

Sommario: 1. Dalla sanzione amministrativa alla sanzione penale: strumenti diversi nell'unico modello dell'illecito pubblico. – 2. La sanzione amministrativa irrogata dal giudice: cambia il procedimento, ma non solo. – 3. Coordinamento tra illecito pubblico e illecito privato: le sanzioni AGCM e l'azione per il risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme a tutela della concorrenza nel mercato. – 4. Coordinamento tra strumenti di *public enforcement*: i controversi confini del *ne bis in idem*. – 5. Conclusioni: le regole di convivenza nell'ordinamento della decisione amministrativa sanzionatoria tra competenza esclusiva, coordinamento e unicità.

1. Il tema delle decisioni delle autorità amministrative di fronte “*all'ampliamento o all'invasione delle decisioni di altri soggetti istituzionali*” ben si presta ad essere affrontato sotto la lente delle sanzioni amministrative.

Come noto, le sanzioni sono il frutto dell'esercizio di un potere di controllo su attività sociali ed economiche svolte da privati e considerate rilevanti in virtù del valore degli interessi pubblici o dei beni di volta in volta coinvolti. Quando le sanzioni sono irrogate dalle autorità amministrative, allora esse senz'altro sono atti amministrativi¹.

Le sanzioni, infatti, ben si adattano alla definizione più autorevole di decisioni amministrative², che, secondo Mario Nigro³, sono “atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo ad un conflitto di interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni fra gli amministrati, o fra l'autorità ed uno o più amministrati, che tali atti si volgono a risolvere, così accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa”.

La loro diffusione è il frutto di un “ritorno pendolare dopo il lungo processo di penalizzazione delle numerose sanzioni anticamente irrogate in via amministrativa, mutamento legato al più ampio processo per la legalità dell'azione dei pubblici poteri e per la piena garanzia giurisdizionale del cittadino”⁴.

All'inizio del '900 Zanobini scriveva: “noi non crediamo che le sanzioni amministrative siano destinate ad un progressivo svolgimento nel diritto positivo”⁵ e fino agli anni '80 del secolo scorso la sanzione penale era, in pratica, l'unica sanzione di carattere punitivo dell'ordinamento giuridico italiano⁶.

Il campo delle sanzioni amministrative e dei relativi illeciti che durante l'*ancien regime* caratterizzava in larga misura i rapporti tra potere e sudditi non poteva che ridursi drasticamente in presenza di un sistema istituzionale nuovo caratterizzato dalla rigida divisione dei poteri. Il quadro garantista, che ha caratterizzato il passaggio dallo Stato assoluto agli Stati democratico-parlamentari, ha pertanto comportato la drastica riduzione degli illeciti amministrativi come effetto della drastica riduzione della potestà punitiva facente capo alla pubblica amministrazione, espressione diretta del potere. L'estensione del campo del penalmente rilevante ne era conseguenza necessaria⁷.

Del resto, entrambe le sanzioni, penale o amministrativa, erano e sono strumenti di reazione all'illecito pubblico. L'atto è illecito, non in quanto lede la posizione di un privato (propria dell'offeso e quindi solo da lui perseguibile), ma in quanto nuoce a un interesse della collettività o direttamente o indirettamente, nel senso che l'interesse leso trascende quello del privato offeso e si riflette in un'offesa all'intera comunità. In questi casi si ha un illecito di carattere pubblico che viene perseguito dallo Stato attraverso l'irrogazione della sanzione.

¹ In proposito basti ricordare C.E. PALLIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano 1988, qui 277, ove si legge che “la potestà sanzionatoria dell'Amministrazione si traduce in atti che sono espressione di una posizione di supremazia dell'Amministrazione: l'elemento più evidente di quella unilateralità (o autoritatività) che in definitiva costituisce l'elemento specifico della nozione di supremazia.”

² In questo senso M. S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.* 1946, I, 154.

³ M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 812.

⁴ Così V. BACHELET, *Problemi e prospettive della “depenalizzazione” delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1974, 2233.

⁵ Scriveva G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Utet, Torino 1924, 199.

⁶ Così T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrativa secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 952.

⁷ Cfr. M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, Il Mulino, 1995, qui 19.

Nel momento di affermazione dello Stato di diritto, il principio di separazione dei poteri, su cui si fonda, richiedeva che l'accertamento della responsabilità e l'irrogazione delle sanzioni avvenisse attraverso un potere - la magistratura - autonomo e indipendente rispetto al potere che faceva le leggi e soprattutto rispetto al potere che, applicandole, faceva funzionare la macchina dello Stato⁸.

A lungo, dunque, l'illecito pubblico ha trovato ristoro attraverso la previsione della sanzione penale.

Solo con la legge 24 novembre 1981, n. 689 si è ampliata la depenalizzazione precedente (ad opera delle leggi n.317 del 1967 e n.706 del 1975), introducendo per la prima volta in Italia, una disciplina generale e organica dell'illecito amministrativo, sia sul piano materiale, sia su quello del procedimento e dell'esecuzione.

Si è così consolidata una nozione di sanzione amministrativa come sanzione afflittiva, con la precisa finalità di colpire direttamente l'autore dell'illecito: ciò avviene, senz'altro, con la previsione del pagamento di una somma di denaro a fronte della violazione di una norma in base alla disciplina generale contenuta nella l. n. 689.

La comminazione della misura svantaggiosa per il privato non ha per scopo quello 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, costituendo soltanto un effetto dannoso per chi abbia posto in essere il comportamento difforme dal precetto⁹, appunto come strumento di reazione all'illecito pubblico.

Il potere sanzionatorio contribuisce a garantire l'effettività dell'azione amministrativa non poiché si pone la piena attuazione dell'interesse pubblico, ma in quanto mira a risolvere l'illecito pubblico¹⁰ ovvero a evitare l'elusione delle regole dettate a protezione dell'interesse, svolgendo la medesima funzione dell'equivalente penale¹¹. La soddisfazione dello specifico interesse pubblico affidato alla cura di una data amministrazione è cioè esclusivamente indiretta, dovendosi ravvisare il *proprium* del fenomeno sanzionatorio nella portata afflittiva dei relativi provvedimenti, al fine di garantire il rispetto dell'ordine giuridico.

Con il diffondersi della sanzione amministrativa, in concorrenza con lo strumento penale per la repressione dell'illecito pubblico, nasce anche la necessità di prospettare al legislatore i criteri per la scelta tra le due misure posto che entrambi i mezzi, pur disciplinati ciascuno con un proprio regime, possono assolvere alla medesima funzione di controllo sociale; occorre, inoltre, evitare che lo sviluppo della legislazione cancellasse l'allora nuovo spazio riconosciuto all'illecito amministrativo. Per il distinguo la dottrina ha suggerito di utilizzare il criterio di proporzione e il criterio di sussidiarietà (o dell'*extrema ratio*), ovvero si è proposto di utilizzare la decisione amministrativa sulla base del legame della sanzione con l'attività svolta dal soggetto pubblico titolare della funzione, con cui si mira alla restaurazione dell'ordine violato al fine di assicurare l'attuazione e l'esecuzione del precetto¹².

In tal senso si indicava di dirigere l'impegno teorico a pensare ad una più complessa, duttile e razionale articolazione dei criteri di criminalizzazione, imparando così - ed insegnando - i principi di una politica criminale costituita da meno intuizioni e furbizie e da più sofferta coscienza ed illuminata professionalità¹³.

Se è chiaro, infatti, che i due rimedi intervengono a sanzionare lo stesso tipo di illecito, lesivo di un interesse della collettività, tuttavia essi presentano una disciplina diversa sia nel procedimento, sia soprattutto quanto allo strumento, una sentenza per la sanzione penale e una decisione amministrativa per la sanzione amministrativa.

E del resto anche i recenti sviluppi depongono nel senso di un necessario distinguo in sede di politica legislativa, sicché, si è affermato, che "spetta al legislatore - anche in base alle indicazioni della Corte EDU - evitare di ricorrere al modello "sanzione amministrativa" allorquando la "punizione" abbia rilievo

⁸ Ancora V. BACHELET, *op. ult. cit.*, 2233.

⁹ Così U. POTOTSCHNIG, *Presentazione del tema del convegno*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna - Villa Monastero 18-20 settembre 1980), Giuffrè, Milano, 1982, 25, qui 27.

¹⁰ In merito A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova 1983, qui 107 che precisa: "la sanzione non realizza direttamente finalità di interesse pubblico, ma consegue all'accertamento di responsabilità in un'infrazione."

¹¹ Cfr. M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983.

¹² In tal senso si esprimeva F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna - Villa Monastero 18-20 settembre 1980), cit., che riconduce la funzione sanzionatoria all'autotutela dell'amministrazione. In tal senso *Sul concetto di sanzione*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Vita e Pensiero, Milano 2006, 1279.

¹³ Così afferma F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 453, qui 482.

prevalente o assorbente, ovvero quando non sussiste più un legame (se non occasionale) tra funzione amministrativa attiva (di vigilanza e controllo) e potestà sanzionatoria”¹⁴.

La piena autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale, fatta propria e sottolineata ancora di recente dalla Corte costituzionale¹⁵, convive e si scontra, dunque, con il medesimo scopo punitivo degli strumenti (sempre più sottolineato anche nella giurisprudenza CEDU) teso alla repressione dello stesso illecito pubblico.

2. La sanzione amministrativa è dunque uno degli strumenti possibili per punire e contenere l'illecito pubblico accanto alla sanzione penale. In particolare, a fronte di uno specifico caso concreto, l'irrogazione di una sanzione implica un giudizio di difformità dell'attività o della condotta sottoposte a verifica rispetto al parametro normativo. Giudice e amministrazione, in base alla scelta del legislatore, dunque, sono potenzialmente in grado di rivestire lo stesso ruolo nell'ordinamento ovvero quello di freno alla violazione delle norme esistenti per il corretto svolgersi del vivere comune.

L'esercizio del potere sanzionatorio richiede certo, sia al giudice, sia all'amministrazione, l'interpretazione della norma giuridica. Il legislatore, in base alla valutazione della condotta richiesta dalle norme, ha il compito di individuare lo strumento più idoneo, così investendo il giudice o l'amministrazione del potere sanzionatorio. Accade, però, talora che a fronte della scelta per la sanzione amministrativa, la concretizzazione del dettato normativo sia affidata non all'amministrazione, ma al giudice.

L'opzione per l'esercizio della funzione sanzionatoria in capo al giudice trasforma di fatto la decisione amministrativa in provvedimento giurisdizionale.

Non si vuole qui ragionare sul procedimento stabilito a garanzia della legittimità della sanzione. Ivi la questione di fondo è quella dell'ampiezza (o se si preferisce dei limiti) del sindacato del giudice sulle ordinanze dell'amministrazione con cui si applicano le sanzioni¹⁶.

Piuttosto si intende riflettere sulla scelta del legislatore di devolvere la competenza ad applicare una sanzione non penale ad una Amministrazione pubblica piuttosto che ad un giudice. Come già attentamente osservato dalla dottrina¹⁷, il risultato materiale della potestà sanzionatoria è certo influenzato e strettamente condizionato delle regole formali sull'esercizio della funzione.

Alla domanda se l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria possa essere discrezionale, autorevole dottrina¹⁸ ha già da tempo fornito risposta recisamente negativa. Senza dubbio non vi può essere discrezionalità nell'*an*: se ricorrono i presupposti di legge, la sanzione deve essere applicata; non sta all'amministrazione valutare se convenga piuttosto omettere l'applicazione della pena pecuniaria. Ciò deriva dalla riserva di legge che, seppur relativa, esige che la legge stessa stabilisca direttamente i presupposti della sanzione pecuniaria; onde non può, in proposito, restare spazio per valutazioni discrezionali. Ma neppure in ordine alla misura della pena pecuniaria può ammettersi discrezionalità: non si tratta di discrezionalità amministrativa, ma “di quella discrezionalità che... si può denominare discrezionalità del giudice... che deve procedere in base non alla convenienza per un interesse pubblico di cui egli sia portatore (l'interesse dell'ordinamento si risolve nell'applicazione corretta della legge e dunque non è un interesse in senso proprio, e tanto meno soggettivo), sibbene all'adeguatezza della soluzione con riguardo alle circostanze di fatto oggettive (gravità dell'infrazione) e quando sia il caso anche soggettive (pericolosità dell'incolpato)”¹⁹.

Del resto, si è attentamente osservato che all'attività giurisdizionale non può realisticamente essere negato un ruolo promozionale di interessi, né dello stesso accertamento del giudice è possibile disconoscere il carattere pratico e decisionale. E' completamente superata oggi la visione dell'assoluta neutralità del giudice, intesa come completa indifferenza rispetto agli interessi in gioco nelle controversie portata al suo esame²⁰.

¹⁴ Come scrive P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.* 2015, 767.

¹⁵ Nella giurisprudenza recente della Corte si legge che “ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna” (Corte cost. 10 gennaio 2017, n. 43), oppure si afferma l'esistenza della “... presunzione da cui muove il legislatore che la sanzione amministrativa sia in ogni caso più favorevole di quella penale” (Corte Cost. 7 febbraio 2017, n. 68) o, ancora, si precisa che la Convenzione EDU è applicabile alle sanzioni amministrative solo sussistendo i criteri Engel, vigendo diversamente una specifica disciplina distinta sulla base della legge nazionale da quella delle sanzioni penali (Corte Cost. 5 aprile 2017, n. 109).

¹⁶ In merito si rinvia a F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁷ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, qui 17.

¹⁸ E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffrè, Milano 1979, 125, qui 138.

¹⁹ Sempre E. CAPACCIOLI, cit., qui 139.

²⁰ B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, 111.

L'accertamento dell'illecito rappresenta l'elemento caratterizzante delle funzioni sanzionatorie della pubblica amministrazione, rispetto al quale l'irrogazione della sanzione costituisce un effetto consequenziale dipendente dalla natura secondaria del precetto da attuare. Anche quando le conseguenze dell'accertamento sono indeterminate (fissandosi solo un minimo e un massimo) "si rimane entro l'ambito dell'accertamento, poiché i criteri di fissazione della sanzione sono predeterminati compiutamente dalla legge e, soprattutto, perché la commisurazione della sanzione costituisce una componente accessoria di una funzione caratterizzata dall'accertamento dell'illecito"²¹.

La concretizzazione della norma non potrà che essere fatta alla luce del suo scopo cioè dell'interesse o degli interessi che la disciplina sostanziale appare rivolta a promuovere o tutelare, ma sono le disposizioni normative che fissano direttamente gli assetti degli interessi emergenti nella determinata materia.

Se dall'art.13 Cost. è possibile desumere una riserva di giurisdizione sull'irrogazione delle sanzioni penali, in ragione della loro capacità di incidere sulla libertà personale, non è corretto per ciò solo ritenere che sussista una simmetrica riserva di amministrazione sull'irrogazione delle sanzioni amministrative, in ragione della loro incidenza su beni essenzialmente patrimoniali: infatti, la riserva di legge contenuta nell'art.23 Cost. non comporta la necessaria attribuzione all'amministrazione del potere di imporre prestazioni personali e patrimoniali²².

E del resto, come si anticipava, la legge riconosce anche in capo al giudice l'irrogazione di sanzioni che non hanno sicuramente natura penale.

L'ambito entro cui condurre la riflessione è certamente, ma non soltanto, quello dell'art. 24 l.n.689/1981 o dell'art. 222 d.lgs.n.285/1992, disposizioni che prevedono la competenza del giudice penale nei casi in cui "l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato". Il giudice penale viene così investito della competenza per l'irrogazione della sanzione amministrativa ove esista connessione tra illecito amministrativo e illecito penale, sicché l'instaurarsi della competenza giurisdizionale fa sì che non possa più aver luogo il procedimento amministrativo.

Si è in proposito messo bene in evidenza²³ che le regole che presiedono all'accertamento degli elementi soggettivi e oggettivi dell'illecito ai fini della decisione dell'amministrazione (nonché di quella del giudice dell'opposizione) hanno caratteristiche marcatamente difformi rispetto a quelle che deve seguire il giudice penale. Si è osservato, infatti, che per l'amministrazione vige la presunzione della sussistenza dell'elemento soggettivo, sicché nel procedimento amministrativo si accerta l'elemento oggettivo della condotta, ritenendosi implicita la colpa. A tal fine, il verbale di accertamento costituisce una prova privilegiata dei fatti in esso attestati. Tali semplificazioni nell'accertamento dell'illecito – si precisa criticamente²⁴ – si basano su interpretazioni tutt'altro che necessitate della lettera delle disposizioni di riferimento di cui alla L. n. 689/1981.

E' chiaro, invece, come il giudice penale, nel momento in cui "assorba" la competenza dell'amministrazione, giunga alla decisione sanzionatoria attraverso un procedimento più rigoroso. Senz'altro si procederà a verificare l'esistenza dell'elemento soggettivo e, in aggiunta, l'accertamento dei fatti avverrà a mezzo di strumenti probatori formati in contraddittorio tra le parti.

Non si tratta, dunque, di discutere della natura discrezionale del potere e della funzionalizzazione della decisione amministrativa, contrapposta all'imparzialità della decisione del giudice, posto che si ritiene che il margine discrezionalità non sia poi troppo diverso, quanto piuttosto di constatare come l'accertamento condotto attraverso procedimenti diversi nella loro disciplina possa condurre anche a risultati non sovrapponibili: ovvero che a fronte del medesimo fatto, la decisione amministrativa più facilmente porti alla qualificazione nel senso dell'illiceità, rispetto al caso in cui quella stessa fattispecie sia applicata dal giudice.

E di tale consapevolezza occorre anche il legislatore sia avvertito.

Se il processo penale rappresenta senz'altro lo strumento elettivo per esercitare funzioni sanzionatorie in sostituzione del potere esecutivo, si ricordi almeno che non si tratta di un *unicum*, ma che esistono altri casi in cui il giudice è direttamente investito dal legislatore della competenza ad irrogare la sanzione amministrativa. Si tratta non solo delle competenze riconosciute nelle recenti leggi finanziarie in capo alla

²¹ In questo senso sempre B. TONOLETTI, *op. ult. cit.*, 120-121.

²² Così P. CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. app.* 2010, 881.

²³ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative 'punitive'*, relazione esposta il 31 marzo 2017 a Modena dell'ambito del Congresso nazionale dell'Association Internationale de droit pénal su *La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo*, in corso di pubblicazione.

²⁴ Sempre P. CERBO, *op. ult. cit.*

Corte dei conti²⁵, ma anche delle sanzioni alternative previste nel giudizio sugli appalti pubblici ed irrogate dal giudice amministrativo²⁶ o dell'*astreinte* prevista nel giudizio di ottemperanza, pur sussistendo dubbi quanto alla natura meramente sanzionatoria di quest'ultima²⁷.

Anche in questi casi la scelta non è priva di conseguenze, ma non violando i principi costituzionali pare affidata alla discrezionalità del legislatore.

3. Accade, talora, che il medesimo fatto oggetto dell'illecito pubblico, sia sanzionato nell'ordinamento anche come illecito privato, ovvero ammettendo che il singolo, che abbia subito un danno a seguito della violazione di norme a tutela di interessi della collettività, possa chiederne il risarcimento. La decisione amministrativa si confronta, allora, con l'eventuale sentenza del giudice civile che si pronuncia sull'illecito privato.

Le sanzioni vengono normalmente ricondotte al *public enforcement*, ovvero all'attività di autorità pubbliche diretta a rendere effettiva, attraverso l'esercizio di poteri amministrativi, nel pubblico interesse, l'applicazione delle regole relative a un dato settore di attività; si individua, invece, il *private enforcement* per opposizione: sicché si avrà riguardo all'attività di soggetti privati che, nel proprio esclusivo interesse, agiscono innanzi all'autorità giudiziaria per domandare che certe regole vengano fatte rispettare²⁸.

Ciò avviene, ad esempio, in relazione all'attività sanzionatoria di competenza delle autorità amministrative indipendenti²⁹ e, in particolare, dell'A.G.C.M.³⁰

La reazione alla minaccia della violazione delle regole di concorrenza nel mercato si basa, infatti, su due distinte direttive: accanto e a margine della principale azione di agenzie pubbliche, incaricate del compito di arginare l'attività illecita, vi è l'iniziativa giudiziale dei privati³¹. Un'efficace sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali deve avvalersi di una combinazione di strumenti pubblicistici e strumenti privatistici³². Non in tutti gli ordinamenti *public* e *private enforcement* si pongono in funzione complementare. Come noto, la funzione deterrente e general preventiva nel sistema americano è infatti prevalentemente affidata al *private antitrust enforcement*: l'attore privato svolge la funzione di *private attorney general* in funzione deterrente, mentre la funzione compensativa del risarcimento passa del tutto in secondo piano.

In Europa, con la dir. 2014/104/UE, si è scelto di affiancare alla disciplina pubblicistica una specifica e uniforme disciplina per le azioni di risarcimento del danno per violazione del diritto alla concorrenza. Se in precedenza la definizione delle condizioni e delle procedure per l'esercizio dell'azione era lasciata alla sovranità di ciascuno Stato, dopo l'adozione del regolamento n.1/2003 la Comunità ha iniziato a interrogarsi sull'opportunità di fissare un nucleo di regole comuni volte a facilitare l'accesso al risarcimento, confermando il rapporto di complementarità delle tutele. Non si tratta, tuttavia, di una svolta che attribuisce al *private enforcement* un'importanza equiparabile a quella che esso riveste negli Stati Uniti, poiché anche nel nuovo scenario il *public enforcement* resta il canale principale di applicazione del diritto antitrust³³. Per le autorità di concorrenza un *private enforcement* ben funzionante è, però, la premessa necessaria per potersi concentrare sui casi più delicati per la tutela del mercato³⁴.

²⁵ Si rinvia in proposito a S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in www.federalismi.it

²⁶ In proposito P. CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. app.* 2010, 881 che precisa come si tratti di un meccanismo di non facile attuazione nel processo amministrativo, strutturato di norma su una sola udienza di merito e indica una serie di limiti legato allo svolgimento del procedimento sanzionatorio nel corso del processo giurisdizionale.

²⁷ In merito si rinvia a F. G. SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.* 2014, 1406.

²⁸ In questo senso L. R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziali nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in *AIDA* 2013, 338, qui 340.

²⁹ L'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità indipendenti è stato configurato come una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità. Per la Consob, W.TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012.

³⁰ In merito M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie dopo la sentenza della Corte costituzionale* in *Dir. proc. amm.* 2005, 330, qui 357.

³¹ In tal senso R. PARDOLESI, *Private enforcement: da "com'eravamo" alle prospettive di un futuro incisivo*, in *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Cedam, Padova 2009, 12, qui 18.

³² Così M. GRILLO, *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, in *AIPDA*, Annuario 2006 – Analisi economica e diritto amministrativo, Giuffrè, Milano 2007, 203.

³³ In questo senso M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'Autorità Garante della Concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *AIDA* 2015, 204, G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA* 2015, 3 e A. GIANNACCARI, *In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?*, in *Merc. conc. reg.* 2017, 143

³⁴ Cfr. G. BRUZZONE e A. SALIA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, in *Merc. conc. reg.* 2017, 9 e A. GIANNACCARI, *op. ult. cit.*

In particolare, l'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, trasponendo l'art. 9 della direttiva, ha stabilito che "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno."³⁵

In sede di giudizio civile risarcitorio, le decisioni in merito alla violazione antitrust e alla conseguente sussistenza dell'illecito pubblico (adottate dalle autorità nazionali di concorrenza o dalla giurisdizione amministrativa) assumono, dunque, valore di accertamento incontestabile della illiceità dei fatti anche ai fini dell'accertamento dell'illecito privato extracontrattuale. La sanzione amministrativa, dunque, ha un effetto vincolante per i successivi giudizi risarcitori e il *public enforcement* semplifica, e al contempo condiziona, il successivo *private enforcement*: l'irrogazione della sanzione, ovvero l'accertata illiceità pubblica del fatto, comporta senz'altro eguale qualificazione di illiceità privata.

Si ricordi, inoltre, che nel marzo di quest'anno la Commissione ha pubblicato la proposta di Direttiva COM (2017) 142 final che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno³⁶. In particolare, alcune previsioni rafforzano i poteri investigativi di indagine delle autorità nazionali, riconoscendogli nuovi strumenti per raccogliere qualunque prova pertinente³⁷, così non solo uniformando, ma, soprattutto, potenziando ancor più il ruolo delle agenzie pubbliche nella repressione dell'illecito.

Nella dialettica tra *public* e *private enforcement* le autorità di concorrenza ed i giudici nazionali sono chiamati a dare attuazione alle stesse norme sostanziali antitrust, nazionali ed europee.

Il rapporto tra l'applicazione pubblica e privata delle regole di condotta costituisce un tema generale degli ordinamenti giuridici, specie quando gli stessi superano i modelli di amministrazione giudiziale – e si formano apparati amministrativi imponenti stabilmente incaricati di compiti di vigilanza³⁸.

La scelta del legislatore europeo riconosce alla decisione amministrativa sanzionatoria il valore di accertamento del fatto incontestabile, salvo il caso di macroscopici errori o manifesta irragionevolezza.

L'intervento attraverso la fonte secondaria permette di superare le incertezze che possano derivare da soluzioni giurisprudenziali non sempre tra loro conformi e stabilire in modo chiaro i rapporti tra decisione sanzionatoria e illecito extracontrattuale.

La regola, inoltre, funge da possibile guida in analogia per i casi in cui, pur esistendo un'autorità preposta al settore, il legislatore non sia intervenuto a sancire la prevalenza e il vincolo derivante dalla decisione amministrativa.

Se è stata fortemente avvertita l'esigenza di assicurare un coordinamento tra *private* e *public enforcement* in un ambito in cui la decisione amministrativa si associa al frequente ricorso del privato al giudizio per il risarcimento del danno, occorre ora riflettere se il coordinamento rappresenti pur sempre il modello preferibile quando il legislatore preveda diversi rimedi all'illecito pubblico - cioè ogni volta che la decisione amministrativa coesista con la sentenza del giudice che commina la sanzione penale - o, invece, sia preferibile una diversa soluzione.

³⁵ Dubbi desta l'inciso "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima" che sembra imporre un limite al sindacato del giudice amministrativo sugli atti AGCM, così segnando un passo indietro in un momento in cui proprio la constatazione del giudice amministrativo acquista un valore fondamentale visti gli effetti che ne derivano secondo la nuova disciplina. Prima dell'attuazione della dir. formulava alcune osservazioni G. GRECO, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, 999.

³⁶ Per un primo commento M. BOTTA, *The draft Directive on the powers of national competition authorities: the glass half empty and half full*, in *Eu. Comp. L.R.* 2017, 470.

³⁷ Agli artt. 6 e 7 si prevedono il diritto di ispezionare i telefoni cellulari, i computer portatili e i tablet ovvero il potere di effettuare accertamenti, anche a sorpresa, nei locali delle imprese e delle associazioni di imprese o, addirittura, nel domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale, in questo caso previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

³⁸ Il tema è stato indagato da M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, 356 ss. e da ultimo da G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA* 2015, 3.

4. Proprio la giurisprudenza sul principio del *ne bis in idem* manifesta l'esigenza di evitare duplicazioni e sovrapposizioni tra decisione amministrativa e sentenza di condanna del giudice, repressive del medesimo illecito pubblico.

La concorrenza di una sanzione amministrativa con una sanzione penale³⁹ può nascere dalla preferenza legata, ad esempio, alla maggiore celerità del procedimento applicativo amministrativo (tanto più apprezzabile nei settori economici caratterizzati da un marcato "dinamismo"), al "tecnicismo" della materia e alla possibilità di realizzare una più efficace cooperazione tra le autorità di vigilanza di settore, competenti all'irrogazione delle misure, come accade ad esempio nei mercati finanziari. Al contempo, la previsione di una sanzione penale permette di inasprire la repressione, con una maggior forza nell'inibizione delle condotte, nonché manifestando un più grave disvalore sociale del fatto.

Diversamente da quanto si verifica nell'ordinamento italiano - nel quale il divieto di un secondo giudizio è sancito solo a livello di legge ordinaria (art. 649 c.p.p.), ma senza trovare un espresso e diretto riconoscimento costituzionale - nel sistema della Convenzione europea di diritti dell'uomo e nell'ordinamento europeo il *ne bis in idem* assurge a diritto fondamentale dell'individuo, strettamente connesso alla generale garanzia del giusto processo penale⁴⁰.

Il *bis*, la duplicazione, si realizza ogni volta che coesistano due procedimenti che si concludano con una pena in senso sostanziale, irrogata del giudice penale, ma anche contenuta nella decisione amministrativa, ogni volta che la stessa presenti i c.d. criteri *Engel*⁴¹, parametri, non cumulativi, elaborati dalla stessa Corte per indicare la natura punitiva dell'atto.

Il divieto di duplicazione risolve il problema della coesistenza di due rimedi all'illecito pubblico, consentendone l'applicazione di uno solo. Non si tratta, come si è visto nel paragrafo precedente, di coordinare due diversi procedimenti per la repressione di due diversi tipi di illecito, ma di riconoscere la prevalenza a uno dei due strumenti tra loro equivalenti quando l'ordinamento non contenga, diversamente da quanto si è ricordato nel paragrafo 2, una disposizione in grado di individuare la competenza esclusiva dell'amministrazione o del giudice.

Fino al recente passato l'interpretazione ad opera della Corte di Strasburgo⁴², seguita piuttosto fedelmente dalla Corte di Giustizia⁴³, riconosceva la sussistenza dell'*idem*, sulla base della convergenza delle disposizioni punitive su un medesimo fatto materiale, al di là della diversa descrizione delle fattispecie astratte in considerazione. L'*idem*, cioè, non è l'*idem* legale, ma la coincidenza dei fatti in senso storico naturalistico. Ciò che ha rilievo è che i fatti storici che hanno dato vita ai due procedimenti siano gli stessi, non se gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte tipizzate dalle due norme sanzionatorie siano identici⁴⁴.

In sostanza, quando la sanzione amministrativa e la sanzione penale rappresentano due strumenti pensati dal legislatore per la medesima finalità repressiva, uno dei due è destinato a venir meno e, in particolare, la regola impone che la prima decisione definitiva prevalga, in quanto impedisca la prosecuzione o l'avvio di un procedimento per lo stesso fatto.

Del resto, la (contemporanea) messa in moto di due macchine sanzionatorie, di diverso "livello", per reprimere la stessa condotta già era stata coralmemente denunciata dalla nostra dottrina come "deviante" rispetto a basilari coordinate politico-criminali, quali quelle della sanzione penale come *extrema ratio* e del primato della giurisdizione⁴⁵.

³⁹ Già V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Studi in onore di Lessona*, Zanichelli, Bologna 1963, vol. II, 107 osservava la sanzione amministrativa si aggiunge, sovente, a quella applicata dai giudici. L'Autore offre poi una costruzione in cui l'applicazione della sanzione amministrativa è espressione non del dover essere secondo l'ordinamento generale, ma del dover essere che discende dall'organizzazione amministrativa, considerata questa a sé, separatamente dall'ordinamento generale.

⁴⁰ In particolare, il divieto di essere puniti due volte per il medesimo fatto è sancito all'art. 4 prot. 7 CEDU e ripreso dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴¹ In quanto, come noto, per la prima volta comparsi nella decisione Corte eur., Grande Camera, 8 giugno 1976, causa *Engel e altri c. Paesi Bassi*. I criteri consistono nella qualificazione giuridica, il carattere generale degli interessi tutelati e la severità della sanzione.

⁴² Corte eur., Grande Camera, 10 febbraio 2009, causa *Zolotoukhine c. Russia*. Tale pronuncia ha posto fine alle pregresse oscillazioni sul tema.

⁴³ Nella decisione del 2013 della causa C- 617/10 *Akerberg Fransson*. Aderendo alla soluzione fino ad allora elaborata dalla Corte EDU, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il principio "non impedisce agli Stati membri di perseguire dinanzi alla giurisdizione penale gli stessi fatti già sanzionati con decisione definitiva nell'ambito di un procedimento amministrativo, purché il giudice penale sia messo in condizione di tenere conto della previa esistenza di una sanzione amministrativa, al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale."

⁴⁴ Tale orientamento è stato ribadito, quanto al tema qui in discussione, nella nota decisione Corte eur., sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia* in materia di abusi di mercato.

⁴⁵ Cfr. G. M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. Società*, 2014, 953 e la dottrina vi ricordata.

In particolare, quanto alle sanzioni pecuniarie, l'art. 9 l.n.689/1981 assume il principio di specialità come regola generale in tema di rapporti tra norme sanzionatorie penali e amministrative: il che normalmente impedisce, o dovrebbe impedire, che si creino situazioni di cumulo, con parallela duplicazione di procedimenti per il medesimo fatto, del genere di quelle che cadono sotto il vaglio dei Giudici di Strasburgo. L'amministrativo cede al penale, giammai il contrario.

Nei casi in cui, però, si ragioni al di fuori dei limiti della l.n.689, allora il principio del *ne bis in idem*, per come interpretato dalle Corti, è di per sé formalmente neutro rispetto alle due alternative sanzionatorie, trattandosi comunque di pene equivalenti nella sostanza. Ciò ha come effetto prevedibile la prevalenza della decisione più "veloce", ovvero tendenzialmente della decisione amministrativa, vista la istituzionale maggior lentezza del procedimento penale. Un effetto di per sé eccentrico rispetto al sistema⁴⁶, ma comunque conforme alla Costituzione⁴⁷.

Nell'ultimo biennio nuovi interventi del giudice di Strasburgo, prima, e di Lussemburgo, poi, sono tornati a definire i limiti per l'applicazione della regola del *ne bis in idem*, con un approccio diverso dal passato.

In particolare, la Corte EDU, nella nota sentenza del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ha ristretto i confini del principio⁴⁸. Il divieto di cui all'art. 4 prot. 7 CEDU varrebbe in maniera assoluta solo rispetto a procedimenti consecutivi per lo stesso fatto (e cioè in quelle situazioni in cui il secondo procedimento venga avviato dopo la conclusione del primo), mentre andrebbe declinato in maniera meno stringente nell'ipotesi in cui i due procedimenti siano paralleli, come di solito accade nel caso in cui sanzione amministrativa e penale coesistano. Tale continuità si verificherebbe nell'ipotesi di una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" (*sufficient connection in substance and time*)⁴⁹ tale da far sì che le due sanzioni possano essere considerate come parti di un'unica reazione sanzionatoria apprestata dall'ordinamento contro l'illecito⁵⁰.

Nella *dissenting opinion* del giudice Pinto si critica fortemente la nuova impostazione che "apre la strada a una politica punitiva del moderno Leviatano, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile"⁵¹. La soluzione sarebbe il frutto di un approccio "assai distante dalle note radici storiche del *ne bis in idem* e dalla sua consolidazione come principio del diritto internazionale consuetudinario".

Ugualmente critiche sono le recenti conclusioni con cui l'avvocato generale, in attesa della decisione della Corte, si confronta con il *revirement* della CEDU e ne prende le distanze⁵².

Il giudice di Lussemburgo interpreta il principio nel senso che lo stesso richieda l'esistenza di un solo procedimento per l'irrogazione della sanzione: in questo modo, infatti, l'ordinamento dimostra di reagire in modo coerente all'illecito pubblico che si è verificato, adottando in un'unica sede le misure idonee⁵³.

In attesa della decisione, la soluzione prospettata dall'avvocato generale sembra preferibile in termini di coerenza dell'ordinamento e più efficiente in termini di utilizzo delle risorse per reprimere il medesimo illecito pubblico.

⁴⁶ D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. processo*, 2016, 1588.

⁴⁷ Come precisa G. M. FLICK, *op. ult. cit.*, da un lato, l'azione penale è obbligatoria solo fin tanto che la potestà punitiva statale non sia stata "consumata" in altro procedimento: e, nel frangente, il postulato di base è che - stante la natura sostanzialmente penale dell'illecito di cui all'art. 187-ter T.U.F. - la potestà punitiva statale si sia, giust'appunto, "consumata" con la definizione del procedimento ad esso relativo. Dall'altro lato, l'obbligatorietà dell'azione penale presuppone comunque la legittimità dell'azione stessa: laddove invece, nell'ipotesi considerata, il suo esercizio risulterebbe illegittimo, in quanto lesivo di un diritto fondamentale dell'individuo che l'Italia si è impegnata a rispettare in sede internazionale.

⁴⁸ Corte eur., Grande Camera, 15 novembre 2016, causa *A e B c. Norvegia*. Ivi si sostiene infatti che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché appunto sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta". Per un commento cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

⁴⁹ La Corte indica una serie di fattori utili a verificare la sussistenza di tali requisiti (par. 133).

⁵⁰ Come si legge nella sentenza, l'art. 4 prot. 7 CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive (come la violazione delle norme sulla circolazione stradale o l'evasione fiscale) che si articolano - nel quadro di un approccio unitario e coerente - attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato (par 121).

⁵¹ Cfr. par. 79.

⁵² Si tratta delle conclusioni presentate il 12 settembre dall'Avvocato generale Sanchez-Bordona nelle cause C-524/15, C-537/16 e C-596/16, C-597/16.

⁵³ Si precisa, in proposito (punto 108 secondo periodo, Conclusioni causa C- 524/15), che "Se l'esigenza di ricorrere a doppi procedimenti e a doppie sanzioni derivasse, in sostanza, dalle carenze delle strutture amministrative o giudiziarie volte alla repressione delle frodi ..., si potrebbe conseguire del pari siffatti obiettivi attraverso il miglioramento di tali procedimenti, e senza sacrificare il diritto fondamentale di non essere giudicato o condannato penalmente due volte per gli stessi fatti."

A parte l'inutile (e dunque irragionevole) dispendio di energie processuali connesso al duplice procedimento, la previsione di un meccanismo in grado di unificare, in qualche stadio della procedura, gli eventuali due procedimenti sanzionatori, in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica autorità e nell'ambito di un unico processo appare senz'altro la soluzione da preferirsi.

In tutti quei casi in cui l'ordinamento non preveda la competenza esclusiva dell'amministrazione, ma la decisione amministrativa concorra con lo strumento affidato al giudice penale, l'unica sede decisionale assicura il dialogo e il confronto tra amministrazione e giudice, e, soprattutto, che vi sia una complementarità nell'utilizzo dei rimedi all'illecito pubblico, nonché una istruzione coordinata dei procedimenti penali e amministrativi che derivano dall'accertamento del medesimo fatto.

In questo senso il principio del *ne bis in idem* ovvero della impossibilità del cumulo di un procedimento amministrativo sanzionatorio con un procedimento penale esprime la stessa logica della disciplina del *private enforcement*: in quel caso il vincolo deriva dalla decisione dell'Autorità (o del giudice dell'impugnazione) circa la sussistenza della violazione delle regole della concorrenza nel mercato, ma alla base vi è sempre la considerazione della necessità che nell'ordinamento esista una sola decisione sul punto. L'esigenza suprema è quella della certezza nei rapporti giuridici che è il vero valore alla base di ogni ordinamento giuridico.

5. L'indagine condotta sulle sanzioni amministrative, in rapporto con le valutazioni su fatti analoghi compiute da altri soggetti nell'ordinamento, permette di giungere a qualche considerazione finale.

Occorre certamente riconoscere la specificità della decisione amministrativa sanzionatoria, che, da sempre, non solo convive con analoghi strumenti affidati al giudice penale, ma, anzi, si diffonde al diminuire degli stessi.

In una prospettiva più generale, tuttavia, l'intento del ragionamento è stato quello di verificare se esista o meno un disegno istituzionale di distribuzione delle competenze relative all'adozione della decisione amministrativa e il ruolo che lo stesso attribuisce ai diversi organi coinvolti.

Il disegno può esprimere una preferenza verso l'azione pubblica, ma la decisione amministrativa non è l'unica modalità attraverso cui l'azione pubblica si esercita: è il legislatore che deve valutare, riconosciute le peculiarità dello strumento, l'utilità di ricorrervi e il valore dello stesso in relazione con gli altri rimedi possibili nell'ordinamento⁵⁴.

Anzitutto, posto che sanzione amministrativa e sanzione penale concorrono a reprimere il medesimo illecito pubblico, derivante dall'accertata violazione di norme a tutela di interessi della collettività, il legislatore dovrebbe individuare il mezzo idoneo anche alla luce delle diverse funzioni di vigilanza o controllo eventualmente già affidate all'amministrazione, tali da indicare l'opportunità di affidare l'accertamento a chi già opera nel settore. In aggiunta, la sanzione amministrativa è talora in grado di rappresentare uno strumento utile a fornire una reazione all'illecito più rapida rispetto a quella prevista dalla sanzione penale, sicché può risultare più idonea laddove il controllo sociale riguardi attività economiche.

Quanto alla possibilità che della decisione amministrativa prevista per quel tipo di illecito venga investito il giudice, si è cercato di mettere in luce come la scelta del soggetto chiamato all'esercizio della funzione sanzionatoria, conduca a soluzioni differenti nonostante la funzione sia la medesima. La disciplina del procedimento, attraverso cui quella funzione si svolge, si riflette, infatti, e condiziona inevitabilmente la soluzione finale, pur non ritenendosi esistenti limitazioni costituzionali che vincolino le scelte del legislatore in favore dell'amministrazione.

Talora il legislatore riconosce accanto alla sanzione amministrativa rimedi diversi affidati all'iniziativa privata. Quando essi esistono, nasce l'esigenza di un coordinamento legislativo, piuttosto che affidato alle scelte ondivaghe della giurisprudenza. Così un plauso va senz'altro all'adozione della dir.2014/104: pur passibile di critiche quanto al merito delle soluzioni offerte e alla compatibilità delle stesse con i principi costituzionali sull'esercizio della funzione giudiziaria, essa disciplina in modo chiaro gli effetti che derivino dall'adozione della decisione amministrativa.

Trattandosi di regola di derivazione europea, pare difficile prospettare l'applicazione in via generale, ma semmai possibile l'applicazione analogica nel caso in cui la sanzione amministrativa di un'autorità indipendente conviva con l'esercizio dell'azione risarcitoria in capo al privato.

⁵⁴ Anche con riferimento al recente dibattito sul diritto transnazionale e alle scelte quanto al controllo nella sua applicazione si mette in evidenza la difficoltà e anche la necessità di individuare quale siano gli strumenti più idonei: "Enforcement responses do and should vary according to violations' causes. Violations can occur either for reasons of regulatory incapacity or on the basis of rational calculations. Enforcement mechanisms should be tailored accordingly", in *Enforcement of Transnational Regulation*, a cura di F. CAFAGGI, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, 8.

Altro caso è la coesistenza della decisione amministrativa con la sanzione penale rispetto ad una medesima condotta. In proposito, la regola, derivante dal diritto convenzionale ed europeo, è quella del *ne bis in idem*, ovvero il divieto della duplicità di sanzioni per il medesimo fatto. Il principio, come tale, si applica attraverso l'interpretazione che ne offre l'ordinamento: ciò comporta che talora la decisione amministrativa si imponga, laddove la stessa divenga definitiva prima della sentenza del giudice penale.

E' possibile, a questo punto, formulare qualche considerazione in merito alle inevitabili intersezioni tra giudice penale e autorità amministrativa nell'irrogazione della sanzione. Nell'ipotesi di coesistenza degli strumenti, non si tratta di supplenza giudiziaria o di mera sovrapposizione nell'esercizio delle stesse funzioni, ma piuttosto di reazioni dell'ordinamento rispetto all'illecito pubblico. Forse allora, anche alla luce delle suggestioni della giurisprudenza convenzionale ed europea, sarebbe utile riflettere sull'utilità di una teoria generale dell'illecito pubblico ove l'illecito non si contraddistingua per il tipo di sanzione che vi è riconnessa, ma per la contrarietà del fatto a norme a tutela di interessi sociali in capo alla collettività.

Si potrebbe così trovare risposta anche a un interrogativo fondamentale ovvero sino a che punto sia possibile spingere il processo per l'intercambiabilità delle sanzioni amministrative con quelle penali e se esista un limite oltre il quale non è consentito scaricare sulla pubblica amministrazione funzioni di giustizia tipiche del potere giurisdizionale⁵⁵. La sanzione penale è tale nel nostro ordinamento poiché la Costituzione impone sia il giudice a intervenire laddove si verifichi una limitazione alla libertà personale e il legislatore ha riempito con la sanzione amministrativa lo spazio lasciato libero. Una riflessione che, considerando anche le radici storiche degli istituti, conduca a ragionare sui caratteri di due strumenti diversi per reprimere il medesimo illecito potrebbe portare a soluzioni nuove, anche alla luce delle aperture sempre maggiori rispetto all'azione del privato, avveduto destinatario delle norme che regolano un determinato settore, e del ruolo che lo stesso è in grado di svolgere per il buon funzionamento dell'ordinamento.

⁵⁵ U. POTOTSCHNIG, *Presentazione del tema del convegno*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna – Villa Monastero 18-20 settembre 1980), 25, qui 28.