, tuttavia, non sembra del tutto appagante. Esso, difatti, pare concentrarsi su taluni aspetti della decisione amministrativa (per l'appunto quelli relativi all'*an* e alla quantificazione), senza indagarne il substrato conoscitivo e valoriale nel quale essa si colloca.

Su di un piano strutturale, poi, non sembra consentire l'apprezzamento degli autonomi frangenti nei quali le norme attributive e regolative della potestà sanzionatoria (e, più in generale, dei poteri amministrativi) possono prevedere l'emersione di margini di scelta in capo all'autorità procedente.

Per chiarire questi aspetti è necessario svolgere qualche preliminare considerazione sulla discrezionalità amministrativa⁸⁸, necessariamente contenuta nei

⁸⁶ Per la dottrina meno recente U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901; E. GUICCIARDI, *Pene pecuniarie per infrazioni valutarie e competenza giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1954, I, p. 151 ss.; G. LANDI, (voce) *Disciplina (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 17 ss. Più di recente F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit.; S. CIMINI, *op. cit.*, e, in parte, S.L. VITALE, *op. cit.*

La tesi della discrezionalità è poi sostenuta da quella dottrina che rinviene profili di specialità nella potestà sanzionatoria di pertinenza delle Autorità amministrative indipendenti. Si veda, in particolare, E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit.; L. BERTONAZZI, *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui all'art. 3, comma 20, lett. c) della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 831 ss.; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007.

⁸⁷ Per una ricca analisi delle principali posizioni della giurisprudenza v. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit. pp. 80-95 e S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 278 ss. Per la giurisprudenza civile Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489; Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240; Cass., sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246; Cass., sez. lav., 11 aprile 2001, n. 5443; Cass. civ., Sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786. Nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584; Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542; Cons. Stato, sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4799; Cons. Stato, sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2422; Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2251; Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256; Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2011, n. 1813.

⁸⁸ La rilevanza del concetto per la scienza amministrativistica e per la prassi è tale da aver dato luogo ad una letteratura sconfinata. Senza alcuna pretesa di esaustività si v., *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 1098 ss.; A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3165 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; G. BARONE, (voce) *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc.*

limiti di quanto funzionale al discorso qui condotto.

L'opinione comunemente diffusa, secondo la quale la discrezionalità amministrativa si risolve in una ponderazione di interessi, si deve – ancora una volta – al contributo di Massimo Severo Giannini⁸⁹. Si è così disvelato il ruolo concreto dell'interesse pubblico e il suo non manifestarsi mai da solo, ma sempre interconnesso in un più ampio contesto valoriale.

Nell'ambito di un simile approccio ricostruttivo, la discrezionalità amministrativa assumerebbe centralità nella fase di concretizzazione dell'interesse pubblico, sulla scorta di un'operazione di carattere valutativo, rimessa dalla norma attributiva e regolativa del potere all'amministrazione. Indicato l'interesse pubblico amministrativo in via generale e astratta, all'amministrazione sarebbe richiesto di trasporlo sul piano della fattispecie concreta. All'atto dell'esercizio del potere la pubblica amministrazione individuerrebbe la via più idonea per la cura concreta dell'interesse pubblico.

Tale concretizzazione avverrebbe sulla base di un'operazione comparativa, di carattere quantitativo e qualitativo, degli interessi pubblici e privati attinti dal potere, in modo che l'interesse pubblico perseguito (c.d. primario) possa essere soddisfatto «secondo il valore che l'autorità ritiene che abbia nella fattispecie»⁹⁰.

giur., vol. XIII, Roma, 1989; E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 71 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit.; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale: per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.

89 M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit. Per un esame dell'evoluzione concettuale della categoria della discrezionalità nel pensiero di Giannini v. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss. Sulla categoria della discrezionalità negli autori precedenti, v. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, cit., p. 240.

90 M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 74. Su questo aspetto della ricostruzione gianniniana si è osservato che l'attività di comparazione sarebbe necessaria «perché il valore dell'interesse essenziale (motivo primario) varia in ragione dell'incidenza che, nella fattispecie concreta, assumono gli interessi secondari (motivi secondari), che l'amministrazione non prenderebbe in considerazione in quanto tali, poiché la legge non gliene rimette la cura», N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 436 che, più avanti, sottopone a revisione critica l'assunto che l'interesse primario sia già dato all'atto della comparazione qualitativa con gli altri interessi, facendo notare come «o la individuazione del concreto interesse pubblico si desume dalla norma, ma allora il suo apprezzamento deve necessariamente essere preceduto da un'attività interpretativa che la dottrina in commento non prende in adeguata considerazione, ovvero deve individuarsi mediante l'apprezzamento concreto dei soli interessi secondari, ossia attraverso un procedimento di conoscenza (ma meglio si potrebbe dire di comprensione) della realtà inevitabilmente avulso dal confronto con la fattispecie normativa; con la conseguenza che, ove l'emergenza dell'interesse pubblico finisse con lo scaturire dall'apprezzamento dei soli

Questa attività di ponderazione sarebbe la ragion d'essere della categoria, la cui necessità logico-giuridica si dovrebbe rinvenire nella «*esigenza che, nella cura di ciascun interesse pubblico, l'autorità competente possa tener conto degli interessi che con quello concorrono o che a quello accedono*»⁹¹. Tramite l'esercizio del potere discrezionale la pubblica amministrazione si farebbe dunque concreta portatrice dell'interesse pubblico nella specifica vicenda di vita di relazione, intervenendo sul *quid*, sull'*an*, sul *quando*, sul *quomodo* del potere stesso⁹².

La concretizzazione di detto interesse troverebbe emersione formale con l'adozione del provvedimento amministrativo. Il legislatore, dunque, affiderebbe all'amministrazione il difficile ruolo di soppesare tutti gli interessi e domare la complessità della realtà, adottando la determinazione che in quello specifico contesto risulti preferibile.

L'esito della scelta rimessa all'amministrazione non potrebbe mai dirsi scontato, potendo ipotizzarsi il caso di una fattispecie concreta in cui l'interesse pubblico primario risulti subvalente rispetto agli altri interessi in gioco, pubblici o privati che siano. La soluzione ottimale del "problema amministrativo", dunque, è una soluzione aperta⁹³, rimessa all'apprezzamento dell'amministra-

interessi secondari, questo tipo di attività escluderebbe in radice la possibilità di operare una comparazione, in assenza di uno dei due postulati termini di relazione» (p. 438).

91 F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1048, nota n. 10. In termini, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 102.

92 In termini, P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, vol. II, Milano, 1992, p. 7. Per una riflessione sul tema della discrezionalità nel *quando*, si veda A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

93 Le difficoltà sorte nel coniugare funzione provvedimentale e potere vincolato possono trovare una chiave di lettura proprio nell'esito "a soluzione chiusa" che caratterizza i provvedimenti vincolati. Di qui i dubbi sulla stessa riconducibilità di simili provvedimenti alla categoria generale.

La tesi dell'inqualificabilità in termini provvedimentali degli atti adottati nell'esercizio di un potere vincolato pare prendere le mosse da una identificazione tra potere amministrativo e discrezionalità ed è solitamente ricondotta ad alcune riflessioni espresse da Miele in un contributo del 1944, ove l'A. afferma che «*nel caso di un atto giuridico compiuto in adempimento di un obbligo, occorrerà esaminare se esso altra modificazione non produca che l'estinzione dell'obbligo stesso (solutio), nel qual caso non v'è posto per il potere giuridico, o se, oltre a questa, vi sia una modificazione giuridica autonoma che non si possa spiegare con l'effetto proprio dell'adempimento dell'obbligo, e allora essa dovrà essere ricondotta a un potere giuridico*», G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 114 ss., in part. p. 116; ID., *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1953, p. 45. In termini, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, pp. 279 e 289; G. GUARINO, (voce) *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 101; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 155 ss.

Nello stesso senso si afferma che «*d'un potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga d'un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l'affermazione di una volontà compiutamente espressa dalla norma: e quindi per l'affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto, di quello posto dalla legge*», così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 376 ss.; più recentemente L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, p. 37 ss.

Così opinando, però, sembrerebbe operarsi una sovrapposizione concettuale tra il potere come capacità e il potere come situazione giuridica soggettiva. Per una più approfondita

zione procedente e alla sua capacità di cogliere l'effettiva consistenza di tutti gli interessi incisi dal potere⁹⁴.

Rispetto alla tematica che qui si affronta, è sulla scorta della concezione *gianniniana*⁹⁵ che una parte della dottrina scorge momenti di discrezionalità amministrativa nell'esercizio della potestà sanzionatoria⁹⁶. Non mancano poi diverse ricostruzioni, che individuano nella sanzione amministrativa la spendita di discrezionalità tecnica o di discrezionalità giudiziale.

La prospettiva d'indagine qui proposta sottende un'impostazione parzialmente diversa, basata su una preliminare scomposizione – in termini strutturali – dell'azione dell'amministrazione pubblica.

disamina v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, p. 36 ss. il quale, più avanti – e più specificamente sul problema della vincolatezza del potere – ricorda che «nel diritto amministrativo, il problema della configurabilità del potere a fronte dell'attività vincolata si è posto in ordine alla individuazione del concetto di atto amministrativo (negoziale, provvedimentale, o prima ancora nell'antica concezione dell'atto di impero) quale espressione di un potere autoritativo, in ragione del ruolo da esso ricoperto ai fini del riparto di giurisdizione. Se, infatti, l'impianto della legge di abolizione del contenzioso (All. E, l. n. 2248/1865) era stato originariamente interpretato in giurisprudenza (più complessa la situazione in dottrina) nel senso che la sfera di discrezionalità dell'Amministrazione (all'epoca considerata essenzialmente come sfera di libertà) non consentiva all'autorità giudiziaria ordinaria di sostituirsi alla scelta discrezionale effettuata, senza però escluderne per questo la giurisdizione, successivamente, con l'istituzione della IV Sezione e l'affermazione, nei primi decenni del '900, della teoria della degradazione, la presenza dell'atto discrezionale è valsa invece ad escludere il diritto (e quindi la giurisdizione ordinaria) [...] La giurisprudenza, successivamente, si è posta nel senso per cui sussiste un diritto soggettivo quando la natura vincolata dell'atto sia configurata dalla legge non a tutela di un interesse pubblico perseguito dalla P.A., ma a tutela diretta e specifica di un interesse privato» (p. 74, nota n. 89).

La tesi dell'inconfigurabilità della funzione provvedimentale in presenza di un potere vincolato è stata oggetto di attenta rielaborazione da parte di una nota dottrina, la quale ha rifondato le conclusioni poc'anzi esposte muovendo dalla distinzione tra norme di relazione e norme d'azione. Si veda, in particolare, A. ORSI BATTAGLINI, (voce) *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, p. 58 ss.; ID., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2007, p. 1213 ss. Si v. anche E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e spunti ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1937, p. 51 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

Quest'impostazione teorica risulta avversata dalla dottrina prevalente. Per tutti, v. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit.; E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, cit., p. 503; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit.

⁹⁴ Se l'interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell'autorità dovrebbe sempre corrispondere a quella soluzione che realizzi la massimizzazione di quel dato interesse. In termini, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 480.

⁹⁵ Concezione che, preme chiarirlo, non è rimasta certo esente da rilievi critici. A partire dalla esposizione del 1939, numerosi sono stati gli Autori che si sono confrontati con la ricostruzione offerta da Giannini. La tematica esula da queste brevi riflessioni. Ci si limita a segnalare, *ex multis*, C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, cit.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit.; F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, spec. p. 195 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit.; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale: per una ridefinizione della*

Mentre sul piano funzionale, come appena notato, la distanza tra il provvedimento amministrativo e la sanzione amministrativa si fa siderale, su quello della struttura della decisione i punti di contatto risultano assai significativi, data la comunanza del modello procedurale di accertamento sulla cui base le rispettive decisioni vengono adottate⁹⁷.

Anche in questo caso, allora, l'esame del provvedimento amministrativo consente di chiarire il peculiare atteggiarsi della potestà amministrativa nell'irrogazione della sanzione.

Come già chiarito, il provvedimento amministrativo è concretizzazione dell'interesse pubblico nella vicenda di vita di relazione, in ciò dando concretezza anche al potere che in astratto la norma attributiva ha conferito all'amministrazione⁹⁸.

Le disposizioni che attribuiscono e regolano il potere identificano così i presupposti in presenza dei quali il provvedimento è validamente emanabile, la tipologia di effetti che il potere può produrre e il fine che l'amministrazione è chiamata a perseguire. In tal modo è possibile identificare i tre distinti piani dei presupposti, degli effetti e delle finalità del provvedimento⁹⁹.

Tra i presupposti, implicita è la vigenza della norma attributiva del potere. Altri presupposti possono appuntarsi su fatti, su altre norme, su valori o su interessi¹⁰⁰. Gli effetti del provvedimento possono invece scorgersi in quel *quid novi* che esso immette nell'ordinamento. Le finalità del provvedimento identificano le conseguenze che l'atto produce sull'assetto degli interessi e dei valori esistenti.

La decisione amministrativa – se indagata su di un piano strutturale – tende così a snodarsi attraverso tre momenti: il primo attinente all'apprezzamento dei presupposti; il secondo relativo alla produzione dell'effetto; il terzo inerente alla individuazione dell'interesse pubblico concreto.

Ove le norme attributive e disciplinanti l'esercizio del potere riservino margini di scelta all'amministrazione e, dunque, margini di discrezionalità, è al-

discrezionalità, cit.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit.; M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit. Per una approfondita disamina delle posizioni assunte dagli Autori citati rispetto al modello gianniniano di discrezionalità v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 427 ss.

96 Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 91.

97 Sull'enucleazione del modello procedurale di accertamento v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., in part. p. 475 ss.

98 In termini, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 109.

99 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 418.

100 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 419.

lora possibile individuare tre fondamentali momenti di esercizio di tale discrezionalità¹⁰¹: nel momento conoscitivo, rispetto ai presupposti; nel momento dispositivo degli effetti; nel momento teleologico, nel quale si individua e si cura l'interesse pubblico¹⁰².

Prima di procedere oltre pare però opportuna una precisazione.

Nella tradizione del diritto amministrativo si suole individuare nella discrezionalità amministrativa quel margine di scelta rispetto alle conseguenze giuridiche che alla fattispecie sono ricollegate e, dunque, un margine di scelta in ordine agli effetti del provvedimento. Quando poi nella fase istruttoria vengono in rilievo fatti complessi, concetti vaghi o concetti giuridici indeterminati, il cui apprezzamento involge saperi tecnico-specialistici, la dottrina tradizionale ricorre alla discussa nozione di discrezionalità tecnica¹⁰³.

101 La discrezionalità cui si fa cenno non si identifica propriamente con la discrezionalità amministrativa quale ponderazione di interessi, volendo qui riferirsi alla discrezionalità in senso lato, quale possibilità di scelta tra più soluzioni possibili.

102 In termini, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 423; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 434.

103 Ammesso poi che di vera e propria discrezionalità possa parlarsi in simili casi, non avendo, quella tecnica «proprio nulla di discrezionale ... chiamandosi così per un errore storico della dottrina», M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 488. Larga parte della dottrina ha assunto un atteggiamento ostile rispetto all'accostamento dei due termini, preferendo di gran lunga discorrere di valutazioni tecniche. In termini, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 291; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 130; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 190.

Osserva Moliterni che le vicende che hanno interessato e che continuano a interessare «la ricostruzione teorica e il concreto trattamento giuridico della discrezionalità tecnica sembrano sollevare seri dubbi rispetto alla stessa possibilità e utilità di riferimento a un simile concetto», A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, A. Moliterni (a cura di), Napoli, 2021, p. 35.

Per poter distinguere la discrezionalità tecnica da quella amministrativa pare necessario, in via preliminare, intendere per tecnica non già ogni genere di scienza o tecnica in senso oggettivo, perché altrimenti vi si ricomprirebbe anche quella giuridica, appartenente alle scienze *latu sensu* sociali. Il riferimento alle conoscenze tecnico-specialistiche declina i concetti di scienza e tecnica in senso soggettivo, come sapere specialistico di pertinenza di pochi. In termini, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 427.

Anche sulla discrezionalità tecnica la letteratura è assai vasta. Tra i molti, E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, p. 10 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, vol. III, Milano, 1967, p. 293 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Concetti giuridici indeterminati e discrezionalità tecnica*, Trento, 1990; ID., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; G. ABBAMONTE, *Discrezionalità tecnica e controllo di legittimità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 3 ss.; A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 469 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 80 ss.; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e*

Rapportando quanto precede ai tre individuati momenti si sarebbe portati a ritenere – *prima facie* – che mentre la discrezionalità amministrativa pertenga al momento dispositivo, quella tecnica sarebbe riscontrabile in quello conoscitivo.

In realtà, come segnalato in dottrina¹⁰⁴, la discrezionalità amministrativa non si risolve in discrezionalità nel momento dispositivo, così come quella tecnica non coincide con la discrezionalità nel momento conoscitivo. Vi sono ipotesi in cui nella fase conoscitiva occorre selezionare interessi ed altre in cui la spendita di saperi tecnici influisce sull'individuazione della decisione amministrativa adeguata rispetto al caso concreto.

Il punto di osservazione offerto dai tre momenti dell'azione amministrativa non è, dunque, sovrapponibile alla tradizionale distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Con i tre momenti si individuano altrettanti frangenti in cui l'amministrazione può operare delle scelte, nel senso minimale e generale del termine. Ciò, lascia impregiudicata la possibilità che in ciascuno dei momenti, sulla base della disciplina normativa, sia possibile individuare manifestazioni di discrezionalità amministrativa o tecnica tradizionalmente intese. Per tale via è possibile un separato esame dell'*agere* amministrativo, utile per scongiurare il rischio di estendere la categoria della discrezionalità amministrativa ad ogni operazione logica, intellettuale, applicativa e volitiva nell'ambito dell'esercizio della funzione¹⁰⁵.

È in una simile prospettiva che si procederà ora ad esaminare il rapporto tra la discrezionalità e la sanzione amministrativa, scomponendo la decisione sanzionatoria nei suoi tre momenti strutturali: *i*) conoscitivo, relativo all'accertamento (e sovente all'apprezzamento) dei presupposti; *ii*) dispositivo, afferente alla produzione degli effetti; *iii*) teleologico, per il cui tramite l'amministrazione finalizza la sua attività¹⁰⁶.

interessi, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 603 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 983 ss.; ID., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; ID., (voce) *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Milano, 2008, p. 471 ss.

104 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 426.

105 Mette in guardia sul punto N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 417 per il quale, opinando diversamente si finisce per «estendere una sfera di potere riservato ben oltre l'ambito di esplicazione della scelta tradizionalmente qualificata come "politica", svalutando da un lato l'apporto personale ed originale degli agenti coinvolti nella funzione e, dall'altro, qualificando come esclusivi dell'autorità atti ed operazioni di informazione, conoscenza, elaborazione e giudizio che, ancorché (tutti) strumentali al momento di adozione della scelta politica, non sembrano partecipare affatto né di quella discrezionalità predicata, salvo rare ed incerte eccezioni, dalle dottrine tradizionali, né di quel "potere riservato di apprezzamento" che orientamenti relativamente recenti hanno in varia guisa evidenziato».

106 In termini, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 423; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 434.

Il vantaggio che sembra scorgersi nella scomposizione e separata analisi dei tre momenti dell'azione amministrativa consiste nella possibilità di isolare l'oggetto su cui può effettivamente ricadere la facoltà di scelta dell'amministrazione e, con esso, ciò che può essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

3.1. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento conoscitivo. La discrezionalità tecnica

Nel momento conoscitivo¹⁰⁷ l'amministrazione opera un raffronto tra i presupposti della fattispecie e la realtà materiale per come le si manifesta, al fine di individuarne la ricorrenza e adottare conseguentemente la decisione amministrativa.

L'accertamento dei presupposti pertiene strutturalmente alla fase procedimentale dell'istruttoria. In base alle caratteristiche di tali presupposti varia anche il tipo di accertamento o di valutazione operati dall'amministrazione.

Nel corso dell'istruttoria l'amministrazione può essere anzitutto chiamata a valutare interessi. Tipico esempio è quello del provvedimento di revoca *ex art. 21-quinquies* l. n. 241/1990, tra i cui presupposti possono assumere rilievo mutamenti della situazione di fatto, ma anche «*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*» o un nuovo apprezzamento «*dell'interesse pubblico originario*»; nelle due ultime ipotesi la disposizione citata implica la spendita di discrezionalità amministrativa (tradizionalmente intesa) già nel momento conoscitivo, in quanto l'apprezzamento degli interessi pubblici sopravvenuti o la diversa valutazione di quello originario non possono che essere condizionati dall'applicazione di quei canoni di buona amministrazione che sovrintendono l'uso del potere discrezionale da part dell'amministrazione.

Per un analogo tentativo, compiuto in ordine al potere interdittivo antimafia dell'autorità prefettizia, sia consentito il rinvio a L. BORDIN, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2023, 14, 1 ss.

107 Sull'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967; D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, Milano, 1984; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit.; AA.VV., *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, F. Merloni (a cura di), Rimini, 2002; E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011. Sull'importanza di tale attività nell'impalcatura della legge sul procedimento amministrativo v. M. DELSIGNORE, *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della legge n. 241/1990 e la sua perdurante attualità*, in AA.VV., *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), Torino, 2021, p. 339 ss.

Nel momento conoscitivo possono venire in rilievo anche fatti semplici¹⁰⁸, corrispondenti al binomio esistenza/inesistenza¹⁰⁹. Assumono poi crescente centralità i fatti complessi e i concetti giuridici indeterminati. È questo il campo dominato dalla discrezionalità tecnica¹¹⁰: la determinazione del mercato rilevante, la valutazione sul pregio artistico, il punteggio attribuito all'offerta di un operatore economico o alla prova concorsuale di un partecipante a un concorso pubblico sono solo alcune delle svariate ipotesi in cui l'amministrazione è chiamata a operare valutazioni tecniche¹¹¹.

Rapportando quanto precede alla tematica della potestà sanzionatoria amministrativa, è possibile scorgere, nel momento conoscitivo del procedimento sanzionatorio, margini di scelta latamente intesi.

Sulla scorta dei dati emersi all'esito della condotta analisi funzionale della potestà sanzionatoria, si ritiene di poter far coincidere i margini di scelta indicati con l'area della discrezionalità tecnica, non assumendo rilievo, in sede di esercizio di detta potestà, interessi concreti da ponderare¹¹².

108 Sulla distinzione tra fatti semplici e fatti complessi nella dottrina tradizionale v. F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, p. 276 ss.; ID., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 1911, p. 773 ss.; L. RAGGI, *Questioni in materia di prove nei procedimenti avanti le Sezioni contenziose del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1910, p. 177 ss.

109 Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 387.

110 La riconduzione dei concetti giuridici indeterminati alla discrezionalità tecnica avvicina la concezione italiana all'elaborazione tedesca. La dottrina tedesca, tra la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento, si è sforzata di rendere controllabile dal giudice l'attività discrezionale della pubblica amministrazione, cfr. A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 71. In quest'ottica, il potere discrezionale si fonderebbe sui concetti indeterminati di origine normativa che, pur affidando all'amministrazione il compito di trasporli nella realtà concreta, imporrebbero comunque un vincolo, pienamente controllabile dal giudice con le forme dell'interpretazione diretta della norma, v. F. CINTIOLI, (voce) *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, cit., p. 474 che ivi evidenzia come «Il fenomeno che nella nostra esperienza passa sotto il nome di discrezionalità tecnica ... si è replicato in condizioni pressoché eguali in altri ordinamenti ... In essi però ha assunto un'etichetta diversa, perché, quando si è affrontato il problema più significativo, vale a dire quello dei limiti al sindacato, si è parlato di controllo giudiziale sui concetti giuridici indeterminati, non di controllo sulla discrezionalità tecnica». Il superamento dell'ipotesi ricostruttiva che assimilava la discrezionalità tecnica a quella amministrativa ha così consentito alla dottrina italiana l'accostamento della discrezionalità tecnica ai concetti giuridici indeterminati, in tal modo determinando l'evocato avvicinamento tra le due tradizioni dogmatiche. In termini, F. CINTIOLI, (voce) *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, cit., p. 479.

111 Per un recente esame dei settori di più rilevante impiego delle valutazioni tecniche, nel loro rapporto con il sindacato giurisdizionale si veda AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, A. Moliterni (a cura di), cit. Sul rapporto tra l'incremento delle fattispecie che rimandano a saperi tecnico-specialistici e la crisi del principio di legalità dell'azione amministrativa cfr. F. CINTIOLI, (voce) *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, cit.

112 Ancora una volta si scorge la grande distanza, sotto il profilo funzionale, tra la sanzione e il provvedimento. Come detto, difatti, rispetto a quest'ultimo non pare corretto istituire una relazione biunivoca tra discrezionalità nel momento conoscitivo e discrezionalità tecnica, potendo venire in rilievo – come del resto osservato a proposito della revoca ex art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 – anche discrezionalità amministrativa tradizionalmente intesa.

L'alternativa è, dunque, tra fatti semplici e fatti tecnicamente complessi. La differenza si rinviene tutta nel grado di opinabilità del risultato a cui l'amministrazione procedente perviene. Se il risultato non è opinabile può effettivamente parlarsi di accertamento dei presupposti; in caso contrario i presupposti, più che accertati, sembrerebbero apprezzati.

Nelle più rilevanti ipotesi di provvedimenti sanzionatori soggetti alla giurisdizione amministrativa, il momento conoscitivo è per l'appunto caratterizzato dalla spendita di discrezionalità tecnica.

Ciò è ovviamente rilevato anche da quanti scorgono discrezionalità (amministrativa) nell'esercizio della potestà sanzionatoria¹¹³. La presenza di valutazioni tecniche su fatti complessi o la necessità di dare concreta delimitazione a concetti giuridici indeterminati implica certamente una scelta che, tuttavia, non pare involgere propriamente e in modo diretto valori o interessi¹¹⁴, sicché l'amministrazione non sarebbe chiamata ad adottare alcun criterio di preferenza tra gli stessi¹¹⁵.

3.2. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento dispositivo: l'*an*

Il momento dispositivo è collegato «alla situazione effettuale da porre in essere»¹¹⁶. Dal punto di vista dogmatico la discrezionalità nel momento dispositivo implica un margine di scelta in ordine agli effetti del provvedimento, all'*an* della produzione dell'effetto, al *quomodo*, al *quando* di questa produzione¹¹⁷.

Il tema della discrezionalità nel momento dispositivo intercetta quello della potestà sanzionatoria principalmente sotto i profili dell'*an* e della quantificazione che, come ricordato, costituiscono la tradizionale prospettiva indagata dalla dottrina.

Quanto all'*an*, anche gli Autori che ritengono di scorgere discrezionalità amministrativa nell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa osservano come la regola della vincolatezza sia «del tutto prevalente anche in giurisprudenza,

113 Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 117.

114 Anche chi sostiene la tesi della discrezionalità amministrativa, infatti, avverte che in simili ipotesi il riferimento allo spazio di discrezionalità è inteso come mera possibilità di scelta. Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 125.

115 Criterio di preferenza che invece connota la presenza di discrezionalità nel momento teleologico. In termini A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 436.

116 A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 435.

117 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 425.

e su cui, in effetti, in via di prima approssimazione, non è dato discostarsi»¹¹⁸.

Del resto, nella l. n. 689/1981 indici del carattere vincolato della potestà in esame sono tradizionalmente desunti dagli artt. 17 e 18 nella parte in cui il primo pone l'obbligo del rapporto e il secondo della doverosa instaurazione del procedimento¹¹⁹.

Ma l'indisponibilità dell'*an* nel momento dispositivo sembrerebbe doversi predicare non solo – e non tanto – sulla scorta di singoli indici positivi, pur sussistenti, quanto piuttosto sul piano dei principi generali, quale precipitato dei canoni di ragionevolezza e imparzialità¹²⁰, sia sul piano sostanziale e cioè «di adeguatezza della misura della sanzione alla gravità dell'illecito», sia sotto il profilo formale «di “indiscriminatezza” dell'irrogazione -, senza ammettere condizionamenti di “opportunità”, né oggettiva (interessi amministrativi particolari), né, tantomeno, soggettiva (persona del trasgressore)»¹²¹.

In particolare, dall'art. 3 Cost. pare doversi dedurre che le esenzioni da pene in senso tecnico debbano di necessità rivestire carattere generale e astratto.

L'art. 97 Cost.¹²², dal canto suo, nel richiede all'amministrazione di operare in modo imparziale, andrebbe declinato, nella prospettiva punitiva, in termini di maggior pregnanza, tali da imporre «trattamenti eguali a parità di (pre)condizioni»¹²³.

118 F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., p. 132. Molto cauto, nel riconoscere discrezionalità amministrativa nell'*an* pare essere S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 286.

119 I due indici normativi sono valorizzati, ai fini dell'affermazione del principio di obbligatorietà procedimentale, da C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 382. In termini analoghi anche M.A. SANDULLI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., pp. 15-16.

120 Cfr. G. CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980), cit., p. 76.

121 C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 374.

122 Sulla possibilità di dedurre il principio di obbligatorietà dell'azione sanzionatoria della p.a. da quello costituzionale di buon andamento ex art. 97 Cost., cfr. M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie – principi sostanziali e procedurali*, cit., p. 198-199.

123 C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 374, i quali danno atto del recepimento della tesi in esame anche nella giurisprudenza costituzionale, avendo la Consulta affermato che «Non può peraltro disconoscersi che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse, e ciò in riferimento sia al principio di imparzialità (art. 97 della Costituzione), espressamente invocato dal ricorrente, sia al principio di cui all'art. 23 Cost., implicitamente invocato con il denunziare la mancata previsione, ad opera della legge regionale, di criteri siffatti», Corte cost. 14 aprile 1988, n. 447. La sentenza appena citata è stata in realtà letta da Goisis come conferma della legittimità costituzionale di una rinuncia alla pretesa sanzionatoria pecuniaria (cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., p. 136). Sul punto, osservano Paliero e Travi che «Si trattava in questo caso dell'individuazione legislativa di fattispecie note ai penalisti come “bagatellari”, sia pure attraverso un criterio rudimentale (l'ipotesi “bagatellare” è qui integrata dalla quantità esigua - della sanzione). Ma proprio la predeterminazione ex lege, con una disposizione di ordine generale, del criterio in base al quale

L'esigenza di un trattamento eguale per situazioni identiche e diseguale per quelle diverse, consentirebbe dunque di enucleare dai principi di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di imparzialità (art. 97 Cost.) il corollario dell'obbligatorietà dell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa; tale da escludere la rilevanza di scelte frutto di discrezionalità nel momento dispositivo riferite all'*an*, in modo affatto dissimile da quanto l'art. 112 Cost. predica per il pubblico ministero in ordine all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale¹²⁴.

Tali coordinate interpretative di carattere generale sembrerebbero atteggiarsi anche all'attuale assetto del diritto positivo¹²⁵, consentendo dunque di escludere margini di scelta discrezionale in ordine al momento dispositivo riferibili all'*an* della *potestas puniendi* amministrativa¹²⁶.

3.2.1. Discrezionalità nell'*an* e potestà sanzionatoria amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato

la "rinuncia alla sanzione" debba operare (per di più in questo caso un criterio numerico, esatto quindi per definizione) esclude ogni possibilità di discrezionalità in senso tecnico dell'organo irrogante nell'esercizio della potestà sanzionatoria» (p. 375).

124 È noto, difatti, come tra le *rationes* del principio di obbligatorietà dell'azione penale venga incluso anche il principio di uguaglianza. Secondo la Corte costituzionale «il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale», Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88. Già in precedenza la Consulta ebbe a chiarire che «l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero... è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale» sicché l'azione è attribuita a tale organo «senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio», Corte. cost. 26 luglio 1979, n. 84. In termini, nella manualistica, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, p. 51 ss., in part. p. 110; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, p. 311; F. DELLA CASA, G.P. VOENA, *I soggetti*, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, 2020, p. 2 ss., in part. p. 45; P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, p. 630. Si v. inoltre, V. ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, p. 291 ss.; M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati, IV. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali nel diritto obiettivo*, Milano, 1977, p. 100 ss.; M. SCAPARONE, (voce) *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1988, p. 1094 ss., in part. p. 1100.

125 Assetto che peraltro, sulla scorta delle considerazioni svolte, sembra doversi ritenere costituzionalmente necessitato. Eventuali ipotesi di sanzione amministrativa propriamente detta – e dunque di *pena in senso tecnico* –, la cui applicazione fosse rimessa alla scelta discrezionale amministrativa dell'autorità procedente, porrebbero questioni di compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa che, per come ricostruito in questa sede, assurge a corollario di fondamentali principi costituzionali.

126 Come si è avuto modo di notare, difatti, la conclusione raggiunta sembra trovare conferma nelle disposizioni della l. n. 689/1981.

Per confermare un simile approdo, però, pare necessario confrontarsi con la potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti, rispetto alla quale la dottrina sembra maggiormente disposta – anche su un piano più squisitamente culturale, ancor prima che tecnico-giuridico – ad ammettere margini di scelta nell'an espressivi di discrezionalità amministrativa¹²⁷.

La questione non può essere affrontata analiticamente, rispetto a ciascuna Autorità amministrative indipendente dotata di strumenti sanzionatori. Per ragioni di economia espositiva, si prenderà come riferimento la potestà sanzionatoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

La scelta si giustifica anche per il fatto che i riferimenti alla discrezionalità amministrativa nell'an intercettano nel dibattito dottrinario in modo ricorrente la potestà sanzionatoria di questa Autorità¹²⁸. L'analisi va riferita, anzitutto, all'istituto – di derivazione europea¹²⁹ – degli impegni¹³⁰. In base al disposto

127 Non è mancato però chi, con riferimento alle Autorità amministrative indipendenti, si è espresso negativamente in ordine alla presenza di margini di discrezionalità amministrativa in senso proprio, rispetto alla potestà sanzionatoria. In termini, M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. Cassese, S. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, i., p. 151-152. L'A., in particolare, dopo aver individuato due distinti modelli di irrogazione della sanzione, uno rimesso all'autorità politica e l'altro direttamente all'Autorità amministrativa indipendente, rileva la maggior coerenza dell'ultimo modello, osservando come «La potestà sanzionatoria va considerata ... come una sorta di completamento e di punto di chiusura del complesso dei poteri attribuiti a questo nuovo tipo di amministrazioni e, peraltro, la coesistenza nell'esercizio di tale potestà con l'intervento, in qualsiasi forma, di organi di derivazione squisitamente politica, intacca la posizione di indipendenza funzionale delle autorità. Oltretutto, a differenza di quanto accade per altri provvedimenti di tipo sanzionatorio ... nel caso dell'irrogazione di sanzioni pecuniarie sembra mancare qualsivoglia elemento di discrezionalità amministrativa in senso proprio e dunque sembra essere ancor meno giustificato l'intervento dell'autorità politica».

128 Si v., ad esempio, l'ampio spazio dedicato all'AGCM nella ricostruzione della tematica operata da S. CIMINI, *op. cit.*, p. 104 ss. Anche negli studi dedicati alle Autorità amministrative indipendenti in generale, è assai ricorrente il riferimento all'AGCM. Si v., ad esempio, l'ampio studio del rapporto tra discrezionalità e *Authorities* compiuto da P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, *cit.*

129 La decisione con impegni è istituto introdotto dall'art. 9 reg. CE/1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002. Per i riferimenti alla letteratura estera sul tema, v. V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, p. 163 ss., in part. p. 168, nota n. 24.

130 Su cui, v. R. CAIAZZO, *Antitrust. Profili giuridici*, Torino, 2007, p. 264 ss.; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 229 ss.; M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, in AA.VV., *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, F. Cintioli, G. Olivieri (a cura di), Milano, 2007, p. 11 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, *cit.*, p. 171 ss.; F. BERTINI, *Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza e risarcimento del danno: un menù di scelte per l'impresa*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, p. 279 ss.; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in AA.VV., *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, F. Cintioli, F. Donati (a cura di), Torino, 2008, p. 7 ss.; F. POLVERINO, *Procedure "negoziare" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, p. 411 ss.; R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1380 ss.; A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Milano, 2010, p. 96 ss.; V. CERULLI IRELLI, *"Consenso" e "autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della*

dell'art. 14-ter legge 10 ottobre 1990, n. 287¹³¹, gli impegni sono concepiti come un sub-procedimento di quello sanzionatorio, attivabile entro il termine di tre mesi¹³² dall'avvio dell'istruttoria, su istanza dell'impresa interessata, esclusi i casi in cui «il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione»¹³³.

La presentazione di impegni, difatti, si risolve in una reazione all'apertura di un'istruttoria formale, non ancora culminata nell'irrogazione della sanzione. Gli impegni devono essere tali «da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria»¹³⁴. L'AGCM, valutata l'idoneità degli impegni e dopo aver consultato gli operatori del mercato¹³⁵, «può, nei limiti previsti dall'ordinamento comuni-

concorrenza, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), vol. I, Torino, 2010, p. 325 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, 2010, p. 503 ss.; M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), cit., p. 385 ss.; L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 509 ss.; P. DURET, *Gli accordi "novativi" della procedura: le "decisioni con impegni" nella disciplina antitrust*, in AA.VV., *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, D. Corletto (a cura di), Napoli, 2012, p. 35 ss.; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012; G. MAZZANTINI, P. BERTOLI, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 141 ss.; V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, cit.; E. CARAVÀ, *La riapertura dei procedimenti antitrust chiusi con impegni: spunti di riflessione su prescrizione, decadenza e ne bis in idem*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 218 ss.

¹³¹ Inserito dall'art. 14, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248. Il modello è stato replicato anche in materia di pratiche commerciali scorrette (cfr. art. 27 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 per come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146) e di pubblicità ingannevole (cfr. art. 8 d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145).

Gli impegni sono stati introdotti anche nella disciplina di altre Autorità amministrative indipendenti. Cfr. per l'AGCom, l'art. 14-*bis* d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248; per l'ARERA, l'art. 45, co. 3, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93; per l'ART, l'art. 37, co. 3, lett. f), d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modificazioni da l. 22 dicembre 2011, n. 214. Per parte della dottrina, una tale diffusione dell'istituto ne avrebbe comportato l'iscrizione al diritto amministrativo generale. Sul punto, cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in AA.VV., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), Padova, 2013, p. 109 ss.

¹³² Termine non perentorio, ma meramente ordinatorio e sollecitatorio, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

¹³³ Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della l. 10 ottobre 1990, n. 287, § 6, adottata con Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863, in parte qua recependo le indicazioni evincibili dal considerando n. 13 del reg. CE/1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002. A un simile approdo, sarebbe stato possibile comunque giungere sulla scorta del riferimento, nell'art. 14-ter cit. ai «limiti previsti dall'ordinamento comunitario», che per tale via richiama la normazione eurounitaria, incluso, per l'appunto, il considerando n. 13 del reg. CE cit.

¹³⁴ Nella Comunicazione cit. si aggiunge che, ai fini del giudizio di idoneità, gli impegni devono risultare «idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta» (§ 4).

¹³⁵ Come stabilito a seguito delle modifiche apportate all'art. 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287 dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, attuativo della direttiva UE/2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle Autorità garanti della

tario, renderli obbligatori».

Di particolare rilievo, per la disamina qui condotta, è la circostanza che la decisione di accoglimento degli impegni «chiude il procedimento senza accertare l'infrazione»¹³⁶.

Ai fini dell'accettazione degli impegni è dunque necessario il concreto ricorrere dei seguenti presupposti: *a)* la formulazione di una proposta da parte dell'impresa attenzionata; *b)* la non gravità delle violazioni oggetto di provvisorio addebito; *c)* la valutazione di idoneità formulata dall'AGCM, in ordine alla capacità degli impegni di eliminare i profili anticoncorrenziali emersi¹³⁷.

Per comprendere la tipologia di potere esercitato dall'AGCM in materia di impegni – e prescindendo in questa sede dall'articolato dibattito sulla natura della decisione di accettazione degli stessi¹³⁸ – di particolare ausilio è quella ricostruzione dottrinarial¹³⁹ che distingue il piano della valutazione sull'ammissibilità della proposta di impegni – relativo al presupposto *sub b)* – da quello relativo alla loro idoneità.

concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

136 In ciò è possibile cogliere una profonda differenza con la procedura di transazione di cui all'art. 14-*quater* l. n. 287/1990, il cui comma 3 espressamente prevede che le imprese, per poter perfezionare l'accordo transattivo, «riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione degli articoli 2 e 3 della presente legge ovvero degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché la rispettiva responsabilità». La procedura transattiva, dunque, sottintende un'ammissione di responsabilità per l'infrazione. Evidenti le affinità funzionali con l'istituto processualpenalistico dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.

137 Cfr. S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 273.

138 È possibile individuare una tesi prevalente che scorge, nella decisione con impegni, una figura riconducibile agli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241/1990. In questi termini, V. CERULLI IRELLI, «Consenso» e «autorità» negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, *cit.*; L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, *cit.*; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, *cit.*; M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, *cit.*; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, *cit.* Secondo un altro orientamento, invece, la decisione di accettazione degli impegni conserverebbe carattere unilaterale. In termini, R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, *cit.*; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, *cit.* Questo indirizzo è seguito, in giurisprudenza, anche da Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307 ove si osserva che «la presentazione di impegni e la loro accettazione non integrano una sorta di accordo bilaterale tra impresa e autorità, ma introducono nell'ambito di un procedimento antitrust una fase costituita dalla valutazione degli impegni, da svolgere sulla base di criteri obiettivi e con la partecipazione di ogni soggetto interessato. Le decisioni con impegni non sono neanche assimilabili agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, in quanto la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un accordo tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte» (§ 5). Secondo altra tesi, sostenuta da G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *cit.*, p. 1111 ss., in part. 1122 ss., gli impegni configurerebbero contratti transattivi.

139 Ci si riferisce a V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit.*

Secondo la dottrina in esame, la verifica sull'ammissibilità della proposta di impegni non involge profili di discrezionalità amministrativa, implicando l'esercizio di un potere del tutto simile a quello sollecitato nel procedimento sanzionatorio¹⁴⁰. In questa fase, infatti, l'Autorità valuta – alla luce dell'apparato normativo che si assume violato – la fattispecie oggetto di contestazione, al fine di verificare se presenti o meno elementi di gravità tali da non consentire di percorrere la via degli impegni, oppure se la fattispecie contestata sia *medio tempore* cessata¹⁴¹. In questo modo, il potere appare «del tutto omologo a quello sotteso al procedimento sanzionatorio, di applicazione obiettiva della legge. Stando alle previsioni normative, si tratta infatti di porre in essere un'attività di adjudication, ossia di verifica di una fattispecie concreta alla luce della fattispecie astrattamente prevista dalla norma sanzionatoria, per verificarne gli elementi di gravità o la cessazione»¹⁴². Nel valutare l'ammissibilità degli impegni, dunque, la legge non sembrerebbe lasciare spazio a «considerazioni di mera "opportunità" che non siano rapportate ad elementi obiettivi della fattispecie»¹⁴³.

Nella seconda fase, invece, volta alla verifica della idoneità degli impegni, il giudizio espresso dall'AGCM sembrerebbe travalicare la funzione propriamente sanzionatoria, «involgendo profili valutativi diversi e più ampi, attinenti piuttosto alla correzione della dinamica concorrenziale e, almeno nella maggior parte dei casi, alla riparazione degli effetti negativi prodotti dall'illecito»¹⁴⁴, posizionandosi più nell'alveo della funzione di amministrazione attiva, caratterizzata dalla spendita di discrezionalità amministrativa¹⁴⁵.

140 Cfr. V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, cit., p. 177 ss. L'A. ritiene che la valutazione di ammissibilità implichi spendita di discrezionalità tecnica. Per vero, le argomentazioni sostenute dall'A. sembrano evocare il concetto che qui si declina in termini di discrezionalità giudiziale.

141 Cfr. V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, cit., p. 177.

142 V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, cit., p. 177.

143 V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, cit., p. 178 che subito dopo aggiunge che tale approdo ricostruttivo dell'esercizio della funzione «ne consente anche lo scrutinio giurisdizionale che, altrimenti, rischierebbe di risultare meramente estrinseco e, in definitiva, svuotato di contenuto».

144 V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, cit., p. 180.

145 Il tema non è affrontabile in questa sede. Si segnala, ad ogni modo, che diverse sono state, e sono tutt'ora, le elaborazioni dottrinarie attinenti alla configurazione delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti in termini di attività discrezionale ovvero di attività meramente tecnica (e, per tale via, neutrale).

Sul tema cfr., almeno, F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Meriti e amministrazioni indipendenti*, F. Bassi, F. Merusi (a cura di), Milano, 1993, 151 ss., il quale ha ricostruito il rapporto tra funzioni indipendenti (*in primis* di regolazione, ma anche di vigilanza, controllo, ecc.) e attività politico-amministrativa in termini di netta separazione. Ciò che ne consegue, sul piano concreto, è il riconoscimento alle Autorità amministrative indipendenti di poteri, oltre che di carattere normativo, anche di tipo provvedimentale a

Ciò, però, non pare contrastare con quanto qui sostenuto, in ordine all'assenza di momenti di discrezionalità amministrativa riferiti all'*an* della potestà sanzionatoria dell'amministrazione. Negli impegni, difatti, solo la valutazione di idoneità è rimessa alla discrezionalità (probabilmente amministrativa) dell'AGCM, che però si colloca in un momento successivo, rispetto al quale la cesura con il procedimento sanzionatorio propriamente detto è già avvenuta per mezzo della valutazione di ammissibilità della proposta degli impegni, condotta alla stregua di quei criteri di qualificazione e sussunzione della fattispecie propri della discrezionalità giudiziale e dell'esercizio della potestà sanzionatoria *tout court*¹⁴⁶.

contenuto propriamente discrezionale. La legittimazione di tali poteri sarebbe rintracciabile nelle norme di rilievo sovranazionale che impongono, a tutela della concorrenza del (e per il) mercato, l'assegnazione di pieni poteri e funzioni a soggetti alieni dall'indirizzo politico. Cfr., altresì, le riflessioni svolte unitamente a Passaro, tra cui, F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011, spec. p. 32 ss.

Si rinvia anche all'articolata ricostruzione svolta da P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit.

Di avviso parzialmente contrario, ma solo con riferimento alla legittimazione democratica delle *Authorities*, è M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, p. 39 ss., la quale – guardando con ritrosia alla sostanziale ritirata dello Stato dal controllo del mercato e contestando il carattere neutrale delle Autorità di regolazione quale presupposto per la legittimazione istituzionale delle stesse – ha inteso ricondurre anche le Autorità amministrative indipendenti nell'alveo del circuito democratico-rappresentativo. In tale modo si attribuirebbe alle funzioni da queste svolte sostanziale valenza politico-amministrativa (dotata, quindi, di discrezionalità). In questo senso anche M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, spec. p. 239 ss., la quale esclude il carattere di neutralità nelle funzioni esercitate dalle *Authorities* (cfr. p. 253), riportando l'esempio delle funzioni tutt'altro che neutrali esercitate dall'AGCM; così già A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., p. 128 ss., secondo il quale «Nell'esercizio dei suoi poteri l'Autorità non ha «una posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti» avendo istituzionalmente in carico la cura dell'interesse pubblico primario alla tutela del mercato» (p. 137).

Altra parte dottrina, invece, perviene alla conclusione che – in ragione del carattere dinamico e ambivalente della funzione regolatoria, per come consolidatasi proprio a seguito del processo di liberalizzazione dei mercati – le Autorità amministrative indipendenti «non operano scelte propriamente politico-discrezionali, preordinate alla cura di un interesse pubblico in senso proprio», E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, 2019, 17 ss., al quale si invia per una ricostruzione analitica delle diverse posizioni assunte in dottrina.

146 L'art. 14-ter, comma 2, l. n. 287/1990, consente di irrogare una sanzione pecuniaria per il caso del mancato rispetto degli impegni resi obbligatori. La facoltatività della sanzione – che sembrerebbe porre in crisi quanto sin qui sostenuto – è spiegabile nei termini che seguono. In primo luogo, si tratta della violazione di impegni assunti sulla scorta di una previa verifica di non gravità della condotta. Non essendo grave, in partenza, l'infrazione contestata con l'apertura dell'istruttoria, il legislatore ha qui consentito all'AGCM – mediante la formulazione «può irrogare» in luogo di «irroga» – di procedere ad una nuova valutazione circa la gravità del fatto, alla stregua delle stesse coordinate che hanno illuminato la valutazione di ammissibilità degli impegni, poi violati. Del resto, non mancano nell'ordinamento giuridico ipotesi nelle quali anche l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare – sulla scorta delle peculiarità del caso concreto posto al suo esame – la possibilità o meno di irrogare una sanzione, in caso di mancata ottemperanza a un suo previo provvedimento (cfr. a mero titolo di esempio, art. 255 c.p.c. e art. 133 c.p.p.).

Di particolare interesse, per i sostenitori della tesi della discrezionalità amministrativa, sono poi i programmi di clemenza¹⁴⁷, anch'essi di derivazione europea e mutuati dall'esperienza statunitense¹⁴⁸.

L'istituto rinviene la propria disciplina negli artt. 15-*bis* e ss., l. n. 287/1990¹⁴⁹.

Com'è noto, i programmi di clemenza consentono la non applicazione della sanzione – incidendo dunque sull'*an* del momento dispositivo – o la sua irrogazione in misura ridotta – in ciò intercettando il tema del *quantum*. Poiché *plus semper in se continet quod est minus*, si è optato per il loro esame in questo paragrafo, dedicato all'*an*, ferma restando l'estensione delle considerazioni qui svolte anche al profilo del *quantum* della sanzione.

A mente dell'art. 15-*bis*, l. n. 287/1990, l'AGCM adotta con provvedimento generale un programma di trattamento favorevole, con il quale definisce i casi in cui la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata o ridotta per le imprese che rivelano la loro partecipazione a cartelli segreti¹⁵⁰, va-

147 Su cui v. J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1370 ss.; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 265 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., p. 190 ss.; F. BERTINI, *Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza e risarcimento del danno: un menù di scelte per l'impresa*, cit.; F. DENOZZA, *I programmi di clemenza*, in AA.VV., *Recenti innovazioni in materia antitrust*, cit.; F. POLVERINO, *Procedure "negoziate" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, cit.; M. VATIERO, *Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, p. 437 ss.; V. CERULLI IRELLI, "Consenso" e "autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.; V. MELI, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 419 ss.; P. ZIOTTI, *Programmi di clemenza nel diritto della concorrenza*, in *Dig. pubbl.*, Agg., Torino, 2012, p. 575 ss.; P. CASSINIS, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in AA.VV., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, L.F. Pace (a cura di), Napoli, 2013, p. 397 ss.; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, M. Allena, S. Cimini (a cura di), in *Dir. econ.*, 2013, p. 85 ss.

148 Cfr. la Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (G.U.C.E., n. C 207, 18 luglio 1996), la successiva Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (G.U.C.E., n. C 45, 19 febbraio 2002), la Comunicazione 2006/C 298/11 (in G.U.C.E., n. C 298, 8 dicembre 2006) e le modifiche apportate dalla Comunicazione 2015/C 256/01 (in G.U.U.E., C 256, 5 agosto 2015). Rilevano la derivazione statunitense dell'istituto, tra gli altri, J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, cit.; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit.

149 L'attuale disciplina è il risultato delle modifiche apportate alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, di attuazione della citata direttiva (UE) 2019/1. In precedenza, l'istituto era regolato dall'art. 15, comma 2-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, inserito dall'art. 14, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248.

150 Di cui ora, l'art. 15-*bis*, comma 2, l. n. 287/1990, fornisce una definizione normativa. Ai fini dell'applicazione dei programmi di trattamento favorevole, difatti, «per cartello segreto si

lutazione da operare alla stregua della qualificata collaborazione prestata dall'impresa nell'accertamento degli *antitrust infringements*. L'art. 15-bis, comma 3 e l'art. 15-ter, l. n. 287/1990, individuano rispettivamente gli elementi che l'impresa deve disvelare per la concessione dell'immunità dalla sanzione o per la sua riduzione. L'art. 15-quater, l. n. 287/1990, stabilisce invece le condizioni generali che il richiedente deve soddisfare per poter beneficiare del trattamento favorevole.

Di particolare rilievo, per il discorso che si sta conducendo, è la previsione dell'art. 15-sexies, comma 1, ult. periodo, l. n. 287/1990, a mente della quale «la scelta dell'Autorità in ordine all'accoglimento della domanda è pienamente discrezionale».

La tesi della discrezionalità amministrativa muove dal presupposto che, mediante i *leniency programs*, l'AGCM curerebbe in concreto l'interesse pubblico alla concorrenza. Il loro fondamento, infatti, si rinverrebbe nella «prevalenza dell'interesse pubblico alla scoperta degli illeciti antitrust più gravi, rispetto all'interesse a sanzionare la singola impresa che – pur avendovi partecipato – li denunci»¹⁵¹.

Volendo prescindere, in questa sede, dal riferimento a un supposto “interesse” a sanzionare¹⁵² di cui sarebbe titolare l'Autorità e richiamando quanto sopra sostenuto in merito al diverso ruolo dell'interesse pubblico nelle funzioni di

intende un accordo o pratica concordata fra due o più concorrenti, di cui è celata in tutto o in parte l'esistenza, volta a coordinare la loro condotta concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare i prezzi di acquisto o di vendita o di altre condizioni di transazione, anche in relazione ai diritti di proprietà intellettuale, nell'allocare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, le restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti».

151 A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., p. 192. In termini analoghi S. CIMINI, *op. cit.*, pp. 100 ss. e 112; S.L. VITALE, *op. cit.*, p. 272.

152 L'amministrazione, con l'irrogazione della sanzione, non sembrerebbe infatti soddisfare un interesse suo proprio, ma un interesse di ordine generale. Il riferimento all'interesse alla sanzione, anziché alla potestà sanzionatoria, sembra evocare la dicotomia tra diritto soggettivo di punire – di cui sarebbe titolare l'amministrazione – e dovere di irrogare la punizione – che farebbe capo al giudice penale – presente nel pensiero di Zanobini, cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 50.

Il problema non si è posto solo in tema di sanzioni. Basti ricordare l'annoso dibattito in ordine agli effetti del riconoscimento della legittimazione a ricorrere *ex art.* 21-bis, l. 10 ottobre 1990, n. 287 in capo all'AGCM. Com'è noto, l'armonizzazione della disposizione citata con la tradizionale concezione in termini soggettivi della giurisdizione amministrativa è avvenuta tramite la “subiettivizzazione”, in capo all'AGCM, dell'interesse pubblico alla concorrenza, della quale essa sarebbe titolare e non mera tutrice. Si vedano, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. e mercato*, 2018, 1, p. 43 ss.; A. MOLITERNI, *La legittimazione ad agire dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in AA.VV., *Quando lo stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, M. Macchia (a cura di), Napoli, 2019, p. 35 ss. e la letteratura ivi citata. Per un recente impiego giurisprudenziale della tesi della “subiettivizzazione”, v. Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192.

amministrazione attiva e in quella sanzionatoria, nonché quanto rilevato da parte della dottrina in ordine al diverso ruolo dell'interesse pubblico nell'attività delle *Authorities*¹⁵³, ci si limita ad osservare come l'AGCM, nel caso dei programmi di trattamento favorevole, non rinuncia alla sanzione perché ciò è considerato maggiormente in linea con il perseguimento del "suo" interesse (alla concorrenza), ma proprio perché ciò risulta funzionale a una miglior conduzione della politica *lato sensu* "criminale" condotta dall'Autorità stessa.

La decisione di ammettere un'impresa "pentita" a un programma di trattamento favorevole, difatti, non sembrerebbe fondarsi su valutazioni tanto dissimili da quelle che spingono il Procuratore della Repubblica procedente a richiedere, ai sensi dell'art. 11, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, l'ammissione di un pentito di mafia al programma di protezione per i collaboratori di giustizia.

Il parallelismo – che *prima facie* potrebbe suonare stravagante – può giustificarsi per la comune logica che sembra animare due istituti apparentemente tanto distanti fra loro.

Non a caso, si esprime in termini fortemente evocativi del diritto penale chi, occupandosi dei programmi di clemenza, ha evidenziato come questi si risolvono nel riconoscimento di una «*immunità concessa al membro del cartello che, dissociandosi per primo dal "pactum sceleris", denuncia gli altri componenti del cartello e si trasforma in un "collaboratore di giustizia" (anche se non necessariamente in un pentito convinto)*»¹⁵⁴.

Con i programmi di trattamento favorevoli l'AGCM non persegue – o meglio, non dovrebbe perseguire, stante lo statuto legale dei poteri ad essa attribuiti – finalità *lato sensu* regolatorie e, dunque, conformative di un determinato mercato, o di un suo segmento, bensì rinunzia alla – o diminuisce la – sanzione in vista di un preciso risultato, quello di disvelare un cartello segreto, risultato questo prodromico alla successiva punizione di quanti vi abbiano preso parte.

I programmi di trattamento favorevole, dunque, consentono un più efficace ed efficiente *public enforcement* rispetto alle più gravi forme di *antitrust infringements*, in ciò ponendosi in posizione ancillare rispetto alla potestà sanzionatoria riconosciuta all'AGCM.

L'istituto sembrerebbe allora presentare non poche affinità con quelle peculiari ipotesi che, nel diritto penale sostanziale e processuale¹⁵⁵, consentono al

153 Cfr. L. TORCHIA, *op. cit.*

154 M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, *cit.*, p. 265.

155 S'è visto come, a seconda del tipo di contributo offerto dall'impresa "pentita", l'AGCM possa concedere l'esenzione dalla sanzione o una sua riduzione. Una simile conformazione dell'istituto ricorda scelte di politica criminale ispirate dalla c.d. teoria del "ponte d'oro", in base alla quale l'ordinamento, al fine di prevenire l'offesa ai beni giuridici, farebbe leva sulla promessa di impunità (o di una riduzione di pena) come contropinta psicologica alla spinta illecita. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 499. Gli AA. espongono la teoria del "ponte d'oro" per giustificare la *ratio*, ancora attuale, degli istituti della desistenza e del recesso attivo nel delitto tentato: nel primo caso, gli atti compiuti sino al momento della desistenza non sono punibili, salvo che non costituiscano autonomi reati; nel

giudice di valutare – in concreto – la punibilità di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Per mezzo dei *leniency programs* l'AGCM non pondererebbe interessi contrapposti ma, valutando gli elementi forniti dall'impresa "pentita", raffronterebbe i costi (anche in termini di effettività e di capacità dissuasiva della normativa antitrust *sub specie* di funzione deterrente dell'armamentario sanzionatorio) connessi all'impunità (o alla riduzione della sanzione) riconosciuta in favore di tale impresa, con i benefici concretamente ricavabili dall'emersione del cartello segreto.

Tale complesso raffronto è sì «*pienamente discrezionale*» come il legislatore ha sentito la necessità di ricordare¹⁵⁶, ma non nella tradizionale declinazione amministrativistica. Anche in questo caso, il giudizio rimesso all'AGCM parrebbe presentare non pochi margini di sovrapponibilità con le valutazioni discrezionali proprie dell'autorità giudiziaria chiamata ad accertare l'illecito e a irrogare la conseguente sanzione.

All'esito di questa breve – e necessariamente parziale – disamina dei principali profili problematici posti dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, è possibile riprendere l'esame delle caratteristiche della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione su un piano più generale e affrontare l'annosa questione della discrezionalità nel *quantum*.

3.3. *Segue. La possibile discrezionalità nel momento dispositivo: quantum*

Di discrezionalità nel momento dispositivo è possibile effettivamente discorrere con riguardo alla quantificazione della sanzione amministrativa, attendendo tale operazione intellettuale alla concreta determinazione del contenuto affittivo della sanzione stessa.

secondo caso, invece, l'impedimento dell'evento consente una forte diminuzione della pena in concreto.

Più in generale, come si è tentato di chiarire nel corso delle presenti osservazioni, numerosi sembrano i punti di contatto tra alcuni istituti del diritto penale e talune peculiari manifestazioni della potestà sanzionatoria amministrativa.

Tornando ai programmi di trattamento favorevole, si anticipa come la possibilità di una riduzione della sanzione si giustifichi pienamente senza il ricorso alla categoria della discrezionalità amministrativa. E difatti, che si debba tener conto del comportamento dell'incolpato, anche con riferimento «*all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione*» lo impone – per tutte le sanzioni amministrative pecuniarie – l'art. 11, l. 24 novembre 1981, n. 689, anche in questo caso con non marginali assonanze rispetto alle valutazioni del giudice penale (cfr. artt. 62, n. 6, 133, comma 2, n. 2, 162-ter, c.p.). Del resto, è lo stesso art. 31, l. 10 ottobre 1990, n. 287, a richiamare – in tema di sanzioni – i principi della l. 24 novembre 1981, n. 689. L'art. 11, l. 24 novembre 1981, n. 689 è richiamato anche nella Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152, con la quale sono state adottate le Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

¹⁵⁶ Possibile indice della difficoltà di conciliare margini di scelta molto ampi con le caratteristiche della potestà sanzionatoria.

Ciò è particolarmente evidente nelle sanzioni amministrative pecuniarie in cui è prevista una cornice edittale. In simili evenienze è rimessa all'amministrazione la concreta individuazione del quantum, rispetto alla quale si è discusso tanto di discrezionalità tecnica, quanto di quella amministrativa.

Alla prima posizione, riscontrabile sia in giurisprudenza¹⁵⁷ che in dottrina¹⁵⁸, non sembrerebbe potersi aderire.

Per vero, l'operazione intellettuale sottesa alla quantificazione della sanzione pecuniaria parrebbe fondarsi su valutazioni di carattere eminentemente giuridico, non involgenti dunque quei saperi tecnico-specialistici che costituiscono il *proprium* della controversa categoria della discrezionalità tecnica¹⁵⁹. In senso critico non si è inoltre mancato di osservare come la discrezionalità tecnica potrebbe trovare spazio nella fase di accertamento della violazione del precetto, nel caso in cui vengano in rilievo fatti non già semplici ma complessi, non nella fase determinativa del quantum¹⁶⁰, con ciò collocandosi il margine di scelta nel momento conoscitivo e non in quello dispositivo.

La tesi della discrezionalità amministrativa – come già chiarito – poggia le sue fondamenta argomentative sull'assunto che il sanzionare sia attività di cura diretta dell'interesse pubblico. Il perseguimento dell'interesse istituzionalmente affidato alla pubblica amministrazione implicherebbe che gli spazi di scelta concessi dalla legge – tra il minimo e il massimo edittale – potrebbero essere colmati solo con la spendita di discrezionalità amministrativa. La determinazione della giusta sanzione seguirebbe a una preliminare fase di ponderazione degli interessi coinvolti nella vicenda.

157 V. Cass., sez. lav., 11 aprile 2001, n. 5443.

158 R. CONTI, *Le sanzioni amministrative*, in *Modifiche al sistema penale. Depenalizzazione e illecito amministrativo*, vol. I, Milano, 1982, p. 191, in part. p. 223 ss., ove osserva che «È generalmente ritenuto in dottrina e in giurisprudenza che l'autorità amministrativa nella determinazione della sanzione amministrativa sia investita dello stesso potere "discrezionale" del quale dispone l'autorità giudiziaria nell'applicazione della pena. Va peraltro sottolineato, ad evitare possibili equivoci, che ciò non ha nulla a che fare con la discrezionalità amministrativa, che esprime una ponderazione di interessi: piuttosto, nella scelta della pena, la discrezionalità del giudice è affine alla c.d. discrezionalità tecnica e si concreta in un giudizio valutativo di fatti vincolato a parametri predeterminati che tuttavia, attenendo a discipline non esatte, conserva inevitabilmente un margine di opinabilità». Si v. anche E. RIVA CRUGNOLA, *La determinazione della misura delle sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980), cit., p. 475 ss. La posizione della A. da ultimo citata si mostra però più composita, riferendo la discrezionalità tecnica al momento della determinazione del quantum, cfr. E. RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, p. 482. Ma poco prima essa afferma limpidamente che «Il potere discrezionale dell'amministrazione nell'applicazione della sanzione, analogamente a quello attribuito al giudice dall'art. 133 del codice penale, si risolve quindi in una attività valutativa della gravità dell'illecito nel caso concreto, attività alla quale è del tutto estranea la cura diretta di uno o più specifici interessi pubblici», E. RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, p. 481.

159 Come già osservato in precedenza (cfr. nota n. 103), per poter distinguere la discrezionalità tecnica da quella amministrativa pare necessario, in via preliminare, intendere per tecnica non già ogni genere di scienza o tecnica in senso oggettivo, perché altrimenti vi si ricomprenderebbe anche quella giuridica, appartenente alle scienze *lato sensu* sociali.

160 S. CIMINI, *op. cit.*, p. 92.

Nella dottrina che offre tale lettura del fenomeno sanzionatorio è ancora una volta ricorrente il richiamo all'attività sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti. In estrema sintesi, si sostiene che, in tale settore, il legame tra la potestà sanzionatoria e gli altri poteri ad esse attribuiti sarebbe talmente stretto da lasciar trasparire l'assoluta rilevanza dell'interesse pubblico affidato all'Authority all'atto della quantificazione della sanzione. Il riconoscimento del carattere discrezionale di quest'attività sarebbe, secondo la dottrina in esame, dato acquisito in giurisprudenza¹⁶¹.

Lo stretto legame tra le diverse attribuzioni rimesse alle Autorità amministrative indipendenti è un dato effettivamente non controvertibile e dal quale pare potersi evincere (al più) una coerente linea di politica legislativa. Ma la dottrina in esame sembrerebbe dedurre da ciò una conclusione che non può qui condividersi, sulla scorta delle già svolte considerazioni in ordine al profilo funzionale della sanzione amministrativa e al diverso atteggiarsi dell'interesse pubblico nell'attività delle Autorità amministrative indipendenti.

La tesi della discrezionalità amministrativa richiama a proprio fondamento anche i criteri di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie stabiliti all'art. 11 l. n. 689/1981. La rilevanza attribuita dalla disposizione alla gravità dell'illecito e all'opera svolta dal trasgressore per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione disvelerebbe la centralità, nel momento dispositivo, della concreta cura dell'interesse pubblico leso dal trasgressore¹⁶².

Il dato normativo però, sembra potersi leggere anche in una differente – e ad avviso di chi scrive più perspicua – prospettiva.

E difatti, l'art. 11 l. n. 689/1981 più che presentare assonanze con una norma attributiva di potere amministrativo discrezionale, pare disvelare una marcata simmetria con l'art. 133 c.p.¹⁶³. La compresenza di criteri soggettivi e

161 Eccezion fatta per le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti la cui cognizione il legislatore affida alla giurisdizione ordinaria. In tal caso, il mancato riconoscimento del carattere discrezionale della commisurazione della sanzione viene spiegato come una sorta di razionalizzazione *ex post* delle scelte legislative – non certo lineari – in materia di riparto di giurisdizione. In termini, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., p. 84.

162 Nella stessa logica sembrerebbe leggersi, da parte della dottrina che qui non si condivide, la disciplina dei programmi di clemenza in materia antitrust, dalla quale emergerebbe la prevalenza dell'interesse pubblico all'assetto concorrenziale dei mercati rispetto all'interesse a sanzionare la singola impresa.

163 Rileva l'assonanza Cerbo, il quale osserva come la sanzione pecuniaria graduata tra un minimo e un massimo consente di rispondere a esigenze di garanzia. Con tale tipologia di sanzione è difatti possibile «graduare la pena concretamente irrogata in rapporto alla gravità dell'illecito, con un meccanismo non molto difforme da quello previsto (ovviamente per le sanzioni penali) dall'art. 133 del codice penale», P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 11.

Non si è mancato di rilevare come «la c.d. discrezionalità del giudice è criterio di giudizio, per l'adeguamento della decisione alle caratteristiche specifiche del caso, non per tutelare un qualche interesse (ammeneché non ci si riferisca all'interesse, del tutto desoggettivato, dell'ordinamento, della giustizia); mentre la discrezionalità amministrativa è criterio di esercizio del potere, per la scelta della soluzione adatta a soddisfare quell'interesse che è soggettivato nella stessa autorità competente. In nulla differisce, da tale "discrezionalità" del

oggettivi, infatti, non sembrerebbe implicare necessariamente una ponderazione di interessi tradizionalmente intesa nell'operazione di quantificazione della sanzione.

La valutazione circa la gravità dell'incisione dell'interesse pubblico, infatti, è assimilabile al giudizio sulla gravità del reato, in ordine alla capacità dell'illecito penale di ledere o porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice¹⁶⁴.

Il richiamo alla personalità del trasgressore, poi, sembra volto «a caratterizzare l'illecito amministrativo in termini di "riprovevolezza" e di "meritevolezza di sanzione" con assoluto parallelismo rispetto all'illecito penale»¹⁶⁵.

La comune ispirazione dei criteri per l'applicazione della sanzione nel sistema penale e amministrativo si potrebbe dedurre anche dalla rilevanza attribuita alle condizioni economiche del reo¹⁶⁶.

La loro considerazione non pare indicare, infatti, che l'amministrazione sia chiamata a una ponderazione, tenendo conto delle capacità reddituali del trasgressore, quanto piuttosto l'esigenza, originata dal rispetto di fondamentali principi ordinamentali di rilievo costituzionale, di garantire la parità di trattamento nell'esercizio della potestà sanzionatoria¹⁶⁷.

Non sembrerebbe, poi, dirimente il riferimento al canone di proporzionalità per la quantificazione della sanzione, pur richiamato da una parte della dottrina per sostenere la natura discrezionale amministrativa della determina-

giudice, lo spazio di libertà rilasciato dalla legge alle autorità amministrative nell'applicazione delle sanzioni, da adeguare alla gravità della violazione (e, se del caso, alla personalità del trasgressore», E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980), cit., p. 119.

164 In simili evenienze «la valutazione dell'interesse si esaurisce sul piano della determinazione della intensità della messa in pericolo o del danno cagionato dalla violazione», proprio in termini analoghi a quanto si desume dall'art. 133 c.p. Così, C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 371.

165 C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit., p. 369.

166 Non sembra un caso che l'art. 133-bis c.p. sia stato introdotto nella trama codicistica proprio dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

167 Del resto, ancor prima che sul piano giuridico-costituzionale, la considerazione delle condizioni economiche in materia di misure afflittive pecuniarie pare spiegabile su quello logico. La medesima sanzione pecuniaria, in presenza di una identica trasgressione, incide in maniera diversa sul patrimonio di un ricco possidente e su quello di un trasgressore le cui condizioni economiche rasentano la soglia della povertà. Ciò rileva anche in ordine alle funzioni general-preventiva e special-preventiva delle misure afflittive, le quali non riuscirebbero a svolgere alcuna forma di pressione psicologica all'osservanza del precetto sui consociati dotati di maggior forza economica. In questi termini anche Paliero e Travi, i quali osservano come il criterio delle condizioni economiche sia «decisamente "orientato verso la prevenzione speciale", nei limiti in cui impedisce che condizioni economiche favorevoli rendano "insensibile" l'agente al carattere "afflittivo" e "intimidatorio" della sanzione, e verso la prevenzione generale, nei limiti in cui i potenziali destinatari del precetto vengano diffidati dal "confidare" su eventuali sproporzioni fra l'entità della sanzione e le proprie disponibilità finanziarie, che renderebbero la violazione "conveniente"» C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, cit.

zione del quantum¹⁶⁸. In simile prospettiva ermeneutica, il principio di origine comunitaria¹⁶⁹ sarebbe richiamato dall'art. 1 l. n. 241/1990 e dunque sovrintenderebbe al regolare esercizio di un'attività amministrativa discrezionale. Ma che non si possa "sparare colpi di cannone contro i passeri"¹⁷⁰ è principio comune all'azione di tutti i pubblici poteri¹⁷¹ e certo non può dirsi vigente nell'ordinamento nazionale solo per via del richiamo a quello sovranazionale operato dall'art. 1 l. n. 241/1990.

Del resto, in campo penale la più recente giurisprudenza costituzionale valorizza in misura sempre maggiore il ruolo della complessiva proporzione del trattamento sanzionatorio del reo ai fini dello scrutinio della legittimità costituzionale delle scelte di dosimetria sanzionatoria operate dal legislatore¹⁷².

¹⁶⁸ Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶⁹ In verità tracce del principio si rinvencono nell'atto di nascita del diritto amministrativo italiano, tradizionalmente risalente alla pubblicazione, nel 1814, delle *Istituzioni di diritto amministrativo* di Gian Domenico Romagnosi. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1106.

¹⁷⁰ Com'è noto, l'espressione "*mit Kanonen auf Spatzen schießen*" risale a Fleiner che in questi termini esemplificava il senso del principio di proporzionalità nel 1912, v. F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1912, p. 354. Si è però notato che «*It is therefore useful to briefly refer, first of all, to the German principle of proportionality that, as a terminus technicus of legal language, was used for the first time as early as 1802. While the famous Fritz Fleiner's descriptive formula, according to which the police should not shoot sparrows with cannons, dates back more than a century*», D.U. GALETTA, *The EU principle of proportionality and judicial review: its origin, development, dissemination and the lessons to be learnt from the EU Court of Justice*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, p. 619 ss., in part. p. 622.

Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo si v., tra i numerosissimi contributi, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361 ss.; S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023. Per un esame del principio su di un piano più generale v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit.

¹⁷¹ Sull'immanenza del principio nell'ordinamento, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2024, n. 690; Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2023, n. 4554; Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; TAR Lazio, Latina, sez. I, 16 settembre 2015, n. 616, TAR Abruzzo, Pescara, 1° luglio 2004, n. 641.

¹⁷² Si vedano, Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 222, Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63; Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112; Corte cost. 24 aprile 2020, n. 73; Corte cost. 9 marzo 2021, n. 55; Corte. Cost. 15 giugno 2023, n. 120.

In dottrina, *ex multis*, E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020; I. GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5; M. GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 26 ss.; L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *sistemapenale.it*, 2021; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

Anche la Corte di Giustizia ha valorizzato, di recente, il principio. Cfr. CGUE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, sulla quale v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in *sistemapenale.it*, 2022.

Recentemente, poi, la Consulta ha nuovamente affermato la possibilità di uno scrutinio in ordine alla proporzionalità della sanzione, con riferimento anche all'illecito amministrativo a

Se quanto precede è vero, dal diritto positivo non paiono emergere con chiarezza indici della presenza di margini di discrezionalità amministrativa nel momento dispositivo riferibili al *quantum*, a meno di non voler con ciò intendere che ove un margine di scelta nella commisurazione della sanzione sia riconosciuto a un soggetto formalmente amministrativo, esso debba essere qualificato per ciò solo in termini di discrezionalità amministrativa, per distinguere appunto sul piano soggettivo chi amministra da chi giudica; in ciò, però, accogliendo una nozione di discrezionalità amministrativa in termini soggettivi, assai distante da quella invalsa nella dogmatica amministrativistica e allo stato assolutamente prevalente.

Le difficoltà di ricondurre la scelta del *quantum* nell'alveo della discrezionalità tecnica o di quella amministrativa giustificano l'emersione della tesi della discrezionalità giudiziale¹⁷³.

In una prima fase dell'elaborazione scientifica¹⁷⁴, la linea di confine tra discrezionalità amministrativa e giudiziale era ravvisabile nella sottoposizione della seconda a vincoli normativamente imposti e desumibili proprio dagli artt. 132 e 133 c.p., a fronte di una discrezionalità amministrativa rimessa di fatto all'arbitrio del potere esecutivo.

Una tale ricostruzione è oggi inservibile per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, il formante giurisprudenziale sembrerebbe aver contribuito a un rovesciamento della distinzione appena tracciata. Com'è noto, nel diritto penale si è assistito a uno svilimento del ruolo della motivazione sulla misura della pena, con una giurisprudenza di merito che si rifà a formule generiche e richiami apodittici ai criteri dell'art. 133 c.p. e una giurisprudenza di legittimità che arretra il suo sindacato ove la determinazione della pena si attesti nell'intorno del minimo edittale¹⁷⁵. Al contrario, l'evoluzione della giurisprudenza am-

carattere punitivo, cfr. Corte cost. 14 aprile 2022, n. 95.

173 Per un inquadramento dogmatico del tema v. E. DOLCINI, (voce) *Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 744 ss.

174 Come efficacemente chiarito da Goisis (F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., p. 107 ss.), la riflessione sulla distinzione tra le due forme di discrezionalità risale, essenzialmente, all'opera di Bellavista. In argomento, G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1964; E. DOLCINI, (voce) *Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, cit., p. 749.

175 Cfr., *ex multis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 793; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, p. 380, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 742 ss. Osserva Dolcini «come i giudici di merito siano largamente orientati verso l'applicazione delle pene nel minimo edittale ... e quindi, sostanzialmente, verso una correzione delle stesse valutazioni legislative: né sorprende che, nel quadro di tale indirizzo, si faccia costante ricorso a motivazioni apparenti. Mancano di conseguenza i presupposti per un controllo di legittimità sui profili di diritto sostanziale della commisurazione della pena: le pronunce della Cassazione, come già si è rilevato, si ispirano ad una linea di gelosa salvaguardia della sovranità del giudice di merito», E. DOLCINI, (voce) *Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, cit., p. 752. Per la giurisprudenza di legittimità, difatti, «La graduazione della pena, anche in relazione agli aumenti ed alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, il quale, per assolvere al relativo

ministrativa mostra un costante e progressivo affinamento delle tecniche di sindacato sull'esercizio del potere discrezionale, anche per il tramite dello scrutinio sull'eccesso di potere.

In secondo luogo, è innegabile che il diritto positivo si sia evoluto in senso garantistico per quanto riguarda l'esercizio del potere amministrativo discrezionale, implementando «*pervasivi principi giuridici sostanziali (tra l'altro oggi codificati dall'art. 1, co. 1, l. n. 241 del 1990)*»¹⁷⁶ che guidano e vincolano l'amministrazione nell'adozione del provvedimento discrezionale¹⁷⁷.

Nell'attuale dibattito, dunque, le due forme di discrezionalità si differenzerebbero in quanto quella giudiziale sarebbe finalizzata all'individuazione della soluzione giusta in relazione alla gravità dell'illecito e alla personalità del trasgressore, mentre quella amministrativa perseguirebbe la concreta cura dell'interesse pubblico¹⁷⁸.

Contro la ricostruzione fondata sulla discrezionalità giudiziale viene però rilevato che essa comporterebbe un appiattimento sul perseguimento di mere finalità di giustizia a detrimento di ulteriori interessi pubblici, emergenti anche in sede penalistica, primo fra tutti il finalismo rieducativo della pena. Se ne ricaverebbe, dunque, che la commisurazione della sanzione sarebbe «*conformata ad un determinato obiettivo (non di mera astratta giustizia, ma) di specifico interesse pubblico, quello alla rieducazione di quel dato individuo*»¹⁷⁹ e ciò renderebbe inservibile l'impiego della discrezionalità giudiziale, che avrebbe «*(forse) senso in una visione meramen-*

obbligo di motivazione, è sufficiente che dia conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen. con espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure con il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere, essendo, invece, necessaria una specifica e dettagliata spiegazione del ragionamento seguito soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale», Cass. pen., sez. II, ud. 27 aprile 2017 – dep. 21 luglio 2017, n. 36104 e, ancora «Non è necessaria una specifica e dettagliata motivazione del giudice nel caso in cui venga irrogata una pena al di sotto della media edittale che deve essere calcolata non dimezzando il massimo edittale previsto per il reato, ma dividendo per due il numero di mesi o anni che separano il minimo dal massimo edittale ed aggiungendo il risultato così ottenuto al minimo», Cass. pen., sez. III, ud. 22 febbraio 2019 – dep. 9 luglio 2019, n. 29968.

¹⁷⁶ F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., pp. 108-109.

Sui principi generali che regolano l'azione della pubblica amministrazione si v., per tutti, F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, cit., p. 1 ss.

¹⁷⁷ Come autorevolmente osservato di recente, si assiste a un fenomeno per certi versi opposto a quello che ha caratterizzato il contesto costituzionale nel quale il concetto di discrezionalità amministrativa è sorto. In particolare, la discrezionalità sarebbe oggi sottoposta a limiti quantitativi e qualitativi particolarmente stringenti. Essa, non sarebbe «*più lo spazio libero da leggi, ma lo spazio occupato da tante regole e da molti controllori. Richiede un bilanciamento diverso dalla ponderazione di cui scriveva Giannini nel 1939, perché include anche il sistema dei controlli*», S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 725 ss., in part. p. 727.

¹⁷⁸ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria. Atti del Convegno*, cit., p. 139; ID., *Il procedimento di applicazione delle sanzioni*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, cit., p. 119.

*te retributivistica della sanzione»*¹⁸⁰.

Il ragionamento – pur nella sua assoluta linearità – non pare potersi condividere.

Anzitutto, la circostanza che il finalismo rieducativo sarebbe incompatibile con la discrezionalità giudiziale ma compatibile con quella amministrativa sembra scontrarsi con un dato esperienziale ancor prima che giuridico, in base al quale le corti penali quotidianamente esercitano proprio il potere di cui all'art. 132 c.p. nell'ottica illuminata dall'art. 27, comma 3, Cost.

In secondo luogo, non sembra condivisibile la considerazione del finalismo rieducativo alla stregua di un interesse pubblico perseguibile da parte dell'amministrazione. Così congegnando la finalità rieducativa, essa rientrerebbe nell'operazione di bilanciamento e ponderazione propria del potere discrezionale amministrativo, con ciò non potendosi astrattamente garantire che essa prevalga sempre e comunque. Il rischio, dunque, è che, per questa via, la funzione rieducativa delle *pene in senso tecnico* possa essere piegata ad altre mutevoli esigenze, ritenute prevalenti nella fattispecie concreta alla luce del criterio di preferenza individuato di volta in volta dall'amministrazione, di fatto strumentalizzando il trasgressore, destinatario di una sanzione che va oltre il suo grado di colpevolezza, per come determinato alla luce dei criteri oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 133 c.p. e 11 l. n. 689/1981.

Per tali ragioni, la rieducazione del trasgressore¹⁸¹ non sembrerebbe declinabile in termini di interesse pubblico concreto e specifico perseguito dalla pubblica amministrazione, quanto piuttosto come un valore costituzionale di assoluta preminenza, che guida, dall'alto, l'interprete (sia esso amministratore o giudice) nell'opera determinativa della giusta sanzione, non obliterabile in favore di altri interessi pubblici o privati¹⁸².

È bene ribadire che la tesi della discrezionalità giudiziale non nega ma presuppone il riconoscimento di un potere di scelta in capo

179 F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., p. 115.

180 *Ibidem*.

181 Sulla non operatività della funzione emendativa della pena alle sanzioni amministrative pecuniarie v. però M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie – principi sostanziali e procedurali*, cit., p. 148.

182 Com'è noto, in materia penale la giurisprudenza costituzionale ha subito una profonda evoluzione. La Consulta, interpretando in senso restrittivo l'art. 27, comma 3, Cost., ha per lungo tempo relegato la funzione rieducativa alla fase esecutiva della pena e in particolare al trattamento penitenziario. A orientare le decisioni della Corte è stata la tradizionale concezione polifunzionale della pena, in base alla quale «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena», Corte cost. 22 novembre 1974, n. 264. Soltanto con la storica sentenza n. 364/1988 si è avuta una piena valorizzazione dell'art. 27, comma 3, Cost. anche in relazione all'an della responsabilità penale. Si è giunti così ad affermare che «la funzione rieducativa non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili», Corte cost. 24 luglio 2007, n. 322 e più recentemente, Corte cost. 11 luglio 2018, n. 149.

all'amministrazione¹⁸³.

Quel che si nega, invece, è che nell'operare la scelta sia possibile procedere ad una ponderazione degli interessi coinvolti, secondo la dinamica dell'interesse pubblico propria della discrezionalità amministrativa, con ciò ribadendo che la scelta del *quantum* non può essere attratta nell'alveo del momento teleologico dell'esercizio della potestà sanzionatoria, trovando la sua sede naturale proprio in quello dispositivo.

La formula della discrezionalità giudiziale pare dunque essere quella più idonea a chiarire l'effettiva conformazione strutturale della scelta che l'amministrazione è chiamata ad operare. La possibilità di scelta è ancorata a criteri diversi dalla selezione e dalla valutazione degli interessi concreti, difettando un criterio di preferenza rimesso all'amministrazione; sicché, nell'operazione intellettuale di quantificazione, si incide sugli effetti della sanzione, non sui suoi fini.

3.4. La sanzione amministrativa e (l'incofigurabilità del)la discrezionalità nel momento teleologico

La previsione – ad opera della norma attributiva e regolativa del potere – di discrezionalità nel momento teleologico implica la possibilità di scelta delle finalità che l'amministrazione può perseguire con la sua azione. Il *quid novi* introdotto nel circuito ordinamentale dal provvedimento amministrativo assurge dunque a regola di fine¹⁸⁴.

Come ripetutamente osservato, il fine del provvedimento è individuato nella cura concreta dell'interesse pubblico. Ciò avviene – in presenza di discrezionalità nel momento teleologico – attraverso un'opera di concretizzazione dell'interesse pubblico e di sua ponderazione comparativa con gli altri interessi attinti dalla vicenda di esercizio del potere¹⁸⁵.

183 La scelta implica discrezionalità, ma «la discrezionalità cui si fa riferimento in questo caso non è quella c.d. "amministrativa", ma quella che in diritto penale viene chiamata "discrezionalità del giudice" (cfr. art. 132 c.p.)», così P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 11.

184 Le regole di fine mirano a orientare comportamenti futuri dei consociati e qualificano in senso deontologico un determinato assetto di interessi o di valori da soddisfare o attuare per il tramite della modalità deontica indicata. In termini, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 433; si veda anche M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, in M. Taruffo (ed. italiana a cura di), *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, p. 14 ss. Le regole di fine vanno distinte da quelle di azione che attengono ad azioni passate qualificate deontologicamente. Le regole di azione presentano la struttura logica della sanzione, secondo il già indicato principio di imputazione per cui "Se *a*, allora *b*".

Per una diversa ricostruzione della distinzione tra regole di fine e di azione, da rinvenire sul piano quantitativo più che su quello qualitativo, v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 435, nota n. 112.

185 Secondo la tradizionale ricostruzione offerta del concetto di discrezionalità amministrativa – alla quale si è già fatto cenno – almeno a partire dalle riflessioni di Giannini, cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.

In presenza di un margine di scelta l'amministrazione opera un giudizio di preferenza tra interessi, giudizio che rappresenta l'*ubi consistam* della discrezionalità nel momento teleologico.

L'autonoma rilevanza assunta dal giudizio di preferenza per interessi o valori consente di distinguere strutturalmente – pur nella comunanza dell'elemento della scelta – il momento teleologico da quelli conoscitivo e dispositivo.

Nel momento conoscitivo, difatti, si opera un raffronto tra fatto e fatti-specie, all'esito del quale è possibile opinare nel senso dell'integrazione o meno dei presupposti della seconda. La sussunzione implica un'operazione di qualificazione, scevra da giudizi di preferenza rispetto ai fini della decisione amministrativa¹⁸⁶. In quello dispositivo, invece, l'amministrazione individua tra le alternative possibili la misura che risulta più adeguata a un assetto di interessi già selezionato alla stregua del giudizio di preferenza posto alla base della scelta nel momento teleologico¹⁸⁷.

Quello teleologico, dunque, influisce sugli altri due momenti dell'*agere* amministrativo ma è formalmente e strutturalmente diverso ed estraneo ad entrambi. Diversamente opinando si verrebbe a sovvertire l'evidente diversità di piani tra l'apprezzamento dei presupposti, l'individuazione degli effetti e la selezione dei fini.

Sulla scorta di quanto sin qui argomentato – specie con riferimento al profilo funzionale della sanzione – non pare praticabile una opzione ricostruttiva favorevole a scorgere margini di discrezionalità nel momento teleologico nella potestà sanzionatoria amministrativa.

S'è, infatti, più volte richiamata l'attenzione sulla differenza tra provvedere e sanzionare e dunque tra le due categorie "attizie" che di tali predicati sono la manifestazione.

Il provvedimento introduce un *quid novi* nell'ordinamento ed è volto al perseguimento dell'interesse pubblico concreto. Rappresenta quindi una regola di fine, in quanto volta ad orientare il concreto comportamento dei suoi destinatari. Con riferimento al provvedimento amministrativo – funzionalmente in-

186 Il giudizio di preferenza non è invece riconducibile a un fenomeno di qualificazione normativa. E difatti, l'individuazione del criterio di preferenza presuppone «una scelta che non consiste nell'inclusione della realtà fattuale di una classe prevista dalla fattispecie astratta, giacché i due elementi di corrispondenza, la classe a cui si fa riferimento e la relazione di preferenza, non si presentano come omogenei. Non può, cioè, rapportarsi la regola di preferenza di cui si discorre, che come detto si viene a definire nel collegamento del momento teleologico con quello conoscitivo e con quello effettuale, alla considerazione che viene data, in via normativa, all'interesse pubblico astratto e alle differenti opzioni dispositive dalla stessa normativa contemplate. Farlo significherebbe negare lo stesso fenomeno della concretizzazione dell'interesse pubblico come bilanciamento degli interessi che avviene all'interno del processo decisorio; significherebbe, in altri termini, fare riferimento direttamente all'interesse astratto quale contenente, in sé, la regola di decisione nel caso concreto», A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 438.

187 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., p. 435.

teso – tutti e tre i momenti nei quali l'*agere* pubblicistico è strutturalmente scomponibile possono presentare margini di scelta discrezionale¹⁸⁸.

La sanzione, invece, risponde pienamente al principio di imputazione “Se *a*, allora *b*” e, dunque, pertiene alla categoria delle c.d. regole di azione, volte a qualificare deontologicamente azioni passate. Alla sanzione è estranea la tematica degli interessi pubblici concreti, essendo funzionalizzata in modo immediato e diretto a reagire al comportamento inosservante del consociato, senza che ciò involga giudizi di preferenza su valori o interessi.

L'amministrazione, allorché preposta dall'ordinamento all'irrogazione di una sanzione amministrativa, non pare allora in alcun modo chiamata a ponderare interessi e a individuare un criterio di preferenza tra gli stessi. Essa, al contrario, sembra vincolata alla decisione assunta sul piano generale e astratto, consistente nella previsione di una conseguenza sfavorevole – di una *pena in senso tecnico* – al ricorrere dei presupposti individuati dalla fattispecie e, cioè, dell'integrazione di un illecito.

Alla luce delle considerazioni che precedono, sembra doversi concludere nel senso che alla possibilità di margini di scelta nell'apprezzamento dei presupposti e nell'individuazione degli effetti, non conseguirebbe alcun margine di selezione dei fini da perseguire¹⁸⁹.

4. Breve sintesi dei risultati ottenuti in ordine alle caratteristiche funzionali e strutturali della potestà sanzionatoria amministrativa

All'esito dell'analisi condotta sul profilo funzionale e della sua struttura ci si augura di aver esposto le ragioni che militano ad assicurare continuità all'indirizzo espresso dalla prevalente dottrina, in ordine all'assenza di spendita di discrezionalità amministrativa propriamente detta nell'adozione di sanzioni amministrative.

Un primo risultato – emerso all'esito dell'esame dei profili funzionali – è individuabile nella non pertinenza della sanzione amministrativa al *genus* provvedimentale, rispetto al quale essa si pone dunque come *aliud*. L'assimilazione – anche funzionale – delle due categorie, sostenuta da una parte della dottrina, potrebbe allora spiegarsi come l'esito di una sovrapposizione concettuale operata in sede di ricostruzione dogmatica, rispetto alla distinzione tra il sanzionare e il provvedere, evincibile invece sul piano della teoria del diritto.

¹⁸⁸ Come si è detto a proposito del provvedimento di revoca *ex art. 21-quinquies* l. 241/1990, perfino con riferimento al momento conoscitivo è possibile individuare casi di provvedimenti amministrativi in cui l'apprezzamento ricade su interessi concreti e valori.

¹⁸⁹ Preme rilevare che mentre è ben possibile che a margini di scelta nel momento conoscitivo e dispositivo possa non conseguire discrezionalità nel momento teleologico, non è vero il contrario. La vincolatezza nell'apprezzamento dei presupposti e nella determinazione degli effetti non può che comportare l'assenza di discrezionalità nella individuazione dei fini. In termini, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 435.

Si è anche rilevato come l'interesse pubblico, nell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa, tenda a coincidere con l'interesse astratto all'osservanza del precetto. Per tale via, la sanzione assicurerebbe anche la garanzia dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata a curare concretamente attraverso le funzioni di amministrazione attiva; ciò, tuttavia, in modo indiretto e mediato, al di fuori di ogni comparazione valoriale o d'interessi.

Conseguentemente, l'amministrazione titolare di potestà sanzionatoria non sarebbe mai chiamata dall'ordinamento a operare un giudizio di preferenza.

Si è, altresì, evidenziato – e ciò all'esito dell'esame condotto sul piano strutturale della potestà – che l'esclusione di margini di scelta discrezionale amministrativa nell'individuazione dei fini della sanzione non pare comportare anche il disconoscimento di margini di scelta – latamente intesi – in altri momenti dell'esercizio della *potestas puniendi* della pubblica amministrazione.

Anzitutto, nell'apprezzamento dei presupposti è ben possibile che, allorché la fattispecie astratta faccia riferimento a fatti complessi, concetti vaghi o indeterminati, l'amministrazione sia chiamata a spendere saperi tecnico-specialistici insuscettibili di fornire un apprezzamento univoco. In simili evenienze, l'apprezzamento si tinge di inevitabile opinabilità, dovuta al margine di scelta implicito nelle valutazioni tecniche¹⁹⁰.

Inoltre – e con riferimento al momento dispositivo dell'esercizio della potestà – nel determinare gli effetti della sanzione, con particolare riferimento alla sanzione pecuniaria stabilita entro una cornice edittale, l'amministrazione, guidata dai criteri di commisurazione normativamente previsti – primo fra tutti l'art. 11 l. n. 689/1981 – pur operando indubbiamente una scelta, non sembrerebbe procedere a ponderazioni di interessi o di valori. Sicché, tale scelta pare nient'affatto dissimile da quella cui è chiamato il giudice penale all'atto di esercitare il suo potere discrezionale nella dosimetria in concreto della pena. Di qui l'appagante sistemazione teorica di quella parte della dottrina che fa riferimento alla c.d. discrezionalità giudiziale.

Ne conseguirebbe l'individuazione, nel rapporto amministrativo sanzionatorio, di possibili margini di scelta nell'apprezzamento dei presupposti e nella determinazione degli effetti, giammai nella selezione degli interessi e dei valori.

190 Ciò implica l'accoglimento della distinzione tra scienze esatte e scienze non esatte. Distinzione questa che non è rimasta esente da rilievi nel dibattito filosofico del Novecento. In senso critico si sono ad esempio espressi P.K. FEYERABEND, *Against Method. Outline of an Anarchic Theory of Knowledge*, Londra, 1975, trad. it. L. Sosio (a cura di), *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2013; B. LATOUR, S. WOOLGAR, *Laboratory Life: the Construction of Scientific Facts*, Princeton, 1986. Il tema è estremamente vasto ed esula, evidentemente, dagli scopi delle presenti riflessioni. Sul punto si v., a scopo orientativo, M. DI BENEDETTO, D. SACCOCCIONI, *Caos, ordine e incertezza in epistemologia e nelle scienze naturali*, Milano, 2012. Si v. anche P. CAPPELLINI, (voce) *Teoria generale e scienza del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 162 ss., in part. p. 164.

Di seguito una sintesi grafica, in forma di tabella, dei risultati evinti dall'esame strutturale della potestà sanzionatoria amministrativa.

	<i>Momento conoscitivo</i>	<i>Momento dispositivo</i>	<i>Momento teleologico</i>
<i>Presenza di margini di scelta</i>	Si	Si	No
<i>Oggetto della scelta</i>	Apprezzamento dei fatti complessi	Quantificazione della sanzione	
<i>Natura del margine di scelta</i>	“Discrezionalità” tecnica	Discrezionalità giuridiziale	

5. Possibili ricadute sostanziali e processuali. Alcune considerazioni (non) conclusive

Numerose sembrano essere le prospettive che promanano dall'acquisizione dell'incompatibilità tra la discrezionalità amministrativa e la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Si procederà ora ad individuare gli ulteriori profili ricostruttivi che allo stato paiono problematici e che necessiterebbero di ulteriori svolgimenti.

Quanto sin qui osservato pare consentire, in ogni caso, di evidenziare la profonda distanza che intercorre tra la spendita della potestà sanzionatoria amministrativa, che si manifesta con l'adozione della sanzione, e l'esercizio – mediante l'adozione del provvedimento amministrativo funzionalmente inteso – dei poteri amministrativi volti alla cura concreta dell'interesse pubblico.

Una simile conclusione potrebbe anzitutto condurre, ove opportunamente sviluppata, a una rimeditazione di ordine generale sulla stessa collocazione ordinamentale della potestà sanzionatoria amministrativa¹⁹¹.

¹⁹¹ Avverte della necessità di esaminare la sanzione amministrativa sul versante della sua collocazione sistemica D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, cit. Si veda anche A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, p. 627.

Occorre infatti chiedersi se, alla luce di quanto sin qui emerso, sia possibile continuare ad opinare nel senso che la potestà sanzionatoria delle pubbliche amministrazioni sia – nella sostanza – un potere amministrativo o se, invece, sia più convincente ritenerla una potestà sostanzialmente assimilabile a una diversa funzione statuale, in particolare a quella giurisdizionale. Una simile prospettiva ermeneutica non è certo nuova nel dibattito dogmatico¹⁹². Al riguardo può parlarsi di c.d. *teoria del prestito*¹⁹³.

Alla base del ragionamento vi è l'idea che la potestà sanzionatoria è solo momentaneamente dislocata presso l'amministrazione, ferma restando la possi-

192 Si vedano, in particolare, G. SEVERINI, (voce) *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, p. 1005 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno *Le Autorità Amministrative Indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, disponibile in giustizia-amministrativa.it, 2013; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 700-701.

193 La teoria del prestito sembra emergere negli studi dedicati all'individuazione dell'oggetto del processo di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, regolato dagli artt. 22 ss. l. n. 689/1981. Di particolare ausilio è il contributo offerto da Giuseppe Severini, nella voce *Sanzioni amministrative* del 2002 (cfr. G. SEVERINI, (voce) *Sanzioni amministrative (processo civile)*, cit.). Dello stesso A. si v. anche G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella Laguna di Venezia)*, in *Foro amm. – TAR*, 2007, p. 436 ss. L'A. dà atto di un duplice orientamento in ordine all'oggetto del processo di opposizione. Per una prima tesi tradizionale, prevalente in giurisprudenza, l'oggetto del processo è la stessa (e sola) ordinanza-ingiunzione, non già il fatto illecito, mero presupposto della stessa. In tal modo il giudizio si risolve in un accertamento negativo sulla legittimità dell'atto irrogativo, con la conseguenza che il giudice del ricorso esercita un controllo di legittimità sulla pretesa sanzionatoria della pubblica amministrazione (cfr. G. SEVERINI, (voce) *Sanzioni amministrative (processo civile)*, cit., pp. 1005-1006). Corollario dell'impostazione è che «l'opponente assume formalmente e sostanzialmente la veste di attore e il giudice è vincolato ai motivi (fatti e ragioni giuridiche) devolutigli con il ricorso, che concretano la causa petendi della domanda giudiziale. Per conseguenza, così come l'amministrazione non può nel corso del giudizio dedurre motivi o circostanze diverse da quelle enunciate dall'ordinanza-ingiunzione, il giudice non può, in applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), rilevare e pronunciare d'ufficio su motivi di illegittimità non dedotti dall'opponente (sempre che non si riferiscano all'inesistenza dell'atto impugnato)», G. SEVERINI, (voce) *Sanzioni amministrative (processo civile)*, cit., p. 1006. Altra e diversa tesi, sostenuta soprattutto in dottrina, individua l'oggetto del processo sia nell'ordinanza-ingiunzione che nell'illecito. Per tale via, il processo non si risolverebbe nell'impugnazione dell'atto amministrativo e la cognizione del giudice sarebbe esclusiva e piena, investendo non solo i motivi dedotti, ma l'intera «pretesa punitiva» (cfr. G. SEVERINI, (voce) *Sanzioni amministrative (processo civile)*, cit., pp. 1005-1006). Seguendo simile impostazione «Il giudizio concerne la verifica della concreta esistenza della violazione, la sua qualificazione giuridica e l'inesistenza di circostanze esimenti. Quanto all'ordinanza-ingiunzione, il giudice ne controlla anche d'ufficio la validità sostanziale. L'opponente assume formalmente la veste di attore, ma sostanzialmente quella di convenuto, mentre attore sostanziale, anche ai fini dell'onere della prova, è l'amministrazione», G. SEVERINI, (voce) *Sanzioni amministrative (processo civile)*, cit., p. 1006.

Le due ricostruzioni riflettono «due diverse visioni della sanzione amministrativa e del suo rapporto con la giurisdizione», *Ibidem*. Per la prima, la potestà sanzionatoria è funzione piena ed esclusiva della pubblica amministrazione, autonoma rispetto alla funzione (di controllo) giurisdizionale. Con il riconoscimento della potestà sanzionatoria in capo all'amministrazione si assisterebbe, pertanto, a una traslazione definitiva della funzione. Alla base della seconda ricostruzione vi è invece «la concezione per cui l'ordinanza-ingiunzione è solo provocatio ad opponendum e rappresenta un intervento provvisorio destinato ad essere sostituito, su volontà del destinatario-opponente, dall'intervento del

bilità, per il soggetto attinto dalla decisione di condanna, di chiedere un riesame complessivo della determinazione al titolare *naturale* della potestà di perseguire i comportamenti individuali inosservanti della norma giuridica, il giudice; per tale via restituendo alla giurisdizione ciò che è stato (solo) precariamente traslato in un atto soggettivamente, ma non sostanzialmente, amministrativo.

Tale ipotesi ricostruttiva potrebbe consentire di inserire la potestà sanzionatoria amministrativa in un contesto assai più ampio, definibile, prendendo in prestito una felice formula sincretica già impiegata in dottrina¹⁹⁴, “galassia afflittiva”. Seguendo simile sentiero sarebbe infatti possibile istituire un rapporto di genere a specie tra la potestà punitiva statuale – di cui è eminente espressione l’esercizio della potestà punitiva in ambito penale¹⁹⁵ – e la potestà sanzionatoria amministrativa.

L’adesione a una simile concezione permetterebbe di istituire una evidente consonanza tra le posizioni giuridiche sostanziali e processuali dei destinatari di *pene in senso tecnico*, siano esse sanzioni penali o amministrative.

Se confermata, una simile impostazione teorica comporterebbe infatti la necessità di una rimeditazione complessiva del rapporto sanzionatorio amministrativo¹⁹⁶. Basti pensare alla individuazione della situazione giuridica soggettiva che con la potestà in parola si fronteggia. Sul punto, com’è noto, dottrina e giurisprudenza oscillano tra la tesi della titolarità del diritto soggettivo e quella dell’interesse legittimo¹⁹⁷. Ricondata, però, la potestà sanzionatoria amministrativa a quella statuale, entrambe le tesi dovrebbero essere oggetto di un attento scrutinio, se non di una complessiva rimeditazione¹⁹⁸.

giudice: per quanto l'intento deflattivo della giurisdizione penale assegni in via interinale all'amministrazione l'applicazione di una sanzione (buona parte degli illeciti amministrativi sono reati depenalizzati), ogni potestà sanzionatoria punitiva resta in ultimo espressiva della giurisdizione (nulla poena sine iudicio), per i beni incisi, quanto per il fatto stesso della retribuzione dei comportamenti antiggiuridici; la restituzione alla giurisdizione di quanto precariamente traslato nell'attività ad essa alternativa giustifica l'eccezionale ma strumentale potere di annullamento di un atto, a ben vedere solo soggettivamente, amministrativo», Ibidem.

194 R. BARTOLI, *La “galassia afflittiva”: sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, cit.

195 Sul punto, v. le riflessioni di G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

196 Basti pensare alla problematica – attualmente indagata alla luce degli effetti di sistema occorsi dalla qualificazione in termini convenzionalmente penali di una sanzione amministrativa – dei principi costituzionali applicabili alla materia. Si pensi, a tal proposito, a quanto predicato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale l’attrazione di una sanzione amministrativa nell’alveo della *matière pénale* attrarrebbe «tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell’ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valide per i soli precetti e le sole sanzioni che l’ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri», Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 43.

197 Per una critica all’una e all’altra sistemazione teorica cfr. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 699 ss.; G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella Laguna di Venezia)*, cit., in part. p. 445 ss.

198 La riflessione andrebbe probabilmente condotta prendendo le mosse dalla teoria del diritto e dallo studio delle modalità deontiche fondamentali coinvolte nell’esercizio della

Le suggestioni da ultimo evocate consentono di svolgere qualche breve considerazione anche rispetto al profilo processuale.

In tale prospettiva, le considerazioni esposte sul rapporto tra potestà sanzionatoria e discrezionalità amministrativa, una volta declinate nella sfera delle situazioni soggettive, potrebbero consentire letture più appaganti in punto di riparto di giurisdizione¹⁹⁹. Sotto tale profilo, invero, la materia delle sanzioni amministrative è caratterizzata da una certa schizofrenia²⁰⁰. S'è già rilevato, del resto, come una parte della dottrina abbia letto in alcune posizioni della giurisprudenza il tentativo di razionalizzare *ex post* le regole sul riparto di giurisdizione²⁰¹.

Sempre in ottica processuale viene poi in rilievo la *vexata quaestio* dell'intensità del sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori devoluti alla sua giurisdizione.

Solitamente il tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti e sull'attività della pubblica amministrazione è impostato in una cornice assiologica che vede la preminenza del principio di separazione (o divisione) dei

potestà sanzionatoria su cui si rinvia, per tutti, a L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto, cit.*, Parte I, capp. I-II, Parte II, cap. VI.

199 La tematica del riparto e della soluzione dei conflitti di giurisdizione è stata oggetto di un'attenzione pressoché costante della dottrina e ciò non consente – neppure in via tendenziale – di fornire indicazioni bibliografiche esaustive. Sia dunque consentito limitare i riferimenti a qualche cenno. Si v., in particolare, A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, p. 1073 ss.; F. BENVENUTI, (voce) *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 589 ss., in part. p. 602; E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 295 ss.; ID., (voce) *Giustizia amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 508 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, (voce) *Giustizia amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 229 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni: premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Roma, 1979; F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, cit.*, p. 137 ss.; A. PAJNO, (voce) *Il riparto di giurisdizione*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, S. Cassese (a cura di), vol. V, Milano, 2003, p. 4193 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47 ss.; M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo amministrativo*, Padova, 2018; E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il Processo*, 2021, p. 47 ss. Per la manualistica v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 757 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa, cit.*, p. 116 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa, cit.*, p. 121 ss.; V. CERULLI IRELLI, A. CARBONE, *Lezioni di giustizia amministrativa. I. La giurisdizione e l'oggetto del giudizio*, Torino, 2023, p. 45 ss.

200 Tale da aver condotto autorevole dottrina a parlare di *balletto* delle giurisdizioni. L'icastica espressione si deve a M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 1166 ss.

201 Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo, cit.*, p. 84.

poteri²⁰².

L'assunto, in estrema sintesi, è che il giudice amministrativo incontri un limite nella sua attività sindacatoria dovuto, appunto, a tale principio costitutivo dello Stato di diritto²⁰³: l'ordinamento prevede che la cura di determinati interessi pubblici sia affidata all'amministrazione e che questa, nell'assolvere a tale astratto mandato, concretizzi, nella decisione amministrativa, l'assetto di tali interessi e di quelli ulteriori emergenti nella realtà fenomenica sicché, il giudice amministrativo non può sostituire la sua valutazione a quella operata dall'amministrazione, pena la violazione del predetto principio²⁰⁴.

202 Com'è noto, il "padre" del principio di separazione dei poteri è tradizionalmente individuato in Montesquieu, per il quale «*Perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere*», C.L. DE SECONDANT (MONTESQUIEU), *Lo spirito delle leggi*, G. Macchia (a cura di), Milano, 2019, p. 309.

Sul principio in parola, *ex multis*, F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rin. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 17 ss.; F. MODUGNO, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 472 ss.; C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, p. 81 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, voll. I-II, Milano, 1979-1984; ID., (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss.; ID., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), Milano, 2013, p. 183 ss.; A. CERRI, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, cit., p. 862 ss.; A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *DeS&Q*, 2007, 7, p. 201 ss.

Qui si è fatto impiego dei termini separazione e divisione quali sinonimi. Ai fini della presente ricerca non pare necessario approfondire ulteriormente il tema. Ci si limita, allora, a segnalare che parte della letteratura distingue la separazione dei poteri dalla divisione del potere, proponendo «*a scanso di equivoci, di chiamare separazione dei poteri il principio organizzativo in forza del quale funzioni diverse si specializzano in capo a istituzioni tra loro indipendenti*», intendendo invece per divisione del potere «*l'articolazione del potere in forza della quale, grazie a reciproci controlli e bilanciamenti, la competenza in ordine a una medesima funzione è divisa tra istituzioni, o organi e/o funzionari diversi onde il potere dell'uno delimita quello dell'altro*», L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, cit., p. 864. Le riflessioni da ultimo citate traggono spunto dalla dicotomia tra "divisione tra poteri", qui declinata in termini di "separazione dei poteri" di montesquieviana memoria, e "divisione del potere", che richiama il principio dei *checks and balances*. Cfr. R. GUASTINI, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998, 3, p. 25 ss. Sulla scorta di quanto precede, Ferrajoli giunge così a definire la divisione del potere quale «*norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti suppongono la designazione di questi e/o la commissione di atti ad essi strumentali da parte di altri funzionari*» (p. 865) e la separazione dei poteri in termini di «*norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti suppongono la non designazione di questi e/o la non commissione di atti ad essi strumentali da parte di funzionari di istituzioni diverse*» (p. 867).

203 «*Sin dalla discussione che ha preceduto l'emanazione della legge abolitiva del contenzioso, in Italia si è ritenuto che tra i corollari del principio della separazione dei poteri vi fosse la limitazione dei poteri del giudice nei confronti dell'amministrazione*», M. TRIMARCHI, «*Problema dell'amministrazione*» e «*problema del giudice*»: principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di*

Quanto precede non è revocabile in dubbio rispetto all'attività amministrativa funzionalizzata alla cura degli interessi pubblici ed esplicata secondo il modulo provvedimentale in senso proprio.

Per la sanzione amministrativa, tuttavia, un tale approccio sembra del tutto insoddisfacente. Ancora una volta, per una più chiara esposizione della questione, soccorre la scomposizione strutturale dei momenti di esercizio della funzione.

Per quanto riguarda il momento conoscitivo, la capacità di accesso alla *quaestio facti* da parte del giudice amministrativo varia a seconda dell'oggetto sul quale è ricaduta – in sede procedimentale – l'attività di accertamento o apprezzamento della pubblica amministrazione.

Per i fatti semplici, l'amministrazione e il giudice condividono lo stesso bagaglio esperienziale, comune alla generalità dei consociati, tale da consentire un accesso pieno del secondo ai fatti semplici conosciuti e accertati dalla prima. E ciò senza che, nella prospettiva classica del sindacato sulla funzione (propriamente) amministrativa, possa predicarsi una illegittima sostituzione del giudice all'amministrazione.

I fatti complessi e i concetti giuridici indeterminati costituiscono, invece, terreno di ampio e articolato dibattito, di cui sarebbe qui impossibile offrire una ricostruzione, pur parziale. Ci si limita, pertanto, a ricordare che all'iniziale assimilazione della discrezionalità tecnica, dapprima al merito amministrativo (col precipitato dell'insindacabilità delle valutazioni tecniche) e, di poi, alla discrezionalità amministrativa, ha fatto seguito la definitiva emancipazione della categoria²⁰⁵. A ciò si è aggiunto il progressivo ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo che ha reso sempre più penetrante (quanto meno in

Copanello 1-2 luglio 2011, cit., p. 175 ss., in part. p. 175.

204 Sul rapporto tra il sindacato del giudice amministrativo e le valutazioni operate sul piano sostanziale dalla pubblica amministrazione, alla luce delle novità introdotte dal codice del processo amministrativo, si v. AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, cit.

205 Emancipazione che, com'è noto, a livello giurisprudenziale si è avuta a partire dalla sentenza Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601, ove il g.a. ha avuto modo di chiarire che «La c.d. 'discrezionalità tecnica', invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità» (§1 in diritto). Per un commento alla sentenza si vedano le note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 185 ss.; P. LAZZARA, *'Discrezionalità tecnica' e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212 ss.; L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422 ss.

Per un inquadramento generale del tema, anche con riferimento all'impostazione tradizionale del problema delle valutazioni tecniche, si v. l'efficace sintesi in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 118 ss.

astratto²⁰⁶) il sindacato giurisdizionale²⁰⁷ sulle valutazioni tecniche²⁰⁸.

Ove l'accertamento abbia ad oggetto valutazioni propriamente discrezionali, attinenti cioè a scelte *lato sensu* politiche circa la consistenza degli interessi in gioco, le modalità di accesso risentono dei limiti del sindacato di legittimità, tali da non consentire indebite sostituzioni del giudice all'amministrazione. In simili evenienze la scelta ponderativa della pubblica amministrazione è valutata dal giudice essenzialmente per il tramite del sindacato sull'eccesso di potere²⁰⁹.

Richiamando sul punto i risultati esposti graficamente nella tabella che precede questo paragrafo, rispetto alla potestà sanzionatoria amministrativa occorrerebbe riflettere sui limiti teorici e pratici ancora sussistenti e sulle perduranti resistenze all'accoglimento di un modello di controllo *pieno* – e non già solo confutatorio – sulle valutazioni tecniche operate dalle Autorità amministrative indipendenti le cui sanzioni sono attribuite alla giurisdizione con cognizione estesa al merito del giudice amministrativo²¹⁰.

206 Come acutamente osservato di recente, all'ampio uso del concetto di discrezionalità tecnica «non corrisponde, tuttavia, una reale uniformità del trattamento giurisprudenziale che se ne fa discendere. L'analisi dei diversi ambiti e settori in cui è frequente il ricorso alla discrezionalità tecnica fa emergere, infatti, una grande disomogeneità delle tecniche e delle modalità che caratterizzano in concreto il sindacato giurisdizionale, con prevalenza spesso di equilibri interni ai singoli settori in cui interviene la valutazione tecnica, anche alla luce del peso attribuito agli specifici precedenti in materia», così A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., p. 20.

207 Sul rapporto tra ampliamento dei mezzi istruttori a disposizione del giudice amministrativo e profondità del sindacato sulla discrezionalità tecnica, *ex multis*, A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, p. 1263 ss.; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1727 ss.; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000*, n. 205, in *Foro amm.* – TAR, 2002, p. 2251 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 433.

208 Non mancano i richiami a massime stereotipate con le quali il g.a. sembra abdicare alla sua funzione, rinunciando al pieno accesso al fatto. Il tutto è poi complicato da quelle ipotesi di confine in cui non è chiaro se nell'istruttoria procedimentale siano venuti in rilievo interessi e valori o fatti tecnicamente complessi.

209 Su questa fondamentale tecnica sindacatoria si veda di recente la ricerca curata da Torricelli, AA.VV., *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, S. Torricelli (a cura di), Torino, 2018.

Sull'eccesso di potere, *ex multis*, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; P. GASPARRI, (voce) *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 124 ss.; G. SACCHI MORSIANI, (voce) *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, p. 219 ss.; F. MODUGNO, (voce) *Eccesso di potere (profili generali, eccesso di potere amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, 1989; E. CARDI, S. COGNETTI, (voce) *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, p. 341 ss.

210 La dottrina, nel più generale contesto dei limiti al sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, ha prospettato diverse ricostruzioni in ordine alla configurazione di un ambito valutativo riservato alla p.a. Si vedano, *ex plurimis*, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, cit., p. 496; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 197; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 297; P.

Per ciò che attiene al momento dispositivo, rispetto al quale sono predicabili margini di scelta riconducibili alla nozione di discrezionalità giudiziale, il sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo non sembrerebbe presentare particolari problemi di inquadramento. L'interpretazione resa dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a. consente infatti al giudice amministrativo (quanto meno) di incidere direttamente sul *quantum* della sanzione²¹¹.

Escluso che *in subiecta materia* la pubblica amministrazione sia chiamata ad operare un giudizio di preferenza tra interessi o valori – e con ciò, dunque, esclusi margini di discrezionalità amministrativa nel momento teleologico – la strada per l'affermarsi di un modello sindacatorio più penetrante, da parte del

LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., pp. 129 e 149; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, cit., p. 104. Per una efficace sintesi delle posizioni espresse in merito v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 433.

Una parte della giurisprudenza amministrativa sembra addivenuta a uno *standard* sindacatorio più avanzato. Come precisato dal giudice amministrativo, infatti, «*in punto di intensità del sindacato giurisdizionale, va ricordato che, anche quando la fattispecie punitiva contempla concetti giuridici indeterminati, il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile*», Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, § 8.6., richiamata da Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, § 2.1., con riferimento al diverso ambito della discrezionalità tecnica in materia paesaggistica, evidenziando la diversità di approcci in punto di sindacabilità della valutazione tecnica tra le funzioni propriamente di amministrazione attiva e la potestà sanzionatoria. Il Supremo Collegio non ha mancato di notare come, «*In alcune ipotesi normative, il fatto complesso viene preso in considerazione nella dimensione oggettiva di fatto "storico": qui gli elementi descrittivi della fattispecie, anche quelli valutativi e complessi, vanno accertati in via diretta dal giudice amministrativo, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati costituisce una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa (come avviene, ad esempio, nel caso delle sanzioni amministrative punitive dove, in virtù del principio di stretta legalità, spetta al giudice estrapolare la norma "incriminatrice" dalla disposizione: cfr. Consiglio di Stato 9 maggio 2022, n. 3570; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990)*».

Il formante giurisprudenziale in parola prende le mosse dalla pronuncia della VI sezione del Consiglio di Stato del 19 luglio 2019, n. 4990, sulla nota vicenda *Avastin-Lucentis*, con la quale il giudice amministrativo ha prospettato il c.d. sindacato di maggiore attendibilità. In breve, il giudice, in presenza di una norma attributiva del potere che individui elementi descrittivi in una dimensione oggettiva di "fatto storico" (circostanza predicabile anche rispetto al tentativo di infiltrazione), «*non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta... rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie*». L'operazione di sussunzione del fatto nella fattispecie è difatti «*una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice*

giudice amministrativo, sembrerebbe più agevolmente percorribile. La rimedi-
tazione degli spazi di sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni ammini-
strative dovrebbe essere operata prendendo le mosse da un'attenta analisi delle
peculiarità strutturali, funzionali e procedurali della potestà sanzionatoria.
Tra queste peculiarità, sicuramente significativa è quella che si è avuto modo di
porre in evidenza nelle pagine che precedono, in ordine all'inconfigurabilità di
discrezionalità amministrativa in un'accezione *gianniniana* del termine.

Il percorso – per vero solo indicato – sembra presentare un indubbio van-
taggio. Esso, infatti, se opportunamente sviluppato, consentirebbe – in ultima
analisi – di affermare un più avanzato *standard* di sindacato giurisdizionale, sen-
za la necessità di percorrere vie che paiono più tortuose, fondate sulla necessità
di implementare tecniche sindacatorie sostitutive promanante dalla Costituzio-
ne o dal sistema convenzionale²¹².

*un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua
intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di
'attendibilità va dunque sostituito un sindacato pieno di 'maggiore attendibilità'», Cons. Stato, Sez. VI, 15
luglio 2019, n. 4990, § 1.6. Sulla sentenza da ultimo citata v. M. DELSIGNORE, I controversi
limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?, in Dir. proc. amm., 2020, p. 740 ss.*

La prospettazione del modello sindacatorio della maggiore attendibilità, per vero, era stata
anticipata nel parere dell'Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato,
intitolato *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, del 2017 (spec. p. 25 ss.), consultabile al
link: [https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/parere-dell-ufficio-studi-massimario-
della-giustizia-amministrativa-sul-diniego-di-giurisdizione](https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/parere-dell-ufficio-studi-massimario-della-giustizia-amministrativa-sul-diniego-di-giurisdizione).

211 Per quanto riguarda il profilo dell'*an* nel momento dispositivo, si ricorda che margini di
scelta vanno con forza esclusi alla luce dell'obbligatorietà e vincolatezza dell'esercizio della
potestà punitiva amministrativa.

212 Parte della dottrina desume infatti dal sistema convenzionale la necessità di un sindacato
sostitutivo sull'esercizio della potestà sanzionatoria. Ci si riferisce, in particolare ad Allena e
Goisis. Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; ID.,
La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*,
2012, p. 569 ss.; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale
all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 267 ss.; ID., *L'art.
6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in
AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di
Copanello 1-2 luglio 2011, cit.*, p. 109 ss.; ID., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla
prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss.; ID., *La sanzione amministrativa tra
garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in
federalismi.it, 2017, 4; ID., *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in questa rivista,
2018, 2, p. 25 ss.; ID., *La full jurisdiction tra sindacato di "maggiore attendibilità" del giudice
amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in AA.VV., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo
amministrativo dei paesi europei*, A. Carbone (a cura di), Napoli, 2020, p. 23 ss.; F. GOISIS,
*Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di
sistema e nuove prospettive di diritto europeo, cit.*; ID., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e
giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dell'art. 6 della
Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir.
proc. amm.*, 2013, p. 669 ss.; ID., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il
contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 355 ss.;
ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir.
proc. amm.*, 2015, p. 546 ss.; ID., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della*

Quanto sin qui osservato, tuttavia, sembra necessariamente legato a un previo e attento vaglio delle potenzialità euristiche della teoria del prestito. Solo aderendo a tale impianto teorico, infatti, sembrerebbe possibile addivenire a *standard* sindacatori più elevati.

E difatti, una volta dimostrato che il sanzionare è attività in ultima analisi giurisdizionale, quali limiti potranno concretamente frapporsi all'affermarsi di un sindacato (non tanto sostitutivo, perché il giudice non deve sostituirsi, ma riappropriarsi di una funzione momentaneamente dislocata altrove, quanto piuttosto) pieno?

Quel che è certo, se si aderisce alla prospettiva qui solo tratteggiata, è che contro simile modello sindacatorio non potrebbero ragionevolmente levarsi gli scudi della separazione dei poteri, atteso che il sindacato pieno risulta vieppiù funzionale alla completa affermazione di tale principio, in ragione del carattere sostanzialmente giurisdizionale dell'attività di *adjudication* che sottintenderebbe la spendita della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione.

funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1ss.; ID., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 685 ss.; M. ALLENA, F. GOISIS, *Full Jurisdiction Under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in *European public law*, 2020. Tale conclusione, tuttavia, non è condivisa da altra parte della dottrina. Per questa prospettiva, v. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 146; ID., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 523 ss.; ID., *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *Dir. pubbl. comp. eur. Online*, 2019, 3; ID., *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in AA.VV., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, cit., p. 1 ss., in part. p. 8; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in AA.VV., *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, B. Giliberti (a cura di), Napoli, 2019, p. 273 ss.; ID., *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato. Dall'infungibilità dell'amministrazione all'infungibilità delle garanzie procedurali*, in AA.VV., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, cit., p. 65 ss., in part. p. 69; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 533 ss. Che la giurisprudenza CEDU non sembri imporre la sostituzione del giudice all'amministrazione, ai fini del rispetto del canone di *full jurisdiction*, sembra ricavarsi, tra le altre, da CEDU, 20 ottobre 2015, *Fazia Ali c. Regno Unito*, spec. § 77, ove si legge che «*In adopting this approach the Convention organs have had regard to the fact that in administrative-law appeals in the Member States of the Council of Europe it is often the case that the scope of judicial review over the facts of a case is limited and that it is the nature of review proceedings that the reviewing authority reviews the previous proceedings rather than taking factual decisions. It can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities*». Medesime notazioni anche in CEDU, 21 luglio 2011, *Sigma Radio Television c. Cipro*, spec. § 153.