

**AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E DEMOCRAZIA PROCEDIMENTALE: BREVI CONSIDERAZIONI IN MERITO ALLA RECENTE DELIBERAZIONE 2 FEBBRAIO 2006 DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, RECANTE "PROCEDURE PER LO SVOLGIMENTO DELLE FUNZIONI ISPETTIVE E DI VIGILANZA DELL'AUTORITÀ"<sup>1</sup>.**

di Giovanni Natali\*

**Sommario:** *La galassia delle Autorità amministrative indipendenti si connota per l'esercizio di poteri destinati ad incidere nella sfera giuridica dei soggetti imprenditoriali ed economici operanti nei diversi mercati al cui controllo le prime sono deputate. Premessa una breve rassegna delle diverse teoriche in merito alla riconducibilità o meno delle funzioni ispettive nell'alveo della disciplina generale sul procedimento di cui alla L. 07/08/1990 n. 241 e ss. mm., l'autore analizza la recente disciplina delle citate funzioni ad opera dell'Autorità per la Garanzie nelle Comunicazioni, mettendone in evidenza il carattere innovativo quanto ai profili di garanzie democratiche nello stesso contenuti.*

***Premessa.***

Il dibattito sulle Autorità amministrative indipendenti nel corso degli ultimi anni ha registrato una mole consistente di contributi, sempre più decisivi per la comprensione di un fenomeno divenuto centrale nello studio delle istituzioni del pluralismo amministrativo.

Tratto caratterizzante l'operatività di molti dei soggetti in questione è, come noto, la titolarità di funzioni ispettive destinate ad essere esercitate nei confronti degli operatori del settore finanziario, in tutte le sue articolazioni – bancaria, assicurativa, finanziaria *tout court* – e, in genere, di coloro che operano su mercati rispetto ai quali esigenze di elevata dose di competenza tecnica e di imparzialità ai limiti della "para-giurisdizionalità" o "neutralità" hanno suggerito al Legislatore l'istituzione di apposite *Authorities*.

Proprio la circostanza che l'operare dei cc.dd. Garanti delle regole si dispieghi impingendo la sfera giuridica di realtà aziendali al centro di delicate reti di interessi economici solleva non pochi problemi in ordine alle modalità di esercizio dell'attività dei primi, riproducendosi qui quell'eterna dialettica autorità/libertà il cui sapiente dosaggio contraddistingue le moderne democrazie.

***La natura delle funzioni ispettive nelle ricostruzioni di dottrina e giurisprudenza.***

Preliminarmente, peraltro, occorre osservare come, non sussistendo sul punto esplicite previsioni normative, la possibilità di circondare l'attività ispettiva con i presidi garantistici della disciplina sul procedimento amministrativo di cui alla L. 07/08/1990 n. 241 e ss. mm. presuppone la positiva risoluzione della questione afferente alla qualificazione dell'attività stessa in termini di procedimento.

Alcuni Autori, partendo dall'esigenza di un superamento della visione, definita "anacronistica", dell'ispezione come mero atto amministrativo, sostenuta in passato da autorevole dottrina (cfr. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, pp. 226ss.; Gasparri, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939, pp. 31ss.; Bodda, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1954, p. 151) ritengono che anche con

---

<sup>1</sup> Le considerazioni svolte in queste note riflettono i personali convincimenti del loro autore e non impegnano in alcun modo l'Istituto di appartenenza.

\* Funzionario I.S.V.A.P. e dottorando di ricerca in "Sistemi giuridici e politico-sociali comparati" presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Lecce

riferimento all'iter ispettivo "...si rinvencono tutte le canoniche componenti strutturali del procedimento amministrativo: l'iniziativa, l'istruttoria e la decisione. Il che sta a significare che il procedimento ispettivo tende alla formazione di un atto amministrativo (la relazione ispettiva) attraverso una sequenza di atti teleologicamente orientati." (Tenore, *L'ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, Milano, 1999, p. 63; in senso conforme Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 444).

Alla base di tale conclusione riposa la considerazione che, in un sistema amministrativo ormai decisamente caratterizzato dalla c.d. "procedimentalizzazione" dell'agire delle PP. AA., il cui fulcro è dato non già dal provvedimento conclusivo, ma dalla fase istruttoria in cui vengono acquisiti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione, l'attività ispettiva assume un ruolo essenziale proprio nella delicata fase istruttoria di molti procedimenti amministrativi, assumendo il carattere di "...momento decisivo (sub-procedimentale e, nel contempo, infra-procedimentale) di supporto logico-fattuale per la successiva adozione di provvedimenti di amministrazione attiva nei confronti dell'ispezionato." (Tenore, *cit.*, p. 63).

Le conseguenze pratiche di tale approccio ermeneutico si sostanziano nel ritenere applicabile alla procedura ispettiva, nei limiti di compatibilità, la disciplina sul procedimento amministrativo, anche alla luce della portata generale di cui alla L. n. 241/90.

Tali limiti, ad avviso della citata dottrina, sono duplici: da un lato si collocano quei limiti, ontologici, imposti dalla specifica finalità di acquisizione autoritativa di scienza cui tende l'ispezione (è questo il caso dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, *ex art. 7* della Legge in menzione, atteso l'"effetto sorpresa" che connota l'ispezione); dall'altro quei limiti testuali, presenti in previsioni settoriali, che escludono per taluni accertamenti ispettivi l'applicabilità di alcune disposizioni della L. n. 241/90.

La tesi della natura procedimentale dell'attività ispettiva ha ricevuto, altresì, il conforto di alcune pronunce dei giudici amministrativi di prime cure, che hanno espressamente ricondotto l'attività ispettiva nell'alveo del procedimento amministrativo (cfr., *ex multis*, **TAR Lombardia, Milano, 28/10/1996 n. 1549** e **TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20/11/1995 n. 3154/ord.**).

In senso parzialmente difforme a quello sin qui rappresentato sembrerebbero muovere alcuni arresti giurisprudenziali del supremo consesso amministrativo.

In particolare il Consiglio di Stato, in vicende aventi come protagonisti *Authorities* del mercato finanziario o soggetti preposti alla tutela di primari interessi collettivi di indubbio spessore costituzionale, ha avuto modo di affermare che l'attività ispettiva si concreta in una serie di atti di controllo, posti in essere nell'esercizio dell'attività di vigilanza ed aventi destinatari originariamente indeterminati, onde non sussistono, per essa, i presupposti indicati dall'art. 7 della L. n. 241/90 e che solo allorché da tali atti emergano responsabilità individuali o collegiali si rende necessario far luogo alla comunicazione di avviso del relativo procedimento; ciò anche considerando la "...natura stessa del controllo, che presuppone l'esercizio del potere di accesso in qualsiasi momento presso il controllato, senza il vincolo del preventivo avviso" (**Cons. Stato, VI, 13/05/2003 n. 2533**, in materia di vigilanza ispettiva della Banca d'Italia).

Inoltre, si è precisato che laddove l'attività del soggetto pubblico si concreti in una raccolta di elementi conoscitivi non finalizzata all'adozione di singoli provvedimenti, ma alla costituzione di un patrimonio di conoscenze suscettibile di utilizzazione plurima, non si tratterebbe di un vero e proprio procedimento ma, più semplicemente, di "...un'attività di raccolta di notizie, dati e informazioni, che soltanto eventualmente e non necessariamente possono costituire il presupposto di ulteriori provvedimenti". Si resterebbe, quindi,

fuori dal perimetro della nozione di "procedimento amministrativo" e dal raggio della relativa disciplina tutte le volte in cui gli elementi conoscitivi, acquisiti all'esito dell'attività posta in essere, possano costituire, soltanto eventualmente e non necessariamente, il presupposto di ulteriori provvedimenti di competenza dell'Autorità interessata; con la conseguenza di ritenere sussistente un interesse legittimo e qualificato alla conclusione del procedimento solo e strettamente nella misura in cui l'attività posta in essere dalla P.A. si riveli orientata all'adozione di specifici procedimenti formali di controllo e vigilanza preordinati all'adozione di provvedimenti sanzionatori o repressivi nei confronti di uno specifico soggetto (**Cons. Stato, VI, 28/05/2002, n. 4454**, in materia di istruttoria conoscitiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas).

### ***La recente disciplina delle funzioni ispettive dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.***

Così succintamente ricostruito il quadro dottrinal-giurisprudenziale in tema di funzioni ispettive, non può che salutarsi con estremo interesse la recente deliberazione dell'Autorità per la Garanzie nelle Comunicazioni, recante *"Procedura per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'autorità"* – *Deliberazione n. 63/06/CONS.*

Essa da un lato ribadisce alcuni principi già noti e positivizzati: è il caso **a)** delle disciplina delle modalità di presentazione dei funzionari incaricati dell'ispezione, che deve avvenire *"...su presentazione di un atto scritto che precisi l'oggetto dell'accertamento e le sanzioni per il rifiuto, l'omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché nel caso in cui siano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri; b)* della specificazione delle ipotesi non sussumibili nella nozione di "giustificato motivo di rifiuto o di omissione"; **c)** della individuazione della nozione di "documento"; **d)** della descrizione dei poteri dei funzionari incaricati; **e)** della previsione della possibilità, per i soggetti sottoposti a verifiche ispettive, di farsi assistere da consulenti di loro fiducia, con l'esplicita puntualizzazione che ciò non può tradursi in un ostacolo di natura sospensiva all'esercizio dell'attività ispettiva; **f)** della prescritta redazione di un processo verbale destinato a raccogliere tutte le risultanze dell'attività svolta; **g)** infine, dell'attribuzione all'Autorità della facoltà di avvalersi, nello svolgimento dell'attività ispettiva, della collaborazione dei militari della Guardia di Finanza, oltre che degli appartenenti alla Polizia postale e delle comunicazioni (art 1, che riproduce, in modo pressoché testuale, l'art 10 del Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, recante *"Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato"*).

Dall'altro, invece, la citata delibera fa qualcosa in più, segnando un passo in avanti nella costruzione di dinamiche relazionali con i soggetti sottoposti ad ispezione improntate ad una logica garantista e rispettosa della loro sfera di autonomia.

Infatti, l'ultimo inciso del comma 2 dell'art. 1 prevede che il personale ispettivo consegni a colui che è sottoposto ad accertamenti, oltre all'atto scritto precisante l'oggetto dell'accertamento, anche la *"carta dei diritti"*, recante l'indicazione dei diritti e delle garanzie di cui può avvalersi il soggetto ispezionato.

Nel dettaglio, tale "carta" – il cui testo è allegato alla delibera in questione – prevede: l'obbligo, in capo ai funzionari incaricati dell'ispezione, di rendere note le proprie generalità mediante esibizione di un documento d'identità/tessera di riconoscimento e dell'ordine di ispezione sottoscritto dal competente ufficio (**§ 1**); l'obbligo del personale ispettivo di evidenziare eventuali situazioni suscettibili di concretare ipotesi di incompatibilità con la prestazione dell'attività di cui fossero stati incaricati (**§ 2**);

l'obbligo degli ispettori di informare l'ispezionato delle ragioni che giustificano l'accesso e dell'oggetto che lo riguarda (§ 3); la limitazione della permanenza del personale ispettivo presso la sede del soggetto ispezionato al tempo strettamente necessario allo svolgimento dell'attività, con l'ulteriore puntualizzazione che, anche a fronte dell'emersione di particolari complessità nel corso delle verifiche, quest'ultime non possano protrarsi oltre il tempo tecnico strettamente necessario (§ 4); il vincolo del segreto in capo agli ispettori, in relazione al patrimonio di dati e notizie di cui siano venuti a conoscenza nello svolgimento del loro ufficio (§ 5); l'obbligo del soggetto ispezionato di garantire l'accesso ai funzionari dell'Autorità e di mettere a loro disposizione la documentazione richiesta, oltre ad agevolarli nella ricerca di ulteriore materiale il cui esame si rendesse necessario, nonché la facoltà dello stesso ispezionato di ricorrere, durante lo svolgimento delle operazioni ispettive, all'assistenza di un professionista di sua fiducia, senza peraltro che l'eventuale assenza di quest'ultimo possa condizionare la prosecuzione e la validità delle operazioni stesse (§ 6); la necessaria verbalizzazione di tutta l'attività svolta "on site", ed in particolare delle domande rivolte alla parte, delle relative risposte e di eventuali osservazioni; di tale verbalizzazione, deputata a fornire una fotografia neutrale ed asettica (dovendone rimanere espunta ogni sorta di interpretazione personale sul contenuto delle dichiarazioni rese), sono elencati gli elementi indefettibili "...al fine di garantire una cognizione precisa e circostanziata dei fatti, nonché per assicurare la più efficace difesa possibile al soggetto ispezionato" (§ 7); l'obbligo di lettura del verbale di ispezione all'ispezionato, il quale ha anche diritto di ottenerne il rilascio di una copia (§ 8); il diritto dell'ispezionato, che si ritenga leso nella sua sfera giuridica da modalità di svolgimento dell'attività ispettiva irrituali e comunque non conformi alla legge, di segnalare le irregolarità di cui si assuma vittima al responsabile dell'ufficio che ha autorizzato l'ispezione (§ 9).

### **Conclusioni.**

Come è agevole osservare, la valenza innovativa della "carta" non risiede tanto nelle sue enunciazioni (trattasi perlopiù di una razionalizzazione di principi non scritti e costantemente osservati dalle diverse *Authorities* nell'esercizio delle loro funzioni ispettive), quanto, piuttosto, nella circostanza che le citate prerogative, lungi dal restare affidate alla prassi operativa, assurgono ora al rango di fonte scritta di immediata percezione.

Da questo punto di vista sembra a chi scrive che non si sia al cospetto di un'inutile superfetazione normativa, puramente ricognitiva dell'esistente, quanto di un "forma" la cui funzione è di render edotti *per tabulas* i soggetti ispezionati dei limiti del pubblico potere e, correlativamente, del proprio patrimonio di facoltà e diritti, dotandoli degli strumenti necessari per l'esercizio della loro libertà di iniziativa economica, costituzionalmente garantita.

In conclusione, l'auspicio è che la disciplina qui brevemente considerata possa fungere da stimolo ed esempio per tutte le Autorità che operano in settori costituzionalmente sensibili, in una visione aperta dei mercati e delle loro dinamiche, in linea con le indicazioni liberalizzanti delle più recenti modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (cfr. L. 11/02/2005 n. 15 e D.L. 14/03/2005 n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14/05/2005, n. 80).